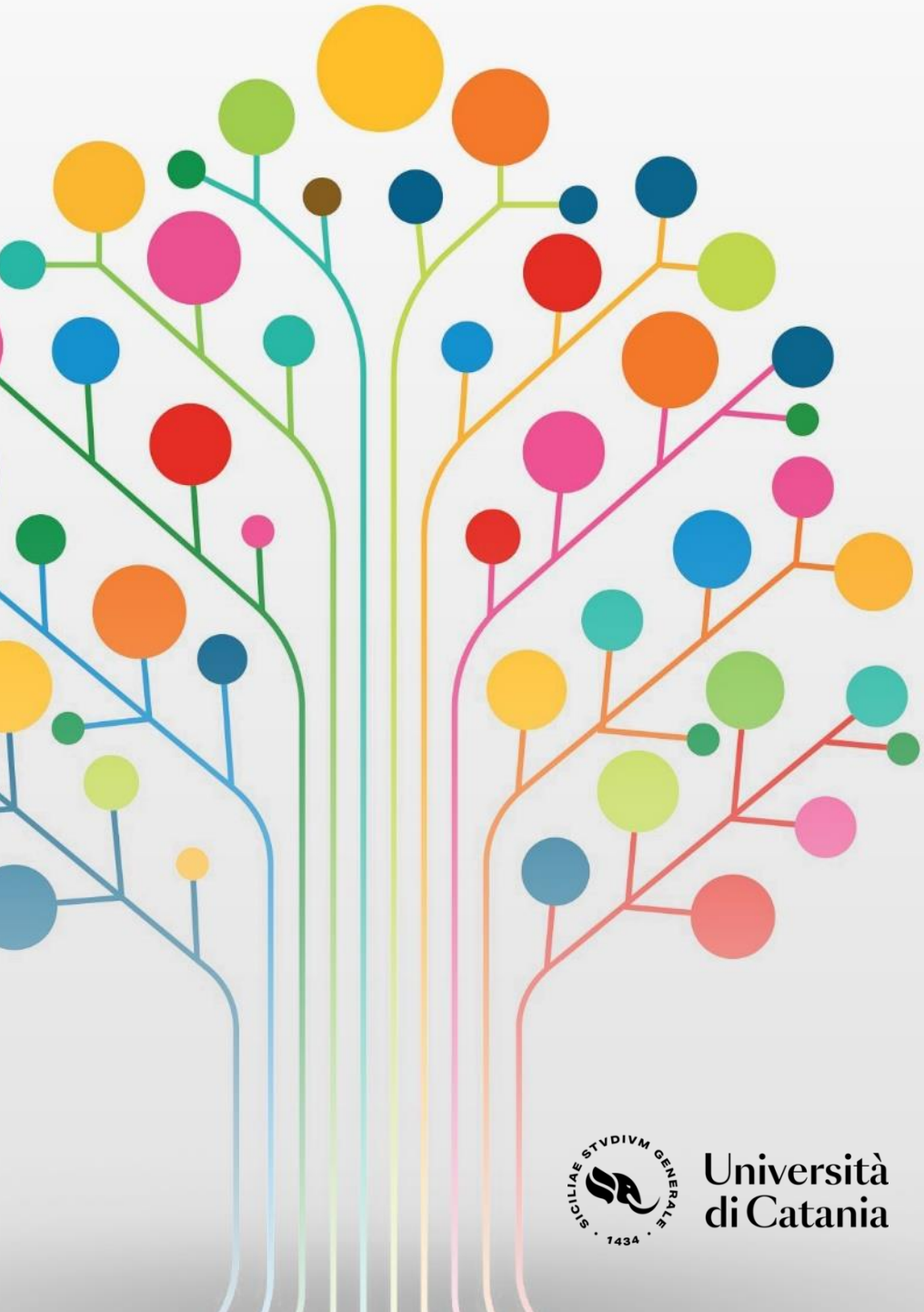
2/2018

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

LORENZO ZOPPOLI, Università di Napoli "Federico II"

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

LUIGI FIORILLO, Università di Napoli "Federico II"

ADALBERTO PERULLI, Università "Ca' Foscari" di Venezia

RICCARDO DIAMANTI, Studio legale Diamanti Marchiò

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

TIZIANO TREU, Università Cattolica di Milano

STEFANO GIUBBONI, Università di Perugia

MARZIA BARBERA, Università di Brescia

GIUSEPPE BRONZINI, Corte di Cassazione - Sezione Lavoro

BRUNO CARUSO, Università di Catania

GIOVANNA PISTORE, Università di Padova

MARIELLA MAGNANI, Università di Pavia

MARIA TERESA CARINCI, Università di Milano

STEFANO GIUBBONI, Università di Perugia

PASQUALE PASSALACQUA, Università di Cassino e del Lazio meridionale

FRANCESCO DI NOIA, Università di Foggia

GIORGIO FONTANA, Università Mediterranea di Reggio Calabria

2022 - UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI CATANIA
Piazza Università, 2 - 95131 Catania – www.unict.it
© 2018 CENTRO STUDI DI DIRITTO DEL LAVORO EUROPEO "MASSIMO D'ANTONA" - salvi i diritti riservati - www.csdle.lex.unict.it
ISBN 9791280569066

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

n. 2/2018

SOMMARIO

Perché una quarta riforma del lavoro pubblico?
Lorenzo Zoppoli 1

Nuova compensazione delle spese processuali e controversie di lavoro tra vulgata e riflessioni critiche
Luigi de Angelis 12

Un diritto del lavoro per il lavoro che cambia: primi spunti di riflessione
Luigi Fiorillo 23

The Declaration of Philadelphia
Adalberto Perulli 39

Aiuti di Stato, misure generali di politica economica e sociale ed incentivi assunzionali
Riccardo Diamanti 55

Il lavoro nel diritto comunitario (ora eurounitario) e l'ordinamento italiano: (più di) trent'anni dopo
Michele De Luca 98

Trasformazioni del lavoro: sfide per i sistemi nazionali di diritto del lavoro e di sicurezza sociale
Tiziano Treu 131

The EU and the Industrial Relations Systems – A Critical Appraisal
Stefano Giubboni 158

Principi contesi e contese su principi. Gli effetti del principio di eguaglianza e non discriminazione nella giurisprudenza della Corte di Giustizia
Marzia Barbera 175

La Carta dei diritti nella crisi del processo di integrazione: la discutibile svolta della giurisprudenza costituzionale
Giuseppe Bronzini 193

Sustainaible Social Security
Tiziano Treu 202

I diritti dei lavoratori digitali nella prospettiva del Pilastro sociale
Bruno Caruso 226

Protezione sociale ed equilibrio intergenerazionale
Tiziano Treu 243

Permessi e congedi per l'assistenza alle persone con disabilità. Stato dell'arte e profili critici alla luce della l. n. 76 del 2016
Giovanna Pistore 258

Riflessioni sulla misurazione della rappresentanza datoriale nell'ordinamento statale e intersindacale
Mariella Magnani 267

Il diritto del lavoro gialloverde: tra demagogia, cosmesi e paralisi regressiva
Lorenzo Zoppoli 274

La Corte costituzionale n. 194/2018 ridisegna le tutele economiche per il licenziamento individuale ingiustificato nel "Jobs Act", e oltre
Maria Teresa Carinci 294

Il licenziamento del lavoratore con contratto «a tutele crescenti» dopo l'intervento della Corte costituzionale
Stefano Giubboni 314

Il contratto di lavoro subordinato a tempo determinato e la somministrazione di lavoro alla prova del decreto dignità
Pasquale Passalacqua 323

The perspective of social clauses in international trade
Adalberto Perulli 370

"*Lo chiamavano Dignità*": prime note su tecnica e politica a margine del d.l. n. 87/2018, conv. in l. n. 96/2018
Francesco Di Noia 441

La Corte costituzionale e il decreto n. 23/2015: *one step forward two step back*
Giorgio Fontana 464

Perché una quarta riforma del lavoro pubblico?*

Lorenzo Zoppoli

1. Quali e quanti "perché". 2
2. Una riforma dovuta alle "solite" ragioni "funzionali". 2
3. Una riforma del sistema punitivo/premiale. 3
4. Una riforma per rivedere la "privatizzazione". 4
5. Una riforma per andare oltre "la Brunetta". 5
6. Una riforma per uscire dall' "imbroglio delle riforme amministrative". 7
7. Culture giuridiche e quarta riforma del lavoro pubblico. 9

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 366/2018

1. Quali e quanti "perché".

Il titolo allude naturalmente alla riforma basata sulla legge delega 124/2015 e culminata, con gran fatica, nei d.lgs. 74 e 75 di giugno 2017 (c.d. riforma Madia). La domanda conseguente può sembrare ingenua, soprattutto in una stagione in cui si riforma di tutto di più. Però la si può formulare e leggere in modo profondamente consapevole: e allora si tratta di una domanda molto impegnativa. Quasi ogni parola utilizzata – sostantivo o aggettivo che sia – può infatti dar luogo a sotto-interrogativi che meriterebbero di essere approfonditi. Siamo sicuri che si tratti della "quarta" riforma? Da quando cominciamo a "contare" la sequenza delle riforme del lavoro pubblico? È poi una "riforma"? O almeno è una "riforma" nel senso in cui lo furono le precedenti (tutte simili?[1])? Infine, quanto all'ambito, stiamo riformando "il lavoro pubblico" o parte di esso e, nel caso, quale parte[2]? E quanto di "pubblico" c'è, o torna, nell'ultima riforma?

Se provassi a dar risposte a queste domande, probabilmente dovrei occupare tutto lo spazio tematico, se non fisico, previsto dagli organizzatori per lo svolgimento dell'intero convegno odierno. Quindi non lo farò, anche perché già altrove ho risposto o incoraggiato a dar risposte, raccogliendo nel volume citato in nota 1, analisi specifiche e articolate, nonché, giustamente, differenziate nelle valutazioni globali di genesi e approdi della quarta riforma. Mi concentrerò invece sulle ragioni complessive di questa riforma senza scendere troppo in dettagli, provando a fare una ricognizione delle molte risposte che ho letto e sentito in giro o che credo si possano dare. Mi concentrerò su cinque possibili risposte, sapendo bene che ognuna contiene una parte, più o meno grande, di verità.

2. Una riforma dovuta alle "solite" ragioni "funzionali".

Prima risposta, la più in voga: si riforma ancora il lavoro pubblico perché le pubbliche amministrazioni italiane non funzionano bene, sono inefficienti, arretrate tecnologicamente, poco efficaci nel soddisfare le richieste di cittadini, imprese e utenti in genere. In questa risposta c'è molto delle argomentazioni di sempre. Le pubbliche amministrazioni italiane sono un universo di enormi dimensioni e in continua trasformazione, volte ad affrontare le esigenze più disparate. Ci sarà sempre un motivo per giustificare una riforma[3], anche se poi ci si dovrebbe chiedere se la via migliore sia quella di riforme per legge e con taglio generalista. Probabilmente la risposta dovrebbe essere negativa in via di principio: e, a ben guardare, anche le riforme più recenti sono solo in apparenza generali, lasciando ampie problematiche a riforme di settore. Non si dovrebbe mai dimenticare che quando si dice lavoro pubblico, circa due terzi (oltre il 66%) è costituito da

---

[1] Profondi "distinguo" in Rusciano, *A due anni dalla cd riforma Brunetta*, in DLM, 2011, p. 187 ss.; L. Zoppoli, *Bentornata realtà: il lavoro pubblico dopo la fase onirica*, in Jus, 2013; V. Pinto, *Il lavoro pubblico nella transizione dall'autogoverno responsabile delle pubbliche amministrazioni al rinnovato protagonismo della legge*, in *DLM*, Quaderno n. 2, 2016; M. Esposito, Luciani, A. Zoppoli, L. Zoppoli (a cura di), *La riforma dei rapporti di lavoro nelle pubbliche amministrazioni. Commento alle innovazioni della XVII legislatura (2013-2018) con particolare riferimento ai d.lgs. n. 74 e 75 del 25 maggio 2017 (c.d. Riforma Madia)*, Giappichelli, 2017, spec. p. 2-11. Invece fanno di tutta l'erba un fascio: D'Orta, *L'organizzazione delle P.A. dal diritto pubblico al diritto privato: il fallimento di una riforma*; Talamo, *Relazioni collettive e dirigenza pubblica: prove di legislazione al test della Consulta (ad ancora alla ricerca di un assetto ragionevole)*, entrambi in LPA, risp. 2011, p. 391 ss. e 2016, p. 297 ss.; Tosi, *Le novelle legislative sul lavoro privato e pubblico privatizzato tra armonizzazione e diversificazione*, in *RIDL*, I, 2018.

[2] La dirigenza, ad esempio, alla fine è rimasta fuori: fa lo stesso?

[3] L'ultima proposta proviene da un gruppo informale denominato "Giardino dei semplici": v. *Riformare la PA per crescere. Proposta per riorganizzare una struttura che spende quasi la metà del Pil*, ne *il Sole 24 ore* del 3 marzo 2018.

scuola (31,20%), sanità (21,41%) e autonomie locali (14,40%)[4]: tutte amministrazioni oggetto di interventi di riforma, anche legislativa, specifici o che meriterebbero rielaborazioni legislative molto mirate[5].

Un esempio per tutti: uno dei capisaldi delle prime tre riforme del lavoro pubblico (1993, 1998, 2009) è che la macro-organizzazione resta affidata a principi e regole pubblicistiche, mentre la micro-organizzazione è affidata ad atti privatistici e a poteri analoghi a quelli dei datori di lavoro privato. Nella sanità non è affatto così: basti dire che l'atto organizzativo delle ASL ha per legge natura di atto di diritto privato (v. art. art. 3 c. 1bis del d.lgs. 502/92). Se poi però si va a verificare la coerenza tra qualificazione legislativa e disciplina complessiva per l'adozione dell'atto – con tutti i vincoli procedurali e finanziari che scaturiscono dalle interrelazioni tra gli enti competenti e i vertici politico/burocratici dei diversi enti – ci si rende conto che la qualificazione formale dell'atto organizzativo è piuttosto lontana dalla realtà operativa[6]. Questo aspetto ad una riforma generalista come quella germinata dalla l. 124/15 sfugge. Poco male, si potrebbe dire, una lacuna come un'altra. Forse sì. Ma poiché siamo proprio nell'area più rilevante per dettare regole finalizzate a migliorare efficienza, efficacia, modernità delle amministrazioni, lacune come questa fanno seriamente dubitare che la ragione determinante della c.d. quarta riforma sia quella di migliorare la funzionalità delle amministrazioni, pure invocata a gran voce. Se fosse davvero la ragione principale, si sarebbe prestata attenzione assai maggiore a soluzioni molto calibrate sulle caratteristiche dei diversi comparti e forse anche più analitiche.

3. Una riforma del sistema punitivo/premiale.

Seconda risposta: si riforma per la quarta volta il lavoro pubblico perché non ci sono ancora strumenti adatti a punire/premiare i dipendenti pubblici. Questa risposta, che sembra molto più specifica e delimitata, a mio parere ha in realtà molti intrecci con la precedente. Essa infatti presuppone una diagnosi di scarsa funzionalità generale delle amministrazioni pubbliche e si differenzia dalla prima perché individua nelle regole su premi e sanzioni del personale il vero nodo problematico su cui agire per migliorare la funzionalità delle amministrazioni. Anche questa risposta però ha ben poco di originale. In fondo la terza riforma del 2009 – quella varata all'insegna della meritocrazia – nasceva proprio dall'attacco *bipartisan* (allora si era anche in un sistema politico bipolare) ai "nullafacenti". Se dunque si volesse prendere questa risposta come la più vera radice della quarta riforma, occorrerebbe illustrare meglio altre due motivazioni: a) quella indicata con riferimento alla prima risposta e cioè se, per migliorare una funzionalità che genericamente si assume carente, il modo migliore sia intervenire con leggi e prescrizioni astratte e generali; b) quella che si affronterà tra poco con riguardo alla quarta risposta: perché la terza riforma (2009) non è bastata?

Approfondendo nel frattempo le vicende che sembrerebbero avvalorare l'assunto secondo cui una quarta riforma serve per rafforzare il sistema punitivo/premiale del lavoro pubblico, mi è capitato sott'occhio il caso dell'ospedale di Salerno Ruggi D'Aragona. Pur col beneficio d'inventario con cui vanno affrontate analisi casistiche, non può non colpire che grazie ai primi "prodotti"

[4] V., da ultimo, Mef-Ragioneria Generale dello Stato, *Commento ai principali dati del conto annuale del periodo 2007-2016*, raccolta di dati aggiornati al 16 novembre 2017 a cura del Dipartimento della Ragioneria Generale dello Stato, p. 9-10.
[5] V. i contributi di Russo, *Il personale del servizio sanitario*, e Preteroti, *Il personale scolastico*, nel volume collettaneo citato in nota 1, risp. p. 415 ss. e 422 ss.
[6] V. Corte d'Appello di CZ 14 novembre 2017, in LPA, 2018, 1, con nota di I. Zoppoli.

della quarta riforma del lavoro pubblico sul versante punitivo – cioè il c.d. decreto contro i furbetti del cartellino – sono state avviate molte iniziative per colpire l'odioso fenomeno della timbratura falsa o artefatta del *badge*, volta a coprire assenteismi di varia natura. Nel citato ospedale il fenomeno sembrava davvero dilagare, al punto che la stessa direzione ha favorito, se ho ben capito, l'apertura di circa mille procedimenti penali, originati dall'aver constatato che in una decina di casi effettivamente alcuni dipendenti avevano manomesso il *badge* per fare i comodi propri. Ciò sembrerebbe confermare la necessità di supplenze esterne per colpire il malcostume dei dipendenti pubblici e punirli adeguatamente. Senonché la stragrande maggioranza di tali procedimenti si sta concludendo in questi giorni nel senso che molti dipendenti incriminati in realtà erano regolarmente al lavoro – senza perdere neanche un minuto della loro prestazione e senza danneggiare nessun paziente – e che anzi avevano dovuto marcare irregolarmente il cartellino proprio per erogare normalmente la propria prestazione viste le notevoli disfunzioni nei sistemi di controllo delle entrate dell'ospedale (scarse postazioni frequentemente fuori servizio con notevoli file in ingresso). Tant'è che molti provvedimenti di archiviazione del Gup stanno rilevando che i comportamenti segnalati configurano tutt'al più delle infrazioni disciplinari non gravi (irregolarità puramente formali) da accertare ed, eventualmente, punire con le regole e i procedimenti già in uso presso l'azienda ospedaliera, guardando allo specifico contesto in cui certi comportamenti sono maturati[7]. Insomma inutile giocare a rimpiattino o tergiversare sull'idoneità degli strumenti esistenti. Quel che occorre è far funzionare ciò che esiste dando il massimo risalto all'interesse dell'organizzazione a punire effettivamente comportamenti dannosi per gli utenti.

Con questo non si vuol dire che non sia necessario registrare sempre regole e procedure in materia disciplinare e curarne il complicato raccordo con i procedimenti penali[8]. Però – se non si vuole far oscillare il pendolo tra ipergarantismo e caccia alle streghe – non può essere questo il fulcro di una riforma legislativa del lavoro pubblico né la sua principale motivazione. E altrettanto discutibile è che possa esserlo solamente il sistema premiale, inteso come l'altra faccia della medaglia. In ogni caso entrambi avevano fin troppo ispirato la riforma del 2009.

4. Una riforma per rivedere la "privatizzazione".

La terza risposta pure aleggia da tempo: la quarta riforma si è resa necessaria perché la privatizzazione degli anni '90 non ha funzionato ed è ormai da tempo un'incompiuta o un aborto vero e proprio. Questa risposta a mio parere coglie di più nel segno. Infatti non c'è dubbio alcuno che dalla fine degli anni '90 – cioè dalla riforma progettata e realizzata con Massimo D'Antona - molta acqua sia passata sotto i ponti e gli assestamenti realizzati con il d.lgs. 165/01 – pure parziali e largamente insoddisfacenti – siano stati superati dagli sviluppi successivi della legislazione sul lavoro privato e pubblico, nonché dalla complessiva evoluzione degli ordinamenti istituzionali e delle politiche economiche (basti pensare alle riforme costituzionali approvate o abortite nonché alle misure, spesso assai radicali, per sopravvivere alla grande crisi degli anni 2008-2013). Quindi un aggiornamento della riforma del 2001 era di sicuro necessaria. Ma la quarta riforma a mio parere non si lega tanto alla privatizzazione degli anni '90, rispetto alla quale molti, forse troppi ponti erano stati recisi da tempo: a partire dal 2003 – con la riforma Biagi per il lavoro privato, già

[7] V. *il Mattino* del 27 febbraio 2018.
[8] V. i contributi di Quaranta, *Illeciti rilevanti e tipologia di sanzioni*; Gargiulo, *Il licenziamento disciplinare*, e Cordella, *Il procedimento disciplinare*, nel volume cit. in nota 1, risp. p. 233 ss., 249 ss., 269 ss.

molto divaricante rispetto al progetto di unificazione con il lavoro pubblico - passando per la riforma Brunetta sul lavoro pubblico del 2009 – che tradiva profondamente uno dei cardini della "privatizzazione" del precedente decennio, cioè la delegificazione - per poi giungere al blocco della contrattazione collettiva nel lavoro pubblico nel periodo 2010-2017 – cioè la sostanziale eliminazione della fonte principale della regolazione dei rapporti di lavoro individuali e collettivi nel pubblico e nel privato - e infine alle riforme Monti-Fornero e Renzi del lavoro privato, rispettivamente del 2012 e del 2015, che evitano accuratamente di affrontare con chiarezza la scelta di far convergere o divergere disciplina di pubblico e privato, lasciando a interpreti e, *in primis*, alla giurisprudenza una bella patata bollente[9].

Non si può dunque dire che la quarta riforma interviene per affrontare il fallimento della privatizzazione degli anni '90. Invece interviene meritoriamente per riaprire la questione delle scelte di sistema regolativo nel lavoro pubblico, scelte da troppo tempo date per scontate o rivisitate all'insegna di un'emergenza soprattutto economico-finanziaria.

Al riguardo molto significativo è quanto accaduto nel lavoro pubblico nel lasso di tempo 2010-2017. Mentre tutta l'Europa era alle prese con la questione del contenimento della spesa pubblica (anche) per il personale, non tutti gli Stati europei hanno messo mano alle regole sul lavoro pubblico, confondendo strumentazione giuridica con contenimento dei costi del lavoro. Tutti hanno adottato misure di *wage cutting* o *freezing*. Pochi invece hanno confuso l'efficienza con l'efficacia o, meglio, hanno abdicato alla cura dell'ottimizzazione dei risultati delle amministrazioni pubbliche. In Italia invece si è proceduto al più marcato *downsizing* del settore pubblico degli ultimi vent'anni, tagliando personale (essenzialmente con il blocco del turnover)[10] e paralizzando - di fatto o, meglio, anche di diritto, ma in modo congiunturale e con decisioni anno per anno -la contrattazione collettiva nazionale[11]. La riforma degli anni '90 era stata in sostanza abbandonata a sé stessa tanto dal legislatore quanto dalle diverse regie del sistema amministrativo ormai policentrico. Anche perché la correzione/rivisitazione operata dalla terza riforma del 2009 – già di non facile decifrazione *in tabula* - era sostanzialmente rimasta sulla carta tanto per il riassetto delle relazioni sindacali quanto per il cuore della strumentazione meritocratica[12].

Questa situazione era ben sintetizzata dal titolo di un articolo di Antonio Viscomi di qualche anno fa: la privatizzazione era "*lost in transition*"[13]. Bisognava ricostruirne le tracce e riaprire sentieri infestati da erbacce e ostacoli di ogni tipo. Per questo una quarta riforma era indispensabile. Ma sarebbero stati necessari contenuti molto ben progettati e solidamente impiantati in un tessuto normativo nuovo di zecca.

5. Una riforma per andare oltre "la Brunetta".

La quarta risposta al perché della quarta riforma suona allora così: si riforma per la quarta volta perché la terza riforma (2009) non ha funzionato per niente. Naturalmente questa risposta è altamente insoddisfacente. Occorre anzitutto prendere una posizione sul perché la terza non ha

[9] V. M. Esposito, *I giudici e il lavoro pubblico: dalla contrattualizzazione alla c.d. "riforma Madia"*, in LD, 2016, p. 871 ss.
[10] V. i dati riportati nel documento di cui alla nota 4.
[11] L. Zoppoli, *Le fonti del lavoro pubblico: dinamiche recenti e prospettive*, in G. Santoro-Passarelli (a cura di), *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale. Privato e pubblico*, Utet, 2017, p. 2695 ss.
[12] V. L. Zoppoli (a cura di), *Ideologia e tecnica nella riforma del lavoro pubblico*, Editoriale scientifica, 2011
[13] *Lost in transition: la contrattazione integrativa nelle pubbliche amministrazioni tra riforme incompiute e crisi emergenti*, in LPA, 2013, p. 249 ss.

funzionato, se per la contingenza economica sfortunata o perché era intimamente sbagliata o per difetti specifici nella normativa poi varata tra delega e decreti delegati. E, in secondo luogo, decidere come andare oltre la terza riforma del 2009: riprendendola o profondamente correggendola?

La quarta riforma risulta invece assai carente sia nella diagnosi sul fallimento della riforma del 2009 sia nella chiarezza dei percorsi da riprendere. Ad essere generosi, la delega del 2015 sembra più che altro approvata per dovere d'ufficio – quasi una riforma senz'anima[14] - con un evidente cedimento alle mode politiche del momento in cui sembrano prevalere intenti punitivi verso i dipendenti pubblici e marcate tendenze alla disintermediazione. Per di più con una notevole confusione di concetti e strumenti nei quali sembra si voglia sottoporre ad una disciplina molto vincolistica la dirigenza pubblica – specie in ordine a reclutamento e assegnazione degli incarichi – attribuendole al contempo poteri espansivi di stampo aziendalistico sulle scelte di sanzionare o premiare i lavoratori. Tutto all'insegna di un marcato ridimensionamento del ruolo sindacale, in cui si staglia una diffusa indifferenza per le sorti della contrattazione collettiva nazionale – data per spacciata - e una velleitaria intenzione riduttiva e funzionalizzatrice della contrattazione decentrata.

Questo impianto ha però mostrato subito la corda. Sia dinanzi ai più complessi circuiti istituzionali, fatti valere dalla Corte costituzionale nell'imminenza del referendum sulla riforma costituzionale del dicembre 2016 (la cui approvazione era data per scontata dalla l. 124/15) al punto da bloccare definitivamente il grosso della riforma della dirigenza[15]. Che dunque è rimasto un incolmabile buco nero della quarta riforma. Sia dinanzi alla residua forza sociale e politica del sindacalismo pubblico, che, nell'imminenza del referendum del 4 dicembre, è tornato ad essere un soggetto istituzionale con un peso reale, stipulando il 30 novembre 2016 un'intesa sulle modalità di attuazione della legge delega del 2015 con l'ormai timoroso Governo Renzi (i sondaggi sul referendum costituzionale cominciavano a segnalare burrasca).

Con quelle torsioni tipiche di un'Italia consociativa ufficialmente negata, la quarta riforma del lavoro pubblico cambia dunque natura e contenuti. Deludendo quanti volevano che fosse una sorta di incrocio tra uno *zombie* sopravvissuto alla riforma Brunetta e una propaggine del *Jobs Act* nel lavoro pubblico. La quarta riforma, a ben guardare, serve invece soprattutto a ottemperare alla sentenza della Corte costituzionale del 2015 n. 178, di poco successiva alla delega. Il suo prodotto più visibile è il rilancio della contrattazione nazionale, sia nei rapporti con la legge sia come sistema contrattuale di fatto. Tanto è vero che – anche per l'imminente stagione elettorale – in men che non si dica si rinnovano tutti e quattro i contratti nazionali relativi ai nuovi comparti, definiti proprio sulla falsariga della parte della riforma Brunetta che pareva meno vitale. E inoltre si chiarisce l'annosa questione dell'applicabilità dell'art. 18 nel lavoro pubblico, avvalorando, con

[14] V. il mio primo commento in *Economia e sviluppo regionale*, 2016, n. 1, dove cercavo le varie anime di una riforma appena condensata nella legge delega. Dopo i decreti del 2017 quelle anime sembrano tanto confuse e sovrapposte da non essere più davvero visibili.
[15] V. i commenti di Alaimo, *La "Riforma Madia" al vaglio della Corte costituzionale. Leale collaborazione e intese possono salvare la riforma della pubblica amministrazione*, e Battini, *Cambiamento amministrativo, cambiamento giurisprudenziale, cambiamento costituzionale. Brevi note sulla sentenza n. 251 del 2016 della Corte costituzionale*, in DLM, 2017, p. 121 ss.

significativi adattamenti, quella che ormai era divenuto l'orientamento prevalente nella giurisprudenza della Cassazione[16].

In definitiva una riforma che nelle parti di maggiore impatto risulta scritta più dalle Alte corti che dal legislatore[17]. Che, per parte sua, lascia irrisolti molti dei nodi lasciati aperti dall'interruzione della privatizzazione: dirigenza, snellezza nei reclutamenti, rapporti flessibili, relazioni sindacali nei luoghi di lavoro[18]. Invece prova a tirare le fila dei sistemi punitivo/premiali, in parte seguendo le orme della Brunetta e in parte riprovando a far partire il complesso meccanismo della valutazione delle *performance*.

La quarta riforma dunque vale senz'altro a superare la terza rimasta sulla carta e trova in quel blocco una delle sue più convincenti ragion d'essere. Però l'impressione è che, restando su un piano di normative generali e astratte, non sia risolutiva.

6. Una riforma per uscire dall' "imbroglio delle riforme amministrative".

La più profonda al perché della l. 124/2015 è forse, però, la quinta risposta: si riforma ancora perché in questa materia, come in altre, non si riesce a uscire "dall'imbroglio delle riforme amministrative"[19]. L'espressione – come avverte l'autore citato – è polisensa: groviglio, intrico, inganno, raggiro e persino "l'imbroglio superiore e supremo: la "distrazione" …l'uso delle riforme amministrative per distrarre l'attenzione dall'inerzia e, peggio, dai "misfatti", dalle cattive azioni dei governanti"[20].

Però non è tanto questo versante della quinta risposta che attinge ai livelli di maggiore profondità. A leggere per intero il libello di Merusi vien fuori qualcosa di più interessante proprio sul piano della cultura giuridica in cui affonda le sue radici questa quarta riforma, una cultura da cui proviene sia linfa vitale sia veleno mortifero. Una volta tanto però ad essere sul banco degli accusati non è la cultura giuslavoristica. Merusi infatti sostiene che l'errore sta nel continuare a produrre "leggi zibaldone" in cui non si scioglie il nodo di fondo che divide dagli anni '50 gli studi giuridici in materia di pubblica amministrazione. Si deve risalire al convegno di Varenna (Como) del 1955 in cui Gianfranco Miglio - noto costituzionalista, allora ben lontano dall'approdo leghista, e fondatore, con Feliciano Benvenuti, dell'ISAP, Istituto per la Scienza dell'Amministrazione Pubblica - e Massimo Severo Giannini cercarono di fare i conti con l'insegnamento di Vittorio Emanuele Orlando. Questi, sancendo il divorzio tra scienza dell'amministrazione e diritto amministrativo, portò al trionfo dei giuristi dell'amministrazione (contrapposti ai "contabili") secondo cui una sola misurazione è possibile dell'attività amministrativa: la conformità degli atti di organizzazione e di gestione al diritto amministrativo, cioè il controllo di legittimità degli atti. L'eminente giurista si-

[16] Un riepilogo con relative indicazioni bibliografiche in Luciani *Il licenziamento illegittimo del dipendente pubblico e la tutela reintegratoria "universale"*, in Esposito, Luciani, A. Zoppoli, L. Zoppoli (a cura di), cit., p. 397 ss. Ora v. Saracini, *Reintegra monetizzata e tutela indennizzata nel licenziamento ingiustificato*, Giappichelli, 2018.
[17] Lo intuisce già M. Esposito, *I giudici e il lavoro pubblico*, cit., p. 873 ss.
[18] V. i contributi di A. Zoppoli, *La dirigenza pubblica tra mancata riforma e persistenti equivoci;* Nicosia, *I soggetti della valutazione (percorsi di apprendimento organizzativo);* D'Onghia, *Organizzazione degli uffici e superamento delle dotazioni organiche*; Casillo-Tufo, *Il lavoro agile*; Gentile, *Il reclutamento del personale pubblico*; Santagata de Castro, *La somministrazione*; Menghini, *I contratti a tempo determinato*; Fiorillo, *La stabilizzazione del personale precario*; Pallini, *Il lavoro parasubordinato e autonomo*; Saracini, *L'apprendistato e il contratto di formazione e lavoro*; Monda, *Il lavoro occasionale*, tutti nel volume citato in nota. 1.
[19] Merusi, *L'"imbroglio" delle riforme amministrative*, Mucchi editore, 2016.
[20] Merusi, cit., p. 8.

ciliano concludeva una delle sue opere di teoria generale sostenendo che "tutto ciò che costituisce il contenuto economico o sociale dell'amministrazione …resterà quindi una scienza eminentemente sociale e non giuridica". Merusi invoca un ritorno "sul lago di Como del 1955" (p. 42) ovvero un ritorno alla "convivenza" tra diritto amministrativo e scienza dell'amministrazione verificando fino in fondo quanto sia possibile "misurare l'attività delle pubbliche amministrazioni anche con criteri economico-aziendali" (ivi). Senza però imboccare scorciatoie – come la creazione di soggetti giuridici in mano pubblica, ma con una configurazione giuridica interamente privatistica (come le pp..ss. degli anni '50, appunto) – o ingessare in norme e procedure rigide i manuali di scienza dell'organizzazione. Due strade minacciose che rendono assai stretta la strada per riforme amministrative che non siano "leggi zibaldone".

Mentre Miglio e Giannini escono sconfitti nel 1955 e di lì a poco entra in vigore il testo unico sull'impiego statale del 1957 - frutto della cultura giuridica divenuta maggioritaria nella prima metà del Novecento anche grazie alla giurisprudenza ammnistrativa[21] - per Merusi negli anni '90 si era trovato il modo di disegnare un ampio spazio "privatistico" di gestione manageriale delle amministrazioni (emblematico per lui è proprio l'art. 5 comma 2 del d.lgs. 165/01: v. p. 43). Poi però il diritto prodotto dal "riformatore" del nuovo millennio ha esagerato sia nel sostituirsi alla managerialità reale sia nell'incorporare le regole di economia aziendale, riportando tutto ad unità sotto il segno della legificazione. Di qui l'inevitabilità di una quarta riforma.

In effetti occorre riconoscere che la soluzione non è affatto semplice. Merusi giustamente insiste sulla necessità di perseverare lungo una strada da battere con massima accuratezza, affrontando tante specifiche insidie, impossibili da risolvere una volta per tutte. Occorre piuttosto mantenere un equilibrio tra lo "spazio giuridico", proprio delle norme legislative di indirizzo, e lo "spazio socio-aziendale", le cui dinamiche organizzative vanno plasmate su obiettivi e risultati da definire in relazione a ciascun contesto. Un notevole intrico che non ammette distrazioni.

E invece la quarta riforma aveva preso le mosse proprio all'insegna di una certa distrazione, tanto che la l. 124 non è immune dalla qualifica di "legge zibaldone"[22]. Non riprende con decisione la strada della delegificazione e della valorizzazione di un approccio veramente aziendalistico alla misurazione dei risultati perseguiti da ciascuna amministrazione.

Però il nodo che il legislatore non può mai trascurare è che negli apparati pubblici la scienza dell'amministrazione va in qualche modo "protetta" dal dilagare della politica. Si tratta purtroppo di un crescente paradosso. Infatti sono ovviamente i politici che possono e devono produrre le leggi, ma sono gli stessi politici che sempre meno hanno a che fare con la scienza e con le tecniche dell'organizzazione, dovendosi preoccupare innanzitutto di ottenere il consenso elettorale e di conservarlo il più a lungo possibile[23]. È un paradosso quasi inscindibile dalla democrazia rappresentativa[24]. Però non si può ignorare quanto abbiamo sotto gli occhi. Più la politica diviene appannaggio della spettacolarità personalizzata e della sloganistica viscerale più si divaricano i canali della legittimazione del potere legislativo rispetto a quelli delle dirigenze burocratiche. L'imbroglio delle riforme amministrative si fa sempre più inestricabile. La terza riforma del 2009 ha dato

[21] V. Rusciano, *L'impiego pubblico in Italia*, il Mulino, 1978.
[22] Merusi, cit., p. 44.
[23] La questione è nota da secoli: v. la brillante sintesi di S. Cassese, *L'ideale della buona amministrazione. Il principio del merito e la stabilità degli impiegati*, Editoriale scientifica, 2007.
[24] V., da ultimi per sviluppi ancor più inquietanti, Deneault, *Mediocrazia. La rivincita dei mediocri*, Neri Pozza, 2016; Pankaj Mishra, *L'età della rabbia. Una storia del presente*, Mondadori, 2018.

un buon contributo a confondere i percorsi, grazie soprattutto ad una marginalizzazione della cultura giuridica *tout court* (la fecero soprattutto economisti, di professione o dilettanti).

La quarta riforma – intervenuta dopo un lungo dominio delle pure logiche economiche-finanziarie di tipo macro anche nel campo delle riforme amministrative - ha visto di nuovo scendere in campo la cultura giuridica: però soprattutto quella amministrativistica, ancora alle prese con le sue antiche contraddizioni e con molti pregiudizi (vecchi e nuovi). Comunque, almeno non manca una buona notizia: le riforme si sono rimesse in moto.

7. Culture giuridiche e quarta riforma del lavoro pubblico.

Voglio alla fine pormi un'ultima domanda che non riguarda la genesi, ma gli sviluppi della quarta riforma del lavoro pubblico: quale spazio ha avuto e può avere in questa nuova fase la cultura giuslavoristica?

Anzitutto bisogna rilevare che, cacciata dalla porta (pochissimi i tecnici esperti di diritto del lavoro che hanno collaborato alla delega e ai progetti di decreti fino all'autunno 2016), è rientrata dalla finestra (almeno con consultazioni più ampie nei mesi antecedenti all'adozione dei decreti 74 e 75). Anche se *in extremis*, è stato così corretto un errore iniziale. La cultura giuslavoristica non è un "male in sé" – come pensano alcuni –ma comunque è "un male necessario"; com'è necessario che le riforme legislative si facciano con un decisivo apporto di esperti del diritto contemporaneo, sempre più complesso. Anche se la linea dovrebbe essere quella di ridurre al minimo la disciplina legislativa – rigida per eccellenza - questo risultato si può realizzare solo con il pieno coinvolgimento dei giuristi più accorti e abituati ad un uso parco della etero-regolazione.

Per il coinvolgimento dei giuslavoristi nelle riforme del lavoro pubblico c'è poi una necessità in più: la cultura aziendalista si sviluppa su un terreno che è più congeniale ai lavoristi che agli amministrativisti[25]. Tanto è vero che i giuslavoristi conoscono virtù e vizi della cultura aziendalista e sanno che anche quella cultura non è omogenea né linearmente diretta a coniugare tutte le dimensioni delle moderne organizzazioni: a cominciare dal sindacato. Comunque la si pensi a quest'ultimo riguardo, non si possono ignorare le dinamiche della rappresentanza collettiva nelle organizzazioni pubbliche. Esse anzitutto –piaccia o no - sono parte ineliminabile della realtà sociale e culturale del lavoro odierno; e non si può pensare di riportarle in luce a intermittenza secondo le convenienze e le contingenze politiche nazionali o locali. Insomma anche il sindacato nel lavoro pubblico va regolato come uno degli *stakeholder* dell'organizzazione da coinvolgere nella realizzazione dei risultati utili ai cittadini che, sovente, sono i medesimi lavoratori che aderiscono ai sindacati.

Ciò detto, la cultura giuridica lavoristica non è meno dilaniata al suo interno di quella amministrativistica. Magari le divaricazioni sono più recenti e anche più condizionate dalla politica; ma ormai da vent'anni i giuslavoristi parlano di cambio di paradigma in svariate salse sia nel lavoro pubblico sia nel lavoro privato senza approdare a modelli ben definiti. Quindi non c'è da attendersi da nessuna parte risposte già confezionate, certezze da tradurre in norme o prassi. Anche per questo non è affatto un caso che la "guida" delle riforme venga assunta dalla giurisprudenza, specie da

[25] V. al riguardo per qualche fraintendimento di matrice pubblicistica delle moderne dinamiche organizzative aziendali L. Zoppoli, *Reclutamento e ruolo unico: filosofie organizzativo-istituzionali e tecniche regolative*, in LPA, 2016, p. 43 ss.

quella delle Alte Corti che – facendo risaltare le antinomie regolative - deve sciogliere le incertezze esegetiche del caso concreto con qualche plausibile ricostruzione sistematica, magari improntata alla valorizzazione di un principio che in un altro caso non può avere la medesima valenza.

Le riforme naturalmente non possono però attendere che la dottrina giuridica componga le sue fratture, che probabilmente mai si comporranno del tutto. Un riformatore accorto deve allora saper utilizzare un approccio pluralista e soprattutto diffidare da un uso della legge che - dinanzi a istanze oggettive di rapido adeguamento delle regole e delle strutture organizzative ad una realtà economica e tecnologica soggetta a mutamenti sempre più veloci - irrigidisca invece di promuovere dinamismo gestionale. Un contributo possono e devono darlo tutti i giuristi responsabili, senza distinzione di settore disciplinare. Consapevoli che le novità richiedono chiarezza di principi, ma anche pragmatismo nelle soluzioni legislative.

Nella quarta riforma alla fine qualche tentativo interessante di non arretrare anche nelle sfide teoriche e pratiche che il lavoro pubblico pone da mezzo secolo alla regolazione giuridica a mio parere c'è. Forse più nel d.lgs. 74 che nel d.lgs. 75. Mi riferisco alle innovazioni nel sistema di valutazione delle *performance* e nel rilancio della *customer satisfaction*. Quanto meno si continua a dire a chiare lettere che l'universo delle pubbliche amministrazioni non può vivere dei soli controlli di legittimità. E si fa qualche passo in avanti nello strutturare soggetti che in ciascun contesto organizzativo possano far progredire una cultura dei risultati misurabili secondo parametri di efficienza, efficacia, qualità dell'azione amministrativa. Insomma, per dirla ancora con Merusi, riemerge una tensione pratica a garantire la "buona amministrazione".

Però mi pare che siamo lontani da un assetto soddisfacente. Se qualche rigidità legale viene eliminata, cedendo il passo ad una regolazione più duttile di matrice contrattuale (v. novella dell'art. 19 del d.lgs. 150/09), tutto il ciclo delle *performance* resta fortemente legificato. Anche la *Customer satisfaction* – un po' alleggerita rispetto alla stagione delle carte di servizio – appare configurata come un adempimento burocratico, in fondo tanto facile da impostare formalmente quanto difficile da utilizzare come effettivo criterio di misurazione dell'efficacia amministrativa[26].

Soprattutto poco attrezzato pare il legislatore per soddisfare la fondamentale esigenza di dotare l'organizzazione burocratica di una *leadership* altamente professionalizzata e indipendente dalla politica. Eclatante è l'aborto della riforma della dirigenza; ma anche la rete dei valutatori – migliorata rispetto al passato - non appare impiantata in modo da porla al riparo dai condizionamenti politici[27]. E ben poco curato appare il versante della c.d. "valutazione esterna" delle *performance* che ancora molto tira in ballo procedure di verifica continua dei risultati complessivi dell'organizzazione sottoponendo i politici a giudizi di tipo non solo elettorali e gli utenti a funzioni di cittadinanza attiva molto impegnative[28].

La riapertura delle dinamiche contrattuali fa sì che un pezzo – seppure non decisivo - di questa quarta riforma possa ancora essere completata dalla contrattazione collettiva. Si tratta, a mio

[26] V. Baldassarre, *Customer satisfaction e riforme del lavoro pubblico*, nel volume di cui alla nota 1, p. 356 ss.
[27] V. Nicosia, *op.cit.*, e Monda, *La valutazione delle performance: programmazione degli obiettivi e gestione premiale*, sempre nel volume di cui in nota precedente, risp. p. 329 ss. e 370 ss.
[28] V. A. Zoppoli, op.cit., nel volume citato in nota 1, spec. p. 325-328.

parere, di un potenziale pregio, una potenzialità per correzioni o miglioramenti, anche se meno omogenei e diffusi di quanto avrebbe potuto fare una legge generale. In concreto c'è da analizzare quali contributi vengono dai contratti di comparto appena firmati[29]. Forse però si rischia di caricarli di eccessive aspettative: in fondo si è dovuta recuperare una vacanza contrattuale quasi decennale e il loro arco di vigenza è assai breve, scadendo alla fine di quest'anno. Ciononostante si riapre una dinamica che avrà il suo seguito nelle contrattazioni decentrate, per le quali sembrano esserci più risorse economiche. C'è da chiedersi se ci saranno anche più risorse professionali sul versante datoriale per caratterizzare al meglio i contenuti dei nuovi contratti decentrati. Sarebbe invero solo un miracolo se ciò accadesse in modo consistente, visto che sul punto i nuovi decreti legislativi fanno poco o nulla[30].

Probabilmente non si può concludere diversamente questa sintetica analisi dei perché della quarta riforma se non constatando che - mentre altrove si digitalizza tutto (v. il modello estone, forse enfatizzato però[31] perché attiene all'aspetto documentale dell'azione amministrativa, non a quello dell'erogazione dei servizi alle persone) - siamo ancora nel pieno imbroglio delle riforme amministrative, in uno scenario dove – per quanto riguarda la cultura giuridica, cioè il profilo che più ci tocca come studiosi (certo anche una *legacy*, ma su cui è fondamentale riuscire a incidere) - ancora si contendono il campo Vittorio Emanuele Orlando, da un lato, e Miglio/Giannini dall'altro; e con i giuslavoristi che provano solo a tenere aperto il campo di gioco. Le parti negoziali – da poco riammesse al gioco - ricominciano appena a farci udire i loro balbettii di sempre. Nulla di entusiasmante. Se non la certezza di un grande lavoro di riflessione e di gestione, fondamentale per non perdere il filo delle riforme del lavoro pubblico che, siamo certi, non si fermeranno alla quarta.

---

[29] Particolare rilievo assumono ad esempio le regole sulle "nuove" relazioni sindacali nelle organizzazioni e quelle sulla differenziazione dei premi individuali (per le seconde si vedano le scelte – tutte sostanzialmente uguali, ma meritevoli di attenta valutazione – contenute negli artt. 82 per la sanità; 20 per il comparto istruzione e ricerca; 78 per il comparto Funzioni centrali; 69 per il comparto Funzioni locali).

[30] V. Delfino, *I nuovi "spazi negoziali"*, e Formica, *I limiti di carattere finanziario alla contrattazione*, nel volume di cui alla nota 1, risp. p. 29 ss. e 55 ss.

[31] Almeno a livello giornalistico: v. *il Venerdì* di *Repubblica* del 9 marzo 2018.

Nuova compensazione delle spese processuali e controversie di lavoro tra vulgata e riflessioni critiche*

Luigi de Angelis

1. Assenza nella legge n. 533/1973 della disciplina delle spese processuali se non per alcune cause previdenziali e assistenziali. 13

2. Prassi giurisprudenziale in tema di compensazione delle spese per "giusti motivi" nel caso di soccombenza del lavoratore. Modifiche normative e cenni all'intervento della Corte Costituzionale del 2018. 14

3. Rilievi critici alla prassi suddetta. 16

4. Sostanziale continuazione della prassi dopo la l. n. 69/2009 nonostante alcuni arresti della Corte di Cassazione. 16

5. La conseguente stretta normativa del 2014, censurata dalla Corte Costituzionale del 2018 ed il ritorno alla legge del 2009 con l'allargamento della discrezionalità del giudice. 17

6. Discrezionalità condizionata dall'estremo rigore della formula residua, che contrasta una differente vulgata circolata dopo la sentenza della Corte Costituzionale. 18

7. Auspicio di un uso *secundum legem* della discrezionalità del giudice. 19

8. Diminuzione del contenzioso del lavoro e della previdenza e assistenza e ragioni. 20

9. Preoccupazioni, solo in piccola parte condivise, per i riflessi sulla garanzia dell'effettività della tutela giurisdizionale. 21

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 367/2018

1. Assenza nella legge n. 533/1973 della disciplina delle spese processuali se non per alcune cause previdenziali e assistenziali.

Il tema della compensazione delle spese processuali ha avuto negli ultimi anni uno scatto nell'attenzione dottrinale e giurisprudenziale[32] assecondato dalla crisi economica e *formalizzato* in interventi normativi collocati in un quadro orientato non tanto all' effettività della tutela giurisdizionale quanto a ragioni appunto di tipo economicistico[33].

In ciò il processo del lavoro ha ricoperto e ricopre un ruolo principe. Introdotta con la legge n. 533/1973 la tutela processuale differenziata, non si diversificò nulla in punto rispetto alle regole del generale processo civile[34] se non nella materia previdenziale[35] obbligatoria ed anzi nella materia delle *prestazioni* di previdenza[36] obbligatoria (art. 152 Disp. Att. Cod. Proc. Civ., quale modificato dall'art. 9 della legge n. 533 cit.)[37]. Del resto il processo del lavoro, pur sicuramente ispirato ad assicurare maggiore effettività ai diritti dei lavoratori[38], fu improntato, quanto al suo utilizzo, alla distinzione per tipo di controversie[39] piuttosto che per qualità dei protagonisti del processo, e la Corte Costituzionale adottò rapidamente, nel rispetto del carattere paritario della disciplina dell' attività defensionale delle parti, la lettura volta a riequilibrare qualche discrasia tra le stesse posizioni processuali di attore e convenuto, la prima quasi sempre occupata dal *soggetto debole*[40]. Di rimettere ancora al solo tipo di controversie e non alla qualità delle parti, questa volta in materia di licenziamenti soggetti alla disciplina dell'art. 18 della legge n. 300/1970, é stata la

---

[32] Si pensi che in un ponderoso, approfondito contributo monografico in tema di spese processuali di quasi vent' anni fa, quindi antecedente le modifiche della formulazione originaria dell'art. 92, comma 2, Cod. Proc. Civ. (v. *infra*, nel testo), all' argomento della compensazione sono dedicate otto pagine (pp. 308-315), di cui quattro al profilo, da nessuno messo in discussione, della soccombenza reciproca e quattro a quello più problematico, di cui si dirà appresso, dei "giusti motivi: cfr. G. SCARSELLI, *Le spese giudiziali civili*, Milano, 1998. E si pensi alle pochissime parole, spesso ridotte alla secca enunciazione dell'esistenza di "giusti motivi", presenti nelle sentenze fino al 2009 e spesso anche dopo.

[33] In proposito mi permetto di rinviare a L. de ANGELIS, *Sguardo su effettività dei diritti e deflazione delle controversie di lavoro*, in *Labor*, 2016, pagg. 87 e segg., anche in AA. VV., *Lavoro ed esigenze dell'impresa fra diritto sostanziale e processo*, a cura di O. MAZZOTTA, Torino, 2016, pagg. 356 e segg. (da ora le citazioni verranno fatte dalla rivista); ID., *Efficienza ed effettività nelle recenti riforme della giustizia del lavoro*, in AA. VV., *Risistemare il diritto del lavoro* Liber amicorum *Marcello Pedrazzoli*, a cura di L. NOGLER e L. CORAZZA, Milano, 2012, pagg. 915 e segg. Cfr., da ult., le considerazioni di A.D. DE SANTIS, *Contributo allo studio della funzione deterrente del processo civile*, Napoli, 2018, pagg. 89 e segg.

[34] Pacificamente applicabili al notoriamente non autosufficiente o incompleto rito del lavoro nell' inesistenza di disciplina *ad hoc*.

[35] E assistenziale, a seguito di Corte Cost. 26 luglio 1979, n. 85, in *Foro It.*, 1979, I, col. 2295.

[36] V. la nota precedente.

[37] L' art. 152 prevedeva l'esonero del lavoratore soccombente, salvi i casi di manifesta infondatezza e temerarietà della pretesa. Tale disposizione é stata abrogata dall' art. 4, comma 2, del decreto legge 19 settembre 1992, n. 384, convertito, con modificazioni, nella legge 14 novembre 1992, n. 438, a sua volta dichiarato incostituzionale da Corte Cost. 13 aprile 1994, n. 134, in *Foro It.*, 1994, I, col 1303, cui ha fatto seguito il ripristino dell'esonero stesso tramite l'art. 42, comma 11, del decreto legge 30 settembre 2003, n. 269, convertito, con modificazioni, nella legge 24 novembre 2003, n. 326, che l'ha però condizionato ad un requisito reddituale. Su tale vicenda cfr., da ult., A.D. DE SANTIS, op. cit., pagg. 200 e segg.; S.L. GENTILE, *Le controversie in materia di previdenza e assistenza,* in AA. VV., *Processo del lavoro*, in *Lavoro*, Trattato diretto da P. CURZIO, L. DI PAOLA, R. ROMEI, Milano, 2017, pagg. 391 e segg.

[38] Si veda la Relazione dei senatori Martinazzoli e Torelli al disegno di legge approvato dalle Commissioni riunite Giustizia e Lavoro del Senato, in V. DENTI, G. SIMONESCHI, *Il nuovo processo del lavoro*, Milano, 1974, pagg. 343 e segg.; tra i recenti R. ROMEI, *L'accesso alla giustizia del lavoro dal garantismo alle tecniche deflattive*, in *Labor*, 2016, pag. 78, anche in AA. VV., *Lavoro ed esigenze dell'impresa ecc.,* op. cit., pag. 372, scrive: "Il processo del lavoro fu fin dall'inizio considerato come finalizzato alla garanzia dell'effettivo soddisfacimento dei diritti dei lavoratori, una sorta di ideale completamento dello Statuto dei lavoratori".

[39] Indicate nell'art. 409 Cod. Proc. Civ.

[40] Cfr. Corte Cost. 15 gennaio 1977, n. 13, in *Foro It.*, 1977, I, col. 259.

scelta legislativa, secondo l'indirizzo prevalente[41], circa l'utilizzazione del rito di cui alla legge n. 92/2012.

Nel 1973 la differenziazione a favore del soggetto debole residuò per pochi aspetti: la disciplina delle ordinanze provvisionali (art. 423, comma 2, Cod. Proc. Civ.), l' esecutorietà immediata della sentenza di primo grado relativa ai crediti di lavoro e alla possibilità di procedere all' esecuzione con la sola copia del dispositivo (art. 431, commi 1 e 2 Cod. Proc. Civ.), il regime dell' inibitoria (art. 431, commi 3 e 4), la rivalutazione automatica dei suddetti crediti (art. 429, comma 3, Cod. Proc. Civ.).

2. Prassi giurisprudenziale in tema di compensazione delle spese per "giusti motivi" nel caso di soccombenza del lavoratore. Modifiche normative e cenni all'intervento della Corte Costituzionale del 2018.

Se, come si é visto, la materia della compensazione delle spese processuali fu lasciata dal legislatore alla generale disciplina del processo civile, la differenziazione si è però presa la sua rivincita in via giurisprudenziale[42], per prassi, rarissimamente disattesa[43], i giudici, di merito e anche di legittimità, provvedendo a dichiarare la compensazione quasi sempre integrale in caso di soccombenza del lavoratore *a prescindere*. Può dirsi che i giudici del lavoro, quando hanno condannato il lavoratore al pagamento delle spese, abbiano invertito la stessa regola delle "gravi ed eccezionali ragioni" che il legislatore del processo civile, novellando l' art. 92, comma 2, Cod. Proc. Civ., ha poi introdotto nel 2009 per la compensazione di esse, facendo riferimento alla qualità delle parti ed al relativo disquilibrio economico tra di esse ovvero a volte richiamando genericamente i "giusti motivi" di cui al testo originario dell' art. 92, comma 2, Cod. Proc. Civ.; in ciò agevolati dalla giurisprudenza della Corte di Cassazione che per decenni, fino alla correzione di rotta operata nel 2008 dalle sezioni unite[44] (nel frattempo la necessità della motivazione era stata imposta dall' art. 2 della citata legge del 2005), ha ritenuto sufficiente la mera indicazione di "giusti motivi" di compensazione delle spese e insindacabile l' argomentazione in punto, ove enunciata, se non nell' ipotesi di sua illogicità[45].

Dal punto di vista testuale e sistematico della disciplina é difficile sostenere la correttezza di una prassi siffatta, contrastandola la mancanza di una regola differente da quella del generale processo civile da sempre collegata alla concretezza della fattispecie e non al tipo di controversia; mancanza contrapposta alla su vista esistenza, nella medesima legge, di una regola speciale per alcune controversie e mancanza lasciata tale nei successivi interventi normativi del 2005, del 2009

[41] Riferimenti in L. de ANGELIS, in AA. VV., *Commentario breve al codice di procedura civile*, a cura di F. CARPI, M. TARUFFO, IX ed., Milano-Padova, 2018, pag. 3731.

[42] Già Chiovenda lamentava l'abuso della compensazione delle spese da parte dei giudici: cfr. G. CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, rist. inalterata, Napoli, 1965, pag. 202 (l'opera originaria é del 1923).

[43] G. MELIADO', *Il processo del lavoro e la sua crisi*, in *Labor*, 2016, pag. 73, anche in AA. VV., *Lavoro ed esigenze dell'impresa ecc.,* op. cit., pag. 367, scrive di "forte inclinazione dei giudici di ogni grado a disporne la compensazione in favore del lavoratore" (da ora le citazioni verranno fatte dalla rivista).

[44] Cfr. Cass., Sez. Un., 30 luglio 2008, n. 20598, in *Foro It.*, 2008, I, col. 2778.

[45] Cfr., tra le tante, Cass. 13 gennaio 2000, n. 319, in *Rep. Foro It.*, 2000, voce *Spese giudiziali civili*, n. 17.

e del 2014[46] ispirati soprattutto da tale prassi e sui quali si ritornerà, nonché nello specifico intervento sul rito dei licenziamenti del 2012. Eppure la legge n. 533 cit., lo si é detto, qualche differenziazione la conteneva, e tra esse, lo si ripete, non quella che qui interessa.

Sul versante della costituzionalità, la recentissima Corte Cost. 26 aprile 2018, n. 77, dopo avere censurato la tassatività[47] delle ipotesi di compensazione delle spese introdotta dall'art. 13 cit. (v. *infra)* in sostanza recuperando il testo del 2009, ha d'altro canto rilevato, avvalendosi anche di tale censura, che la maggiore debolezza di una della parti rispetto all' altra, che pure trova considerazione nell'art. 3, comma 2, Cost., messa in equilibrio, come dovuto, col principio di pari condizione processuale garantito dall'art. 111, comma 2, Cost., non richiede necessariamente l'alterazione della regola ordinaria sulla compensazione delle spese, potendo trovare protezione, come accade nel nostro ordinamento, in altre misure (richiamate dalla Corte)[48]. Per questo la Corte ha dichiarato infondate le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 92, comma 2 cit. nel testo modificato dall'art. 13, comma 1 cit. sollevate[49] in riferimento all' art. 3, secondo comma, e 117, primo comma, Cost., nonché, come parametri interposti (art. 117 Cost.), in relazione agli artt. 14 della Cedu e 21 Cdfue laddove vietano la discriminazione fondata sulla ricchezza o su altra condizione, e, rispettivamente, sul patrimonio. Come é stato notato[50], non si é invece preso in considerazione sempre dalla Corte, tra gli argomenti utilizzati nell' ordinanza di rimessione e in un'opinione dottrinale,[51] l'argomento del deteriore trattamento fiscale delle spese per il lavoratore[52] implicante per lui un maggiore costo del processo Argomento che non sembra comunque convincente sul piano del processo rilevando piuttosto nel rapporto con lo Stato e non

---

[46] Rispettivamente, art. 2 della legge n. 263 del 28 dicembre, art. 45, comma 11, della legge n. 69 del 18 giugno, art. 13, comma 1, del decreto legge n. 132 del 12 settembre, convertito con modificazioni nella legge n. 162 del 10 novembre dello stesso anno.

[47] Per alcuni inesistente alla luce di una diversa lettura del testo: cfr. G. COSTANTINO, *Sulla dichiarata non manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale dell'art. 92, c. 2, C.P.C.*, nota a Trib. Torino 30 gennaio 2016 (ord.), in *Riv. Giur. Lav.*, 2017, II, pagg. 169 e segg., seguito, problematicamente, da A.D. DE SANTIS, op. cit., pag. 288, nota 154. Detta ordinanza può leggersi per esteso in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2016, II, 30 gennaio 2016, II, pag. 964, con nota di M. BRUNIALTI, *Brevi note in tema di presunta incostituzionalità dell' art. 92, 2° CO. C.P.C.*; scritto in cui si pone in luce l' incertezza sull' ambito applicativo della previsione e si considera meritoria l' ordinanza torinese pur ponendo dubbi sulla rilevanza della questione sollevata da altro giudice con analogo *modus procedendi* e ritenuta inammissibile dalla Corte Costituzionale proprio in ragione di tale *modus*; per l' incostituzionalità della disciplina del 2014 cfr. G. SCARSELLI, *Il nuovo art. 92, 2° comma, c.p.c.*, in *Foro It.*, 2015, V, coll. 51 e segg., con argomenti in parte ripresi da Corte Cost. n. 77 cit.

[48] Per posizioni orientate verso l'incostituzionalità della disciplina laddove non tiene conto dell'asimmetria tra le parti cfr. R. METAFORA, *La nozione delle gravi ed eccezionali ragioni nel provvedimento di compensazione delle spese nelle controversie di lavoro*, nota a Cass. 5 luglio 2017, n. 16581, pagg. 196 e segg.; C. BECHIS, *La compensazione non discrezionale delle spese al vaglio della consulta*, nota a Trib. Torino, 30 gennaio 2016, in *Giur. It.*, 2017, pag. 676

[49] Da Trib. Reggio Emilia 28 febbraio 2017, s.m., (ord.), in *Riv. Giur. Lav.*, 2017, II, pag. 178, con nota di G. COSTANTINO, *Ancora sulla dichiarata non manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale dell'art. 92, c. 2, C.P.C*. Il provvedimento di rimessione può leggersi per esteso in *http://www.cortolex.it/wp-content/uploads/2017/05/Page_00006-8.jpg*.

[50] Cfr. R. SANLORENZO, *La Corte costituzionale ed il regime delle spese di giudizio nel processo del lavoro*, in *http://questionegiustizia.it/articolo/la-corte-costituzionale-ed-il-regime-delle-spese-di-giudizio-nel-processo-del-lavoro_01-05-2018.php*, pag. 7.

[51] Cfr. A. TERZI,*Il trattamento delle spese processuali nel processo del lavoro dopo la riforma del 2014: dubbio di costituzionalità*,relazione al convegno "L'accesso alla giustizia dei soggetti svantaggiati" organizzato dalla Fondazione Malagugini con la partecipazione di Magistratura Democratica, in *http://www.questionegiustizia.it/doc/terzi-trattamento-spese-processuali-processo-lavoro-riforma-2014.pdf*, pag. 3, ora ripresa da F. SCARPELLI, M. GIACONI, *Il costo della giustizia nel processo del lavoro. La compensazione delle spese legali dopo la Corte Costituzionale sull'art. 92 c.p.c.*, in *Lavoro, Diritti, Europa*, 2018, n. 1, pag. 10, nota 42.

[52] Sulla indeducibilità fiscale delle spese giudiziali ed in genere per il trattamento fiscale delle stesse per il lavoratore cfr., da ult., N. SARTORI, *Contributo unificato e deducibilità fiscale delle spese di giustizia nel processo del lavoro*, in *Riv. Giur. Lav.*, 2018, I, pagg.76 e segg.

con il soggetto privato che abbia vinto e che ciò nonostante dovrebbe sopportare il peso della controversia sia pure in parte scaricandoli sulla fiscalità generale.

3. Rilievi critici alla prassi suddetta.

È da molto tempo che sostengo[53] che la prassi suddetta oltre a non essere giuridicamente corretta sia stata assai discutibile da più angolazioni. Innanzitutto, la prassi, peraltro non immune da paternalismo[54], ha contribuito ad ingenerare la convinzione che i giudici del lavoro fossero *da una parte sola* così discostandosi dalla fondamentale imparzialità della funzione, visto che i datori di lavoro si vedevano addossare il costo del processo anche quando una legge - una legge pure a tutela dei lavoratori - desse loro ragione.

Non ha poi fatto adeguatamente considerare la preziosità del servizio di tutela giudiziale dei diritti, che come ogni cosa preziosa ha costi elevati e come tale richiede una parsimoniosa utilizzazione. Ha per questo avuto portata inflattiva del contenzioso non solo di primo grado, ma anche di appello e in qualche modo di cassazione dal cui esito, magari conciliativo, il soccombente aveva tutto da guadagnare; ciò soprattutto nei lunghi anni in cui i servizi delle organizzazioni sindacali garantivano ai lavoratori di bassa e media professionalità una difesa sostanzialmente gratuita, la quale veniva poi compensata solo con quanto liquidato dal giudice o riconosciuto in via conciliativa[55]. E l'inflazione del contenzioso, é giusto averlo a mente, si é riflessa negativamente sui tempi del processo e quindi sulla tutela dei diritti dei suoi utenti.

4. Sostanziale continuazione della prassi dopo la l. n. 69/2009 nonostante alcuni arresti della Corte di Cassazione.

Da un lato, la crisi economica di cui si é detto all'inizio, che ha reso più pesanti gli oneri del processo per il vincitore, per quel che interessa in questa sede il datore di lavoro fino ad allora abbastanza distaccato in punto ponendo anche le spese nelle previsioni dei costi, e da un altro lato, la crisi del processo stesso a sua volta ridondante sulla situazione dell'economia, hanno portato ad una sensibilizzazione al problema. E, all'interno di una riforma dettata, come si é accennato, soprattutto da intenti economicistici piuttosto che da rafforzamento dell'effettività dei diritti, hanno portato all' intervento normativo del 2009 che ha inasprito il presupposto dei "giusti motivi" di compensazione sostituendolo, si è accennato, con quello delle "gravi ed eccezionali ragioni", conservando altresì la necessità di esplicitazione di esse nella decisione già richiesta nella modifica del 2005 come emergente da Corte Cost. n. 77/2018 cit.

Sennonché, l'intervento, già accolto con scetticismo circa la sua capacità realmente innovativa[56],

[53] Cfr., se vuoi, L. de ANGELIS, *Giustizia del lavoro*, Padova, 1992, pagg. 92 e segg.; ID., *Il processo del lavoro tra funzionalità e rispetto delle garanzie*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1994, I, pagg. 345 e segg., ed i*vi* ulteriori riferimenti, in particolare ad un passo tratto da uno scritto di G. PERA.

[54] G. MELIADO', op. cit., pag. 367, scrive di "uso compassionevole".

[55] Su ciò cfr. F. SCARPELLI, M. GIACONI, op. cit., pag. 3, che rilevano anche come la situazione sia mutata, e ne accennano le ragioni.

[56] Cfr. A. DORONZO, *Le spese processuali*, in AA. VV., *La nuova giustizia del lavoro*, a cura di D. DALFINO, Bari, 2011, pagg. 91 e segg., ed i*vi* riferimenti in nota,

non ha in effetti spostato la prassi[57] tanto più nelle cause di lavoro, anche se, quanto a quest'ultime, va sottolineato come la Corte di Cassazione, appunto sotto il regime della legge del 2009, abbia affermato che "la diversa posizione delle parti e, segnatamente, la debolezza socio-economica del lavoratore-ricorrente risultato soccombente in giudizio, nonché la sua buona fede nell'avvio dell'azione giudiziaria, non consentono la compensazione delle spese di lite a norma dell'art. 92, comma 2 Cod. Proc. Civ.; la compensazione, infatti, può trovare applicazione solamente in ragione di specifiche circostanze e aspetti della questione decisa, quali la novità o l'oggettiva incertezza delle questioni di fatto o diritto, l'assenza di un orientamento univoco o consolidato della giurisprudenza, un mutamento giurisprudenziale determinato da modifiche normative o dall'intervento di decisioni della corte costituzionale o della corte di giustizia"[58]. Ed abbia altresì affermato che "in tema di spese giudiziali, ai sensi dell'art 92 Cod. Proc. Civ., nella formulazione vigente *ratione temporis*, le «gravi ed eccezionali ragioni», da indicarsi esplicitamente nella motivazione, che ne legittimano la compensazione totale o parziale, devono riguardare specifiche circostanze o aspetti della controversia decisa e non possono essere espresse con una formula generica (nella specie, la particolarità della fattispecie), inidonea a consentire il necessario controllo"[59].

5. La conseguente stretta normativa del 2014, censurata dalla Corte Costituzionale del 2018 ed il ritorno alla legge del 2009 con l'allargamento della discrezionalità del giudice.

Eppure la nuova formulazione, pur restando clausola generale[60] come tale da riempire di contenuto attraverso la discrezionalità del giudice, restringeva sicuramente, per la severità espressa da un testo fatto di due aggettivi rigorosi da considerarsi congiuntamente (v. la congiunzione "ed"[61]), l'ambito della decisione sull' aspetto e il suo obbligatorio *iter* motivazionale.

È per questo - lo ha ricordato Corte Cost. n. 77/2018 richiamando, al punto 14, con riguardo al generale processo civile, la relazione al disegno di legge di conversione del decreto legge n. 132/2014 cit.[62] - che il legislatore é intervenuto ancora nel 2014 rendendo tassative le ipotesi di compensazione delle spese[63] (che devono intendersi operanti anche nell' ipotesi del più volte novellato art. 91, comma 2, Cod. Proc. Civ.) e pertanto eliminando gli spazi di discrezionalità del

---

[57] Cfr. G. SCARSELLI, *Sulla necessità di tornare alla compensazione delle spese di lite per ragioni di equità*, in *Foro It.*, 2017, V, col. 344, con riferimento alle generali controversie civili.

[58] Cfr. Cass. 5 luglio 2017, n. 16581, in *Riv. Dir. Lav.*, 2018, I, pag. 188, con la citata nota di R. METAFORA, e, s.m., in *Guida al Lav*., 2017, pag. 31, con nota di V.F. GIGLIO, *Controversie di lavoro: condanna alle spese per il lavoratore che perde la causa*.

[59] Cass., Sez. VI, 14 luglio 2016, n. 14411 (ord.), in *Mass. Foro It.*, 2016, col. 488.

[60] Cfr., ad es., R. METAFORA, op. cit., pag. 194.

[61] Non si vede come possa leggersi la "ed"" come "o", come alcuni commentatori hanno prospettato pur "in senso meno compatibile con la formulazione letterale del testo": così R. SANLORENZO, op. cit., pag. 6, nel sottolineare che Corte Cost. n. 77 cit. non abbia preso posizione su come debbano essere intesi i due aggettivi.

[62] Si legge nella relazione illustrativa: " nonostante le modifiche restrittive introdotte negli ultimi anni, nella pratica applicativa si continua a fare larghissimo uso del potere discrezionale di compensazione delle spese processuali, con conseguente incentivo alla lite, posto che la soccombenza perde un suo naturale e rilevante costo, con pari danno per la parte che risulti aver avuto ragione. Con la funzione di disincentivare l'abuso del processo è previsto che la compensazione possa essere disposta dal giudice solo nei casi di soccombenza reciproca ovvero di novità della questione decisa o mutamento della giurisprudenza".

[63] Assoluta novità della questione trattata o mutamento della giurisprudenza su questioni dirimenti, oltre che la ovvia soccombenza reciproca rimasta tale nel succedersi delle formule normative. Sui problemi interpretativi posti dalle nuove formule cfr., tra gli altri,

giudice. Così contribuendo a ridurre il contenzioso, per quel che qui interessa di lavoro e previdenza (v. *infra*), però dando vita ad una normativa irragionevole e lesiva del principio d' uguaglianza (nonché contrastante con il principio del giusto processo e del diritto alla tutela giurisdizionale) per non comprendere casi altrettanto gravi ed eccezionali, e pertanto oggetto di rilievi di costituzionalità da più parti *sub specie* dell' art. 3 (e 24, comma 1 e 111, comma 1) Cost.; normativa appunto censurata dalla Corte Costituzionale nella citata decisione dell' aprile scorso.

Resta, tuttavia, é il caso di rimarcarlo, la estrema severità della formula delle *gravi ed eccezionali ragioni* e l'obbligo di motivazione in punto, ricondotto dal giudice delle leggi al sesto comma dell'art. 111 Cost.[64] A quest' ultimo riguardo, se é vero che la novella del 2014 é silente, é altrettanto vero che l'obbligo di motivazione era già stato ritenuto esistente nel 2008, lo si è sopra rilevato, sotto il vigore del testo originario dell' art. 92, comma 2, Cod. Proc. Civ., dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione[65].

6. Discrezionalità condizionata dall'estremo rigore della formula residua, che contrasta una differente vulgata circolata dopo la sentenza della Corte Costituzionale.

Se, pertanto, si é ritornati per la compensazione delle spese ad una clausola generale e si é conseguentemente restituita al giudice discrezionalità in proposito, un testo così rigoroso che non si é limitato a sostituire i *giusti* motivi con le *gravi* ragioni ma é ricorso ad un' endiadi in cui la seconda parola ha un significato ancor più restrittivo della prima, impone, per superare la regola per la quale il costo del processo deve ricadere sul perdente ad impedire chiovendianamente, "per quanto é possibile, che la necessità di servirsi del processo per la difesa del diritto torni a danno di chi é costretto ad agire o difendersi in giudizio per chiedere ragione"[66], un uso della compensazione direi al *limite*. Non ha dunque fondamento una certa vulgata che é circolata a seguito di Corte Cost. n. 77 cit. secondo cui il lavoratore non é più tenuto a pagare le spese al datore di lavoro in caso di soccombenza in una controversia[67].

In particolare, sempre stando alle controversie di lavoro, non solo non rileva la qualità delle parti, il cui valore é espressamente escluso dalla pronuncia del giudice delle leggi, ma anche, solo per stare ad ipotesi ricorrenti nelle sentenze, una novità della questione non assoluta ma relativa, la

---

M. BRUNIALTI, *Modifiche al regime della compensazione delle spese*, in AA. VV., *Misure urgenti per la funzionalità e l'efficienza della giustizia civile*, a cura di D. DALFINO, Torino, 2015, pagg. 100 e segg.

[64] La novella del 2014 nulla ha detto al riguardo.

[65] Cfr. M. BRUNIALTI, *Modifiche al regime ecc.*, op. cit., pagg. 105 e segg. Sull' esistenza dell'obbligo v. altresì F. SANTANGELI, *sub* art. 13, in AA. VV., *La nuova riforma del processo civile - Degiurisdizionalizzazione, processo e ordinamento giudiziario nel d.l. n. 132/2014 convertito in l. n. 162/2014*, a cura di F. SANTANGELI, Roma, 2015, pag. 145.

[66] Cfr. G. CHIOVENDA, *Sulla "perpetuatio iurisdictionis"*, ora in *Saggi di diritto processuale civile (1894-1937)*, I, Milano, 1993, pag. 273 (lo scritto originario é in *Foro It.*, 1923, I, coll. 362 e segg.). Ma ancor prima, nella monografia sulle spese del 1901 dello stesso Autore, *Condanna nelle spese giudiziali*, Torino, pag. 170, si legge che "il diritto misconosciuto" deve uscire "indenne dalla lite" e deve "essere riconosciuto come se fosse riconosciuto al momento della domanda o dell'attacco" e, pag. 336, si limita la possibilità della compensazione alla soccombenza reciproca, così leggendo restrittivamente l'art. 370, comma 2, Cod. Proc. Civ. del 1865, contenente, si accennerà al paragrafo 7, la formula dei "motivi giusti" (per considerazioni critiche al riguardo cfr. F. CIPRIANI, *Scritti in onore dei* Patres, Milano, 2006, pagg. 230 e segg.).

[67] Cfr., ad es.,
http://www.lastampa.it/2018/04/19/italia/lavoro-la-suprema-corte-amplia-i-diritti-dei-dipendenti-guTR02UWR8uXRuF3t30ThP/pagina.html.

mancanza di pronunciamenti in punto delle giurisdizioni superiori, le semplici difficoltà istruttorie[68], la farraginosità della disciplina; situazioni, tutte, che, per rilevare devono avere appunto il carattere della eccezionale gravità. Del resto, la esemplificazione contenuta in Corte Cost. n. 77 cit. (punto 15) richiama l'interpretazione autentica, il *jus superveniens* specie se retroattivo ed anche eurounitario, pronunce della stessa corte costituzionale o di una corte europea e situazioni di pari gravità ed eccezionalità; esemplificazione che era in parte contenuta nella suriporata pronuncia di legittimità n. 16581/2017 emessa, si badi bene, sotto il regime della legge del 2009.

7. Auspicio di un uso *secundum legem* della discrezionalità del giudice.

Si diceva, si é restituito al giudice potere discrezionale in punto. E giustamente, in ossequio ad una tradizione plurisecolare[69] che a mio avviso era meglio rappresentata dalla formula dei "giusti motivi" che il codice del '40 aveva mutuato, a termini invertiti ("motivi giusti"), dall'art. 370 Cod. Proc. Civ. del 1865; una formula meno drastica e più propriamente rispettosa del condivisibile rilievo che "la parte soccombente non ha sempre torto; l'esperienza lo rileva tuttodì"[70]. L'opzione del legislatore attuale, però, é stata un'altra e, lo ha detto il giudice delle leggi, é costituzionalmente corretta. Va pertanto rispettata. E a questo proposito é utile ritornare alle accennate ragioni che hanno portato alle modifiche del testo originario per riflettere su come la a mio avviso sbagliata forzatura interpretativa o applicativa della compensazione delle spese da parte dei giudici - e in ciò i giudici del lavoro sono stati in prima fila: non a caso la questione di costituzionalità dell'art. 13, comma 1 cit. è stata sollevata in due controversie di lavoro - alla fine si sia risolta in un'altra forzatura, ugualmente sbagliata[71]. In proposito saggio era stato il suggerimento di una utilizzazione della compensazione limitata a casi particolari ed eccezionali onde non fratturare la regola della soccombenza[72]. È così: le forzature interpretative o applicative alla fine, quando le condizioni politiche e (oppure o) economiche mutano, possono portare ad una reazione inappropriata[73], e per questo penso si debba loro preferire anche dal punto di visto *politico* una posizione più equilibrata.

È un po' lo stesso di quanto é accaduto in materia di licenziamenti soggetti alla c.d. tutela reale. Una maggiore aderenza al testo dell'art. 3 della legge 15 luglio 1966, n. 604, che usa la formula, per il giustificato motivo oggettivo di licenziamento - é questo che ha creato maggiori tensioni - delle "ragioni inerenti all' attività produttiva, all'organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di essa", piuttosto che dare della formula un'interpretazione in termini di *extrema ratio*,

---

[68] Corte Cost. n. 77 cit. considera, al punto 18, il caso in cui un lavoratore, "per la tutela di suoi diritti, debba talora promuovere un giudizio senza poter conoscere elementi di fatto, rilevanti e decisivi, che sono nella disponibilità del solo datore di lavoro (cosiddetto contenzioso a controprova)", per affermare che "costituisce elemento valutabile dal giudice della controversia al fine di riscontrare, o no, una situazione di *assoluta incertezza* in ordine a questioni di fatto in ipotesi riconducibili alle «gravi ed eccezionali ragioni» che consentono al giudice la compensazione delle spese di lite (il corsivo é mio). Sul punto cfr. R. SANLORENZO, op. cit., pag. 6; F. SCARPELLI, M. GIACONI, op. cit., pag. 21.

[69] Cfr. G. SCARSELLI, *Sulla necessità di ritornare ecc.*, op. cit., coll. 341 e segg.; R. METAFORA, op. cit., pagg. 195 e segg.

[70] Cfr. L. MORTARA, *Commentario al codice di procedura civile*, Milano, 1923, IV, 137, ripreso da G. SCARSELLI, *Sulla necessità di ritornare ecc.*, op. cit., col. 342; cfr. altresì F. CIPRIANI, op. cit., pag. 232, in critica alla su menzionata tesi di Chiovenda.

[71] Cfr. G. SCARSELLI, *Sulla necessità di ritornare ecc.*, op. cit., coll. 341 e segg.

[72] Cfr. G. SCARSELLI, *Le spese giudiziali civili*, op. cit., pag. 313.

[73] Reazione estremistica", mi sono permesso di qualificare la modifica introdotta dall' art. 13 del decreto legge n. 134/2014 cit.: L. de ANGELIS, *Sguardo su effettività dei diritti ecc.*, op. cit., pag. 88.

non avrebbe forse evitato la riforma dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori, che, con la previsione della reintegrazione, altro non fa che affermare la regola generale del risarcimento in forma specifica[74]?

8. Diminuzione del contenzioso del lavoro e della previdenza e assistenza e ragioni.

Come emerge dalle statistiche del Ministero della Giustizia[75], dal 2014 al 2017 le sopravvenienze nazionali delle controversie di lavoro in primo grado sono diminuite approssimativamente del 16%, mentre quelle di previdenza e assistenza sono aumentate quasi del 6%; in appello le prime sono diminuite circa del 20%, le altre più del 15%. Questo tenendo presenti procedimenti di cognizione ordinaria e procedimenti speciali, ma non i procedimenti *ex* art. 700 Cod. Proc. Civ. e gli accertamenti tecnici preventivi obbligatori.

Se però si considera come anno di partenza il 2012 la diminuzione al 2017, quanto alle controversie di lavoro di primo grado, supera il 20%, e quanto alle controversie previdenziali e assistenziali il 30%, mentre in appello la diminuzione supera rispettivamente il 24% e il 55%. Naturalmente le percentuali sono diverse tra le varie sedi distrettuali.

Non é arbitrario attribuire la complessiva, considerevole flessione alla crisi economica e all' indebolimento della tutela sostanziale dei lavoratori, a partire dalla forte flessibilizzazione del contratto a termine, fonte di fittissimo contenzioso negli anni precedenti all' introduzione della c.d. "acasualità" ad opera del decreto Poletti (art. 1 del decreto legge 20 marzo 2014, n. 34, convertito nella legge 16 maggio 2014, n. 78). Ma certamente nella suddetta flessione del contenzioso hanno avuto un ruolo significativo l'aumento delle spese giudiziali disposto dai d.m. n. 140/2012 e n. 55/2014 ed il ridimensionamento della gratuità del giudizio, stabilita nel 1973 dall'art. 10 l. n. 533 cit., attuato attraverso il contributo unificato, che ha natura tributaria[76] ed é stato applicato al processo del lavoro dal 2011[77]. E se é vero che é stata prevista un'esenzione per condizioni di reddito dal pagamento di esso, é pur vero che la relativa soglia é piuttosto bassa[78] se si considera che, secondo l'interpretazione ministeriale, bisogna riferirsi ai redditi di ogni componente della famiglia[79]. Da ultimo, quanto alle impugnazioni, anche incidentali, un ruolo significativo ha avuto il raddoppio dello stesso per i casi d' inammissibilità, improcedibilità e rigetto previsto dall'art. 1, comma 17, della legge 24 dicembre 2012, n. 248 che ha aggiunto il comma 1 *quater* all' art. 13 del decreto del Presidente della Repubblica 30 maggio 2002, n. 115. Tutto considerato mi sembra modesta l'incidenza sulla flessione stessa della nuova disciplina della compensazione e del relativo atteggiamento della giurisprudenza.

---

[74] Sul punto cfr., se vuoi, L. de ANGELIS, *Licenziamento per motivi economici e controllo giudiziario*, in *Lav. Dir.*, 2007, pagg. 465 e segg.

[75] Rintracciabili sul sito *webgiustizia.it*

[76] Cfr. Corte Cost. 11 febbraio 20015, n. 73, in *Foro It.*, 2005, I, col. 965, e precedenti; Cass., Sez. Un., 5 maggio 2011, n. 9840, in *Foro It.*, 2012, I, col. 880; M. VACCARI, *Le spese dei processi civili - Questioni giurisprudenziali e indicazioni operative*, Milano, 2017, pag. 10.

[77] Art. 37, comma 6 del decreto legge 6 luglio 2011, n. 98, convertito dalla legge 15 luglio 2011, n. 111, che ha introdotto nel testo unico delle spese di giustizia il comma 1 *bis* dell'art. 9.

[78] Aventi un reddito (ad oggi €. 34.585,23) inferiore a una somma corrispondente a tre volte quella individuata per il patrocinio gratuito a carico dello Stato (11.528,41).

[79] Circolare 11 maggio 2012, n. 10 del Ministero della Giustizia, in *https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_8_1.wp?facetNode_1=1_1(2012)&facetNode_3=1_1(201205)&facetNode_2=0_10&previsiousPage=mg_1_8&contentId=SDC763490*.

9. Preoccupazioni, solo in piccola parte condivise, per i riflessi sulla garanzia dell'effettività della tutela giurisdizionale.

Parte della dottrina ha espresso preoccupazioni, accompagnate da invito alla cautela, circa misure deflattive operanti sul piano della domanda, per la garanzia costituzionale ed eurounitaria dell'effettività della tutela giurisdizionale e sugli stessi riflessi sui diritti sostanziali dei lavoratori, con considerazione particolare al profilo delle spese[80]. E preoccupazioni sono state espresse in sede sindacale, accompagnate da una proposta di legge d'iniziativa popolare che, per quanto qui interessa, contempla una disciplina della compensazione delle spese di favore per i lavoratori in caso di soccombenza e una peculiare deducibilità fiscale delle spese affrontate dal lavoratore per la tutela dei propri diritti, anche a mezzo del datore di lavoro[81].

Se con riguardo alla compensazione delle spese la mia condivisione[82] all'evoluzione normativa come letta e corretta dalla Corte Costituzionale emerge dalla esposizione precedente, alla eccessiva grandezza dei parametri individuati dai decreti ministeriali sopra richiamati (nonostante i minori importi indicati per le controversie di lavoro e di previdenza) sembra potersi ovviare attraverso l' applicazione dell' art. 4 del d.m. n. 55 cit. laddove consente[83] sensibili riduzioni anche in ragione di *condizioni soggettive*, e senza dimenticare che si tratta appunto di parametri dai quali il giudice può motivatamente discostarsi[84]. E così ritengo che contribuisca ad una meditata ponderazione della situazione, utile a fini antinflattivi del servizio pubblico[85], la previsione di un contributo allo Stato per l' introduzione di una controversia[86]; ciò da un lato se si considera che l' entità del contributo appare ragionevole[87] e da un altro lato se, in aderenza al testo dell' art. 9, comma 1 *bis* cit. e al principio di capacità contributiva quale letto dalla Corte Costituzionale[88], si

---

[80] Cfr., tra gli altri, M. DE LUCA, *Processo del lavoro e deflazione del contenzioso*, in *Labor*, 2016, pagg. 61 e segg., anche in AA. VV., *Lavoro ed esigenze dell'impresa ecc.*, cit., pagg. 343 e segg. (da ora le citazioni verranno fatte dalla rivista).

[81] V. art. 94, della *Carta dei diritti universali del lavoro Nuovo statuto di tutte le lavoratrici e di tutti i lavoratori* della Cgil, in *Riv. Giur. Lav.,* 2016, I, pagg. 233 e segg., in specie pagg. 244-245. In punto cfr. V. ANGIOLINI, U. CARABELLI, *Le ragioni (di un nuovo statuto) dei diritti dei lavoratori*, in *Riv. Giur. lav.*, 2017, I, pag. 231.

[82] Conf. G. MELIADO', op. cit., pag. 367.

[83] Ciò non é invece previsto dall' art. 4 del d.m. n. 140/2012.

[84] Cfr. Cass. pen., 26 marzo 2014, n. 14335, ined., a quel che consta; M. VACCARI, op. cit., pag. 283.

[85] Conf. G. MELIADO', op. loc. ult. cit.

[86] Secondo CGUE,16 ottobre 2015, Sez. V, causa C-61/14, in *Foro It.*, 2015, IV. col. 522, l'art. 1 della direttiva 89/665/Cee del consiglio, 21 dicembre 1989, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori, come modificata dalla direttiva 2007/66/Ce del parlamento europeo e del consiglio, dell'11 dicembre 2007, nonché i principî di equivalenza e di effettività devono essere interpretati nel senso che essi non ostano a una normativa nazionale che impone il versamento di tributi giudiziari, come il contributo unificato oggetto del procedimento principale, all'atto di proposizione di un ricorso in materia di appalti pubblici dinanzi ai giudici amministrativi. Per una posizione critica circa il superamento della gratuità del giudizio attraverso l'introduzione del contributo unificato cfr. R. ROMEI, op. cit., pagg. 83 e segg.

[87] Attualmente, in primo grado €. 43 per le cause previdenziali e assistenziali, metà di quello dovuto per le controversie civili parametrato al valore per quelle di lavoro (da €. 21,50 a €. 843 per cause di valore superiore a €. 520,000), in appello €. 86 per le prime e sempre metà di quelle dovuto per le controversie civili parametrato al valore per le seconde (da €. 32,25 fino a1264,5 per cause di valore superiore a €. 520.000), in cassazione per tutte da €. 43 ad €. 1.686 ancora per le cause di quest' ultimo valore. Se il difensore non indica il proprio indirizzo di posta elettronica certificata e il proprio numero di fax, e se omette di indicare il codice fiscale nell'atto introduttivo del giudizio, il contributo unificato è aumentato della metà.

[88] Corte Cost. 15 luglio 1976, n. 179, in *Foro It.*, 1976, I, col. 2529, con nota di M.A. SALVETTI GRIPPA, *Cumulo dei redditi e Costituzione*

condividano le critiche[89] alla citata, discutibile interpretazione del Ministero della Giustizia per la quale il parametro di riferimento per l' esenzione é il reddito familiare.

Diversamente, il raddoppio, automatico e *senza distinguo*[90], si badi bene, nei casi su visti, a mio avviso supera i confini della ragionevolezza e si pone in tensione con gli artt. 24 e 3, comma 1, Cost.[91], facendo altresì perdere credibilità e consenso alla misura rendendola odiosa e aggravando l'ostilità anche verso una deflazione *buona*[92]. Riveste infatti i connotati della sanzione[93], anch' essa di natura tributaria, ma per un comportamento di esercizio di un diritto, sganciato, nella previsione di legge, da colpa o abuso e collegato al semplice fatto della soccombenza, in rito o nel merito[94].

E questo quando già l'art. 96, comma 3, Cod. Proc. Civ.[95], contiene una forma di sanzione[96], questa volta civile e processuale, che passa però attraverso il potere discrezionale del giudice e che secondo la lettura che mi sembra preferibile è collegata ad una fattispecie di abuso del processo[97].

Ritornando al raddoppio del contributo, preme sottolineare il passo in cui Corte Cost. n. 77/2018, non investita del dubbio di costituzionalità prima prospettato, riconosce alla discrezionalità legislativa il potere di rimodulare "in termini di minor rigore o finanche di esonero, il previsto raddoppio di tale contributo in caso di rigetto integrale, o di inammissibilità, o di improcedibilità dell'impugnazione".

---

[89] Per le quali cfr. N. SARTORI, op. cit., pagg. 71 e segg.

[90] Tra gli altri A. TEDOLDI, *L' appello civile*, Torino, 2116, pag. 577.

[91] È il caso di sottolineare come la Corte Costituzionale non si sia pronunziata in punto, avendo dichiarato l'infondatezza della diversa questione di legittimità costituzionale dell'art. 13, 1º comma *quater*, nella parte in cui prevede il diverso trattamento tra il caso previsto dall'art. 348, comma 1, Cod. Proc. Civ.e quelli di cui agli artt. 181 e 309 Cod. Proc. Civ., sollevata in riferimento all'art. 3 Cost. (Corte Cost., 30 maggio 2016, n. 120, in *Foro It*., 2016, I, col. 2280), e avendo in altre due occasioni dichiarato l'inammissibilità della questione.

[92] Secondo la fortunata terminologia di S. CHIARLONI, *La domanda di giustizia: deflazione e/o risposte differenziate?*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1988, pag. 754; altresì M. DE LUCA, op. cit., pagg. 65 e segg.

[93] Cfr., ad es. A. TEDOLDI, op. loc. cit. Sulla definizione del concetto di sanzione processuale cfr. da ult. A. D. DE SANTIS, op. cit., 129 e segg.

[94] Cfr. Cass.24 settembre 2015, n. 18904, in *Riv. Dir. Proc.*, 2016, pag. 1361, con nota di G. MARMIROLI, *In tema di contributo unificato aggiuntivo: una fattispecie complessa*, secondo cui il giudice dell'impugnazione è vincolato, pronunziando il provvedimento che la definisce, a dare atto - senza ulteriori valutazioni decisionali - dei presupposti (rigetto integrale ovvero inammissibilità o improcedibilità dell'impugnazione) per il versamento, da parte dell'impugnante soccombente, dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto per l'impugnazione da lui proposta, il quale risulta pertanto dovuto anche in caso di inammissibilità sopravvenuta per sopravvenuto difetto di interesse, e non è inoltre collegato alla condanna alle spese, ma al fatto oggettivo del rigetto integrale o della definizione in rito, negativa per l'impugnante, del gravame. In dottrina cfr., da ult., A.D. DE SANTIS, op. cit., 318 e segg., che, pagg. 313 e segg., tratta anche di altre sanzioni pecuniarie collegate all' infondatezza o inammissibilità di domanda, istanza, infruttuosità dell'espropriazione forzata e irrisorietà della pretesa.

[95] Ritenuto costituzionalmente legittimo da Corte Cost.23 giugno 2016, n. 152, tra le altre riviste in *Riv. Dir. Proc.*, 2017, pag. 498, con nota di F. GHIRGA, *Sulla «ragionevolezza» dell'art. 96, comma 3°, c.p.c.*

[96] Riconosciuta anche da Corte Cost. n. 152/2017, cit.

[97] Mi permetto di rinviare a L. de ANGELIS, *La misura prevista dall' art. 96, comma 3, Cod. Proc. Civ. e l'abuso del processo*, nota a Trib. Brescia 24 marzo 2016, in *Argom. Dir. Lav*., 2016, pagg. 625 e segg., anche riferimenti in nota, in particolare in quelle 10-16, cui *adde* F. GHIRGA, op. cit., pagg. 501 e segg., e, da ult., A.D. SE SANTIS, op. cit., pagg. 249 e segg. A tale mio scritto, pagg. 632 e segg., rinvio anche per il richiamo ad una iniziativa legislativa in argomento.

Un diritto del lavoro per il lavoro che cambia: primi spunti di riflessione*

Luigi Fiorillo

1. Alcuni dati sugli effetti dell'evoluzione tecnologica nel mercato del lavoro. 24
2. La disciplina sul lavoro agile e la valorizzazione dell'autonomia individuale. 25
3. La disciplina sul lavoro autonomo: un tentativo di universalizzazione delle tutele. 29
4. La nuova direzione del diritto del lavoro: la necessità di tutela del lavoratore autonomo. 32
4.1. *segue*: la libertà individuale del lavoratore subordinato. 34
4.2. *segue*: la complementarietà delle esigenze dell'impresa e del lavoratore. 35
4.2.1. alcuni esempi concreti: il regime sanzionatorio in caso di licenziamento illegittimo. 36
4.2.2. *segue*: lo *ius variandi* tra certezza gestionale e bisogni personali del lavoratore. 37

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 368/2018

1. Alcuni dati sugli effetti dell'evoluzione tecnologica nel mercato del lavoro.

Per un giuslavorista affrontare le tematiche derivanti dalla dirompente e rapidissima rivoluzione industriale, determinata dalle innovazioni tecnologiche digitali, comporta la necessità di riflettere sulle regole che governano il mercato del lavoro e su quelle che disciplinano il rapporto per verificare se l'apparato normativo sia in grado di fronteggiare la trasformazione in atto.

L'evoluzione tecnologica comunemente definita con il termine "Industria 4.0", a differenza delle precedenti rivoluzioni industriali, non si limita a migliorare e rendere più produttive le attività umane affiancando l'uomo, ma può determinarne la sostituzione o, comunque, comportarne nuove forme di asservimento[98].

L'impatto dirompente che la tecnologia è destinata a rivestire, non soltanto sui sistemi di produzione ma sull'intera economia industriale, non è sfuggito alle massime Istituzioni del nostro Paese.

A questo proposito merita attenzione l'indagine conoscitiva su "L'impatto sul mercato del lavoro della quarta rivoluzione industriale" predisposta dalla Commissione lavoro del Senato nel 2017.

Il documento redatto dalla Commissione[99] mette in evidenza che la definizione di Industria 4.0 si pone come un vero e proprio paradigma economico nel quale la tecnologia non è che uno strumento per ripensare l'intera economia industriale attraverso l'utilizzo della rete internet all'interno dei processi produttivi.

Si assiste, così, alla creazione di un modello economico che contribuisce alla decostruzione dei settori produttivi tradizionali con conseguente rottura dei confini non solo geografici e di settore ma anche fisici che investono direttamente il luogo dove si volge l'attività lavorativa.

I cambiamenti in atto stanno già producendo effetti sull'andamento dell'occupazione in Italia.

I dati riportati nell'indagine sopra richiamata dimostrano che nel corso del ventennio 1995 - 2015 l'occupazione è cresciuta nelle attività caratterizzate da bassi livelli di competenze e di specializzazione e in quelle che richiedono elevata professionalità, contribuendo così ad una polarizzazione del mercato del lavoro italiano che si sta caratterizzando per una perdita di occupazione nella fascia che richiede competenze che potremmo definire intermedie cioè di tipo routinario/ripetitivo e quindi più facilmente sostituibili dall'automazione.

A questo dato devono aggiungersi altre caratteristiche derivanti dall'innovazione tecnologica destinate a cambiare il tessuto produttivo e il mercato del lavoro con il conseguente venir meno degli elementi sui quali si è via via strutturato il nostro diritto del lavoro.

---

[98] Studi sul punto evidenziano che l'evoluzione tecnologica è arrivata a produrre sistemi cognitivi dinamici "sempre più in grado di svolgere compiti e funzioni considerate proprie degli umani" così M. Lombardi e M. Macchi, *Il lavoro tra intelligenza umana e intelligenza artificiale*, in *Il lavoro 4.0 – La quarta rivoluzione industriale e le trasformazioni delle attività lavorative,* a cura di A. Cipriani, A. Gramolati, G. Mari, Firenze University Press, 2018, 307 a cui si rinvia per l'approfondimento del tema. Da ultimo vedi anche E. Signorini, *Il diritto del lavoro nell'economia digitale*, Giappichelli 2018 ed in particolare le riflessioni contenute nel capitolo I sulla nascita di una nuova era per il diritto del lavoro dovuta all'insorgenza della quarta rivoluzione industriale.

[99] La relazione, predisposta dalla Commissione Lavoro del Senato presieduta dal senatore Maurizio Sacconi, riveste una particolare rilevanza sia perché approvata all'unanimità dei suoi membri, sia per la qualità e la quantità dei soggetti coinvolti in sede di audizioni i quali rispecchiano uno spaccato ampio e significativo della società italiana. Il testo della relazione è reperibile, oltre che nei siti istituzionali, anche in www.bolletinoadapt.it.

Si tratta di fenomeni diversi con riferimento ai quali è difficile (e comunque poco rilevante in questa sede) trovare un comune denominatore e che, tuttavia, sono in grado, nel loro insieme, di alterare le regole del gioco così come costruite e armonizzate dalla legislazione successiva all'entrata in vigore dello Statuto dei lavoratori.

Proverò ad indicare quei fenomeni (messi opportunamente in evidenza dall'indagine ad opera della Commissione Lavoro del Senato) che ritengo più significativi rispetto al piano di indagine prescelto.

Innanzi tutto è interessante rilevare che la destrutturazione delle forme tradizionali di lavoro favorisce l'incontro diretto tra domanda e offerta di servizi senza la intermediazione di altri soggetti (ad esempio un imprenditore) che provvedano alla loro commercializzazione, la qualcosa comporta, per chi utilizza i servizi, un minor costo e, per chi li offre, un rilevante grado di autonomia.

Sempre grazie alla tecnologia, la prestazione lavorativa potrà essere incisivamente coordinata con l'organizzazione aziendale con un sensibile affievolimento sia dell'esercizio del potere direttivo che dei vincoli di spazio e di tempo.

L'essere svincolato da limiti soprattutto temporali (orario di lavoro), se da una parte può comportare per il prestatore di lavoro un uso ottimale del proprio tempo, dall'altra rischia di incidere in negativo sul tempo di non lavoro che potrebbe essere eroso dalla possibilità, anche solo teorica, di sentirsi, per così dire, sempre in servizio.

Da ultimo, merita attenzione il fenomeno, sempre più in espansione, di prestazioni lavorative autonome, che si caratterizzano o per una spiccata dipendenza socio-economica del collaboratore rispetto al committente o, ancora, perché governate da entità difficilmente controllabili e individuabili, quali le piattaforme digitali[100].

La partita che il diritto del lavoro è chiamato a giocare riveste una particolare importanza. È infatti più che mai necessario, per la conservazione della centralità ed autonomia della materia, che le regole del lavoro allo stato presenti siano progressivamente adattate ai mutamenti in atto per evitare che le stesse "vengano bypassate dalla realtà che cambia, non riuscendo a tenere il passo e venendo così condannate all'irrilevanza"[101].

2. La disciplina sul lavoro agile e la valorizzazione dell'autonomia individuale.

Un' analisi dell'attuale normativa che caratterizza il diritto del lavoro consente di poter affermare che quest'ultima si sta attrezzando per fronteggiare le sfide che la nuova realtà tecnologica impone di intraprendere[102].

Non è possibile in questa sede apprestare un esame analitico, né tanto meno completo, di tutti gli elementi che suffragano l'affermazione sopra formulata.

---

[100] Per una articolata riflessione finalizzata all'inquadramento giuridico del fenomeno del lavoro sul web vedi P. Tullini (a cura di), *Web e lavoro. Profili evolutivi e di tutela,* Giappichelli, 2017

[101] R. Del Punta, *Un diritto per il lavoro 4.0,* in, *Il lavoro 4.0 – La quarta rivoluzione industriale e le trasformazioni delle attività lavorative,* a cura di A. Cipriani, A. Gramolati, G. Mari, Firenze University Press, 2018,225

[102] A questo proposito osserva R. Del Punta, *op. ult. cit.*, 226 che "il sistema tanto legale quanto sindacale (…) sembra essere in qualche modo in cerca (…) di un *paradigma positivo* capace di tenere insieme le istanze della crescita economica e della valorizzazione del lavoro concepite non come contrapposte bensì come strategicamente complementari"

Tuttavia si possono evidenziare quegli aspetti che offrono un chiaro segno di cambiamento nella regolamentazione della prestazione lavorativa svolta sia in regime di subordinazione che di autonomia.

Rispetto alla prestazione lavorativa subordinata di qualità, sempre più frutto dei cambiamenti tecnologici e foriera, come si è osservato, di possibile nuova occupazione, la disciplina sul lavoro agile costituisce un valido esempio di come il diritto del lavoro, se vuole, può adattarsi ai nuovi parametri di tipo organizzativo, apprestando strumenti per regolamentare le nuove modalità di espletamento della prestazione lavorativa.

Con il capo II della legge n. 81/2017, dedicato al lavoro agile, quale modalità di esecuzione del rapporto di lavoro subordinato, si delineano i connotati di uno strumento regolativo moderno[103].

Modernità che si palesa sotto diversi aspetti. Anzitutto nel fine, giacché è stabilito, a chiare lettere, che la promozione del lavoro agile abbia lo «scopo di incrementare la competitività e agevolare la conciliazione dei tempi di vita e di lavoro» (art. 18, co. 1).

In questo passaggio, la disciplina mostra tutta la sua adesione all'attuale fisionomia del lavoro.

Un lavoro sul quale pesano i temi e le determinanti dell'economia che non può essere estranea alle scelte che la materia giuslavoristica è chiamata ad intraprendere.

E tanto è evidente nell'esplicito riferimento alla "competitività", che assurge a destinazione funzionale dell'implementazione della modalità di cui si tratta.

L'aderenza della disciplina del lavoro agile alle dinamiche di un lavoro moderno si palesa, pure, nei passaggi che consentono forme di organizzazione per fasi, cicli ed obiettivi, nell'assenza di precisi vincoli di orario o di luogo di lavoro e nella possibilità che si faccia ricorso all'utilizzo di strumenti tecnologici per lo svolgimento dell'attività lavorativa.

Insomma, quello delineato è un modello nel quale si superano alcuni importanti elementi di fissità della disciplina del lavoro subordinato, che, per il resto, salve le speciali disposizioni dettate, continua a trovare applicazione anche quando le parti concordino la modalità agile di esecuzione del rapporto.

Nel processo di riforme in atto, il «tipo legale del contratto di lavoro subordinato» conserva, comunque, il ruolo di «fattispecie centrale», nei cui confronti, però, «il legislatore mostra chiaramente di voler proseguire nel processo di diversificazione dei modelli di disciplina che regolano quel tipo contrattuale» con la conseguenza che «la linea di tendenza dell'ordinamento (…) è ancora quella non della detipicizzazione della fattispecie fondante il diritto del lavoro, bensì quella della destandardizzazione della disciplina applicabile»[104].

---

[103] Per un commento organico alla legge n. 81/2017 sul lavoro agile vedi L. Fiorillo – A. Perulli (a cura di), *Il jobs act del lavoro autonomo e del lavoro agile – parte seconda*, Giappichelli, 2017 ed *ivi* L. Fiorillo, *Il lavoro agile: continua il processo di ridefinizione del Diritto del lavoro*, dal quale sono tratte alcune delle osservazioni che seguono nel testo. Vedi, inoltre, G. Zilio Grandi – M. Biasi (a cura di) *Commentario breve allo statuto del lavoro autonomo e del lavoro agile,* Cedam, 2018 e M. Verzaro (a cura di) *Il lavoro agile nella disciplina legale collettiva ed individuale,* Jovene, 2018

[104] G. Proia, *L'accordo individuale e le modalità di esecuzione e di cessazione della prestazione di lavoro agile*, in L. Fiorillo – A. Perulli (a cura di), *Il jobs act del lavoro autonomo e del lavoro agile – parte seconda*, Giappichelli, 2017, xxx.

La disciplina sul lavoro agile costituisce prova di una oramai acquisita sensibilità del legislatore a costruire un diritto per il lavoro che sia in grado di adattarsi alle diverse modalità di svolgimento della prestazione lavorativa e alle molteplici esigenze organizzative da parte dell'impresa e che non sia più esclusivamente incentrato su una disciplina unica e inderogabile.

È oggi possibile, senza intaccare lo statuto del rapporto di lavoro subordinato, contemplare uno strumento che consenta di plasmarne le modalità esecutive, regolandole per come servono alle parti ed all'organizzazione nel cui contesto il lavoro s'inserisce[105].

Ciò che connota di grande modernità il modello è l'affidamento nei confronti dell'autonomia individuale cui è lasciata la definizione del regolamento degli interessi in seno al rapporto[106].

Ed infatti, prevedendo che la modalità agile di esecuzione del rapporto di lavoro subordinato venga stabilita mediante accordo tra le parti, il legislatore dà prova di avere piena contezza del nuovo ruolo rivestito dalle stesse e, specialmente, dal lavoratore, e, quindi, della possibilità che vengano riconsiderati i connotati della disciplina che interviene a sostegno di questi nel governo degli equilibri interni al rapporto contrattuale.

L'accordo delle parti è protagonista del procedimento per la definizione del regolamento degli interessi di cui le stesse sono portatrici, senza che sia necessario il suo perfezionamento nelle sedi protette.

L'incondizionato riconoscimento della libertà di azione all'autonomia individuale trova conferma anche nell'assenza di rinvii, sempre da parte del legislatore, alla contrattazione collettiva cui non viene riconosciuta né la funzione di integrare le disposizioni di legge né, tanto meno, quella autorizzatoria per l'effettiva stipulazione dell'accordo individuale. La scelta di neutralità del legislatore rispetto alla fonte collettiva non impedisce, comunque, a quest'ultima di intervenire in materia nel caso in cui le parti sociali dovessero ritenerlo opportuno[107].

In sostanza, nell'attuale ordinamento giuslavoristico, viene introdotta una normativa che si colloca nel solco di un moto d'indipendenza da un intervento esclusivamente protettivo della materia, facendosi interprete di quelle istanze di flessibilità, adattabilità ed individualizzazione della disciplina sorte al cospetto della nuova dimensione del lavoro e dell'organizzazione produttiva[108].

---

[105] L'obiettivo della adattabilità della prestazione alle esigenze di entrambe le parti senza rinunciare a forme di garanzie reciproche viene perseguito dal legislatore imponendo che l'accordo disciplini le forme di esercizio del potere direttivo, le modalità del potere di controllo sulla prestazione lavorativa e le condotte che possono dar luogo all'applicazione di sanzioni disciplinari; il tutto in un quadro più generale di divieto di discriminazione, sotto il profilo economico e normativo, del lavoratore agile rispetto a quello applicato stabilmente all'interno dell'azienda, di tutela della salute e della sicurezza e di protezione in caso di infortuni sul lavoro e malattie professionali secondo modalità che tengano conto delle peculiarità con la quale viene svolta la prestazione lavorativa.

[106] F. Ferraro, *Prime note sul potere direttivo nella disciplina del lavoro agile*, in M. Verzaro (a cura di) *Il lavoro agile nella disciplina legale collettiva ed individuale,* Jovene, 2018, 173 evidenzia che "la legge n. 81 prende sicuramente le distanze dal modello regolativo imperniato sulla norma inderogabile" sottolineando che "il lavoratore agile (…) si confronta in modo teoricamente paritario con il datore di lavoro"

[107] G. Proia, *L'accordo individuale …,* cit. mette in evidenza che la mancanza di una delega a favore della fonte collettiva «non significa, né potrebbe significare, divieto di contrattazione collettiva» e che, quindi, «ai sensi dell'art. 39, comma 1, Cost. (…) anche in materia di lavoro agile, l'autonomia collettiva può esercitarsi in modo libero».

[108] Rileva a questo proposito A. Perulli, *La "soggettivazione regolativa" nel diritto del lavoro*, in *WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT* – 365/2018, par. 3, pag. 11, che "è tempo quindi che il diritto del lavoro torni ad interrogarsi sulla sua dimensione singolare-individuale,

Ciò avviene affermando la centralità dell'autonomia individuale, cui è affidata la regolazione di importanti aspetti di disciplina del rapporto, e la conseguente valorizzazione della posizione del lavoratore attraverso una partecipazione responsabile alla gestione della sua attività lavorativa.

Si assiste così ad un intervento normativo che non impone un modello di serie, eguale per tutti, ma che rappresenta «un contenitore di soluzioni modulabili a seconda dei contesti e delle circostanze» con ciò andando incontro alla «realtà di un lavoro in via di crescente individualizzazione, le cui regole debbono quindi potersi adattare, come un vestito fatto su misura, ad una molteplicità di caratteristiche e situazioni differenti»[109].

A questo punto una precisazione è d'obbligo. Non ci si trova di fronte a soluzioni che compromettono l'assetto garantista della materia, quanto, piuttosto, ad una sorta di contingentamento dell'intervento protettivo.

Contingentamento che diventa possibile solo a condizione che venga rimosso o ridotto lo squilibrio tra datore di lavoro e lavoratore, di modo che «ristabilita (…) la libertà sostanziale di quest'ultimo, il rapporto tra di essi può essere restituito in tutto o in parte al diritto comune dei contratti»[110].

L'attenzione per una protezione sostanziale del lavoratore, nella veste di contraente equiparato al suo datore di lavoro, non viene comunque meno neanche in questo intervento legislativo. Ne è prova il primo comma dell'art. 18 nella parte in cui, tra le finalità del lavoro agile, indica l'incremento della competitività, ma, nel contempo, anche l'agevolazione in ordine alla conciliazione dei tempi di vita e di lavoro così che la flessibilità organizzativa spazio-temporale acquista una valenza bilaterale, mettendo sullo stesso piano le istanze dell'azienda e quelle personali del dipendente.

E ancora si segnalano quelle disposizioni (art. 19) che indicano i contenuti indispensabili dell'accordo, individuandoli nella previsione dei tempi di riposo per il dipendente e delle misure tecniche e organizzative per assicurare la disconnessione del lavoratore dalle strumentazioni tecnologiche.

In questo contesto una vera e propria clausola di salvaguardia, sempre a protezione del dipendente, è da rinvenirsi nella disciplina del recesso: l'accordo relativo alla modalità di lavoro agile (fermo restando la sussistenza del rapporto di lavoro) può essere a termine e, quando è a tempo indeterminato, può essere liberamente risolto con un preavviso non inferiore a trenta giorni, preavviso che non necessita in presenza di un giustificato motivo che legittima anche la risoluzione anticipata rispetto al termine originariamente pattuito.

---

affrontando senza pregiudizi il tema della soggettivazione regolativa alla luce della considerazione che il soggetto sta acquisendo nel mondo contemporaneo".

[109] R. Del Punta, *Verso l'individualizzazione dei rapporti di lavoro?*, in L. Corazza, R. Romei, (a cura di) *Diritto del lavoro in trasformazione*, Il Mulino, 2014, 33

[110] P. Ichino, *Il percorso tortuoso del diritto del lavoro tra emancipazione dal diritto civile e ritorno al diritto civile*, in *Riv. it. dir. lav*., 2012, I, 62 ss. L'A. sottolinea che, «se l'imposizione eteronoma della disciplina del rapporto tipica del diritto del lavoro, con la parziale *deminutio capitis* che essa porta con sé, è giustificata dalle distorsioni che si manifestano nel mercato del lavoro (…), il superamento di quelle distorsioni genera una situazione nuova nella quale l'autonomia negoziale può essere almeno in parte restituita all'individuo». Quando questo può accadere, «non vi è motivo di vedere in ciò un arretramento rispetto agli obiettivi di protezione sociale», ma, casomai, «il conseguimento dell'obiettivo principale che qualsiasi politica sociale dovrebbe perseguire», vale a dire «l'emancipazione del più debole, la restituzione al lavoratore dello status giuridico di maggiorenne, il ripristino di una prerogativa fondamentale di libertà della persona».

3. La disciplina sul lavoro autonomo: un tentativo di universalizzazione delle tutele.

Segnali interessanti di cambiamento e di adeguamento al lavoro che cambia si registrano anche nel campo del lavoro autonomo e delle collaborazioni coordinate e continuative che, come si è avuto modo di evidenziare, le nuove frontiere tecnologiche possono contribuire ad incrementare anche per volontà dello stesso lavoratore.

Anche in questo caso il riferimento è alla legge n. 81/2017 che, nella prima parte (artt. 1 – 17), è dedicata ai rapporti di lavoro autonomi così come disciplinati dal titolo III del libro quinto del codice civile, ivi inclusi quelli regolamentati dall'art. 2222 dello stesso codice (con l'espressa esclusione del piccolo imprenditore) e che contiene anche una integrazione all'art. 409, n. 3 c.p.c. in tema di collaborazioni coordinate e continuative[111].

Con specifico riferimento al lavoro autonomo è stato rilevato, in sede di dibattito parlamentare, che l'intervento legislativo sopra menzionato ha il merito di «voltare pagina rispetto a una lunga stagione nella quale il diritto del lavoro ha considerato il lavoro autonomo come ontologicamente estraneo al proprio campo di applicazione»[112], apprestando una serie di tutele a favore del collaboratore/professionista.

La legge sul lavoro autonomo non imprenditoriale definisce «in termini costruttivi una infrastruttura regolativa generale capace di dare per la prima volta un positivo riconoscimento normativo alle istanze provenienti dal mondo del lavoro autonomo»[113].

In tal modo il legislatore dismette l'approccio prevalentemente repressivo nei confronti del lavoro autonomo, volto ad evitarne un uso finalizzato ad aggirare le protezioni proprie del lavoro subordinato, ed appresta un primo quadro regolativo di tutele minimali per la generalità dei lavoratori autonomi[114].

L'intervento ha vari punti qualificanti «che prefigurano tutele sia nel mercato che nel rapporto»[115].

Il lavoratore autonomo è protetto nella gestione del suo rapporto contrattuale con le imprese, le amministrazioni pubbliche e con altri lavoratori autonomi attraverso: a) l'estensione di regole già previste per le transazioni commerciali dal d.lgs. n. 231/2002 sui tempi di pagamento; b) la qualificazione di determinate clausole del contratto e di specifiche condotte del committente come abusive; c) l'applicazione della disciplina già presente nel nostro ordinamento in materia di abuso di dipendenza economica.

Altre protezioni riguardano la persona del lavoratore autonomo che svolge attività continuativa con lo stesso committente. In caso di gravidanza, malattia ed infortunio il rapporto non si estingue e, su richiesta del lavoratore, è consentita la sospensione del rapporto per un periodo di tempo non superiore a 150 giorni nell'anno solare, fatto salvo il venir meno dell'interesse del

---

[111] Per un commento organico alla legge vedi L. Fiorillo – A. Perulli (a cura di), *Il Jobs act del lavoro autonomo e del lavoro agile,* Giappichelli, 2017 e G. Zilio Grandi – M. Biasi (a cura di) *Commentario breve allo statuto del lavoro autonomo e del lavoro agile,* Cedam, 2018.

[112] Intervento di P. Ichino al Senato del 5.9.2017 in www.pietroichino.it

[113] S. Giubboni, *Il Jobs act del lavoro autonomo: commento al capo I della legge n. 81/2017*, in *DLRI*, 2017, 483.

[114] Evidenzia questo aspetto A. Perulli, *Il jobs act degli autonomi: nuove (e vecchie) tutele per il lavoro autonomo non imprenditoriale*, in *RIDL,* 2017, I, 178 anche se poi lo stesso A. non manca di sottolineare i limiti dell'intervento legislativo.

[115] G. Santoro Passarelli, *Il lavoro autonomo non imprenditoriale, il lavoro agile e il telelavoro,* in *RIDL*, 2017, 376.

committente; con specifico riferimento alla maternità è riconosciuta la relativa indennità prescindendo dall'effettiva astensione dall'attività lavorativa e, previo consenso del committente, si ammette la possibilità che la lavoratrice interessata possa essere sostituita da altri lavoratori autonomi di fiducia della lavoratrice stessa. Nel campo della previdenziale sociale si registrano interventi migliorativi, rispetto a quelli già esistenti, in materia di indennità di disoccupazione e congedi parentali.

Per quanto concerne le tutele nel mercato si registrano norme accomunate da finalità di tipo promozionale[116].

Utilizzando la leva fiscale il legislatore incentiva la formazione e l'aggiornamento professionale dei lavoratori autonomi consentendo lo sgravio totale, entro il limite massimo di 10.000 euro annui, delle spese sostenute per master, corsi di formazione e di aggiornamento, congressi e convegni. Sono deducibili integralmente, nel limite massimo di 5.000 euro annui, anche le spese per i servizi personalizzati di certificazione delle competenze, orientamento, ricerca e sostegno all'auto-imprenditorialità.

Ulteriori modalità tese a sviluppare la presenza sul mercato del lavoro autonomo si rinvengono in quelle disposizioni che consentono di dedurre integralmente «le spese alberghiere e di somministrazioni di alimenti e bevande» per lo svolgimento dell'incarico che siano analiticamente addebitate al committente e in quelle che escludono dal reddito imponibile le spese direttamente sostenute dal committente per l'espletamento dell'incarico da parte del professionista.

Non mancano disposizioni che «rappresentano una novità nel panorama normativo italiano (…) a sostegno dell'occupazione e della competitività dei lavoratori autonomi»[117].

In tutti i centri per l'impiego o negli organismi autorizzati alle attività di intermediazione deve essere presente uno sportello dedicato al lavoro autonomo e ciò con l'obiettivo di favorire l'incontro tra domanda e offerta di lavoro autonomo, implementando le opportunità di reperire un'occupazione.

Le stesse finalità sono perseguite da altre disposizioni che consentono ai lavoratori autonomi: a) di accedere alle informazioni relative agli appalti pubblici per la prestazione di servizi ed ai bandi per l'assegnazione di incarichi di consulenza; b) di essere equiparati alle piccole e medie imprese per l'accesso ai piani operativi nazionali e regionali a valere sui fondi strutturali europei. I soggetti che svolgono attività professionale, infine, hanno la possibilità di costituire reti tra professionisti, partecipare a reti di imprese, costituire consorzi stabili o associazioni temporanee al fine di partecipare a bandi o concorrere all'assegnazione di bandi o appalti privati.

Da ultimo merita di essere sottolineata la norma che, al fine di coordinare e monitorare gli interventi sul lavoro autonomo, istituisce un tavolo tecnico di confronto permanente composto da rappresentanti designati dal Ministero del lavoro, dalle associazioni sindacali dei lavoratori e dei datori di lavoro e dalle associazioni di settore comparativamente più rappresentative a livello nazionale con il compito di formulare proposte e indirizzi operativi con particolare riferimento a: modelli previdenziali, modelli di welfare e formazione professionale.

---

[116] Evidenzia questo aspetto S. Giubboni, *Il jobs act …,* cit., 488 e ss.
[117] G. Santoro Passarelli, *Il lavoro autonomo …*, cit., 381

La legge, appena illustrata negli aspetti che sono sembrati i più significativi ai fini della presente riflessione, non configura una disciplina organica del lavoro autonomo e l'esclusione dal suo campo di applicazione dei piccoli imprenditori, che spesso esercitano la propria attività con lavoro prevalentemente personale, accompagnata al suo tratto universalistico, ritenuto eccessivo in quanto equipara categorie di lavoratori autonomi molto diversificate tra di loro sotto il profilo delle esigenze di tutele, ha suscitato non poche perplessità[118].

Ciò nonostante l'intervento del legislatore è da apprezzare sotto un profilo sistematico.

È indiscutibile che le misure previste «forniscono allo *status* del prestatore d'opera una rete di garanzie» e lo sottraggono da una «presunzione di completa autonomia, non tanto rispetto all'organizzazione dell'attività prestatoria (…) quanto nella predisposizione di un assetto di interessi equo e scevro di squilibri contrattuali»[119].

L'obiettivo viene perseguito attraverso un processo di progressiva attrazione di questo tipo di attività nel nucleo di matrice protettiva proprio del diritto del lavoro che, in tal modo, incomincia a dotarsi di strumenti idonei a tentare di governare il cambiamento in atto.

Sotto questo aspetto è significativa la previsione dell'istituendo tavolo tecnico di confronto permanente al quale è assegnato anche il compito di «formulare proposte e indirizzi operativi in materia di politiche di lavoro autonomo» (art. 17).

Il diretto coinvolgimento sia del Governo che delle parti sociali e la strumentazione propria del diritto del lavoro con riferimento alla sua capacità normativa possono consentire un progressivo sviluppo della disciplina della materia con l'obiettivo di implementare il modello di welfare, diversificandolo rispetto alle varie tipologie di lavoratori autonomi e colmare alcune lacune della legge n. 81/2017 introducendo, ad esempio, regole finalizzate alla individuazione di un equo compenso, principio che, come è stato giustamente evidenziato, «non può essere eluso, quanto meno per quelle categorie di lavoratori autonomi che agiscono in condizioni di maggiore debolezza e di vera e propria dipendenza economica dal committente monopolistico»[120].

La legislazione in esame si segnala anche per un ulteriore aspetto positivo con riferimento alla forma di lavoro autonomo costituita dalla collaborazione coordinata e continuativa.

L'art. 15 l. n. 81/2017 integra l'art. 409, n. 3 c.p.c., precisando che «la collaborazione si intende coordinata, quando nel rispetto delle modalità di coordinamento stabilite di comune accordo tra le parti, il collaboratore organizza autonomamente l'attività lavorativa».

Si è trattato di un intervento quanto mai opportuno in ragione della presenza nell'ordinamento dell'art. 2 d.lgs. n. 81/2015 sulle collaborazioni organizzate dal committente e della necessità di tenere distinta questa forma di collaborazione – il cui verificarsi (l'etero organizzazione) comporta

---

118 Per un rapido quanto efficace quadro di sintesi sulle riserve suscitate dall'intervento legislativo in esame vedi A. Perulli, *La legge di tutela del lavoro autonomo: profili introduttivi*, in L. Fiorillo – A. Perulli (a cura di), *Il Jobs act del lavoro autonomo e del lavoro agile,* Giappichelli, 2017, 3 e ss.

119 A. Perulli, *Il jobs act* …, cit., 201

120 S. Giubboni, *Il jobs act*…, cit., 492. Di recente, per una puntuale riflessione sulla possibilità di applicare un salario minimo all'area del lavoro autonomo che tenga anche conto di un possibile conflitto con le regole in tema di competizione e libera circolazione dei servizi vedi E. Menegatti, *Il salario minimo legale – aspettative e prospettive*, Giappichelli, 2017, 141 e ss.

l'applicazione della disciplina prevista per il lavoro subordinato – dalla collaborazione coordinata e continuativa assoggettata alla disciplina propria del lavoro autonomo.

Non può essere questa la sede per soffermarsi sui problemi interpretativi generati dall'art. 2 cit. 121 essendo sufficiente, ai fini della presente riflessione, sottolineare che, anche in questo caso, ci si trova di fronte ad un intervento che rileva sotto il profilo del metodo.

Il legislatore, specificando che le modalità di coordinamento sono stabilite di comune accordo tra le parti «precisa i confini dell'autonomia sancendo una volta per tutte che il coordinamento (…) è un'attività contrattuale bilaterale»[122] .

A questo proposito è stato evidenziato che «il principio consensualistico» costituisce «una radicale svolta normativa» che colloca la collaborazione coordinata «entro i confini sistematici dell'art. 2224 c.c.»[123].

La presenza, nel testo normativo esaminato, della ulteriore precisazione per cui, affinché ci sia una genuina collaborazione, al coordinamento concordato debba comunque seguire una organizzazione autonoma dell'attività lavorativa da parte del collaboratore, aiuta l'interprete a distinguere questa tipologia di lavoro autonomo dall'altra che, in presenza di una collaborazione la cui attività lavorativa sia organizzata dal committente, viene poi assoggettata alla disciplina del lavoro subordinato.

Va comunque rilevato che la linea di confine tra collaborazione etero-organizzata e collaborazione coordinata non è sempre di agevole individuazione soprattutto sul piano strettamente operativo. Si potrebbe verificare, infatti, che gli elementi che caratterizzano la fattispecie tipizzata dall'art. 2 d.lgs. n. 81/2015 si verifichino ogni qual volta una collaborazione si inserisca all'interno di un'attività organizzata dal committente di turno e, di conseguenza, venga automaticamente assoggettata ai vincoli e alle regole nella stessa presenti, prescindendo dalla volontà negoziale delle parti.

4. La nuova direzione del diritto del lavoro: la necessità di tutela del lavoratore autonomo.

È possibile, alla luce della breve ricognizione normativa effettuata, provare a trarre qualche conclusione.

Un primo dato di ordine sistematico che si ricava è costituito dal definitivo abbandono, da parte del legislatore, dell'idea di codificare una terza tipologia di lavoro che si collochi in una posizione intermedia tra lavoro subordinato ed autonomo.

---

[121] La norma ha suscitato un forte dibattito in dottrina che si è divisa tra quanti sostengono, con varie sfaccettature, che la stessa abbia sostanzialmente allargato la nozione di subordinazione e quanti ritengono, anche qui con alcune varianti, che abbia voluto estendere la tutela propria del lavoro subordinato ad una tipologia di lavoratori autonomi ritenuti meritevoli di protezione per il fatto di soggiacere ad un incisivo potere organizzativo da parte del committente. Un autore (P. Tosi, *Le collaborazioni eterorganizzate,* in *GI*, 2016, 737) discostandosi da entrambe le interpretazioni ritiene che la norma nella sostanza sia priva di efficacia propriamente normativa essendo l'indice costituito dalla soggezione del lavoratore all'altrui potere organizzativo già ampiamente utilizzato dalla giurisprudenza per individuare nella fattispecie una ipotesi di lavoro subordinato.
Per una ricostruzione del dibattito con le connesse indicazioni di dottrina vedi O. Razzolini, *Il jobs act* … cit., 14 e ss.

[122] O. Razzolini, *Il jobs act …, cit.,* 17.

[123] A. Perulli, *Il jobs act* …, cit., 201.

La legislazione propria del diritto del lavoro avvia una regolamentazione delle attività genuinamente autonome sul presupposto che anche questo tipo di lavoro necessiti di protezione, sia nel mercato che nel rapporto, ma ricorrendo a tutele che si atteggino in modo diverso rispetto a quelle del lavoro subordinato «perché radicalmente diversi sono i bisogni di protezione»[124].

Sempre sul fronte del lavoro autonomo, la strada intrapresa, volta alla tutela della generalità dei lavoratori, consente di fare un passo in avanti nel perfezionamento della disciplina delle collaborazioni continuative, provando a superare la previsione contenuta nell'art. 2 d.lgs. n. 81/2015. Ed infatti, se la direzione intrapresa dal legislatore del 2017 è quella di individuare, all'interno di una regolamentazione di carattere generale che abbracci tutte le tipologie di lavori autonomi, tutele a favore dei lavoratori parasubordinati con l'obiettivo di valorizzarne la natura autonoma, deve convenirsi con chi ritiene che sia quanto mai opportuno avviare «un ripensamento dello stesso impianto concettuale dell'art. 2 cit. che superi la logica annessionistica della subordinazione allargata e più o meno forzosamente dilatata»[125].

Pur essendo questo un dato positivo bisogna, però, sottolineare che il variegato mondo del lavoro autonomo impone al legislatore di continuare a tenere sotto controllo questa tipologia di attività con interventi che siano anche modulati a secondo del bisogno di tutela che da quel mondo può provenire[126].

Si tratta comunque di un percorso da non abbandonare ma solo da implementare in quanto l'interesse verso una legislazione che si muove con l'obiettivo di offrire uno zoccolo duro di tutele nei confronti della generalità dei lavoratori autonomi è dato anche dalla idoneità di una strumentazione del genere ad avviare delle forme di protezione per il lavoro tramite piattaforme digitali, rifuggendo dalla ricerca di categorie giuridiche che non siano quelle costituite dal binomio autonomia/subordinazione.

Procedendo per estrema sintesi e condividendo quanto affermato da chi sottolinea che «le modalità di svolgimento della prestazione (…) nel modello social tipico ormai diffuso del lavoro tramite piattaforma sono ben lungi dal giustificare (…) una valutazione in termini di subordinazione»[127], il bisogno di protezione cui sicuramente necessita questa tipologia di lavoro autonomo può essere soddisfatto attraverso poche norme di principio che garantiscano

---

[124] O. Razzolini, *Jobs act …* cit., 21. A sostegno dell'affermazione l'A. evidenzia quelle norme della legge n. 81/2017 che riconoscono la facoltà e non l'obbligo di astenersi durante la gravidanza fermo restando in ogni caso il diritto all'indennità economica e ancora la possibile sospensione del rapporto di lavoro in caso di malattia, gravidanza o infortunio su richiesta del lavoratore.

[125] S. Giubboni, *Il jobs act…*, cit. 482

[126] Emblematico sotto quest'aspetto il recente intervento del legislatore a tutela degli avvocati, categoria adeguatamente protetta anche grazie alla presenza dell'ordine professionale di riferimento, per la quale, tuttavia, è stato necessario disciplinare i criteri per la determinazione del giusto compenso professionale al fine di arginare una prassi consolidatasi negli ultimi anni che ha visto fortemente compromesso uno degli aspetti più rilevanti quale è quello relativo alla determinazione dell'onorario (art. 13 bis l. n. 247/2012 introdotto dal d.l. n. 148/2017, convertito con modificazioni dalla l. n. 172/2017).

[127] F. Lunardon, *Le reti di impresa e le piattaforme digitali della sharing economy,* datt., 8 (di prossima pubblicazione in ADL, 2018, fasc. 2) ed *ivi* ulteriori riferimenti di dottrina a sostegno. Vedi anche Trib. Torino, 7 maggio 2018, n. 778 che, con riferimento al lavoro tramite piattaforma digitale gestita da Foodora, all'esito di una scrupolosa istruttoria, ha escluso che l'attività lavorativa dei fattorini addetti alla consegna di cibo possa qualificarsi come subordinata. Sul punto merita attenzione quanto sottolineato da A. Perulli, *Capitalismo delle piattaforme e diritto del lavoro. Verso un nuovo sistema di tutele?* in A. Perulli (a cura di) *Lavoro autonomo e capitalismo delle piattaforme*, Cedam 2018, p. 140, il quale se da una parte non ritiene possibile una generalizzata riconduzione a subordinazione dei molteplici rapporti che fanno capo alle piattaforme, dall'altra sottolinea la necessità di una "esigenza di tutela degli operatori del platform capitalism, altrimenti abbandonati ad un brutale governo del mercato".

parametri base per un giusto compenso, forme di previdenza ed assistenza sociale e un sostrato minimo di diritti azionabili in caso di comportamenti obiettivamente ritorsivi imputabili alla piattaforma nel caso in cui la stessa sia strutturata con un'organizzazione in grado di incidere sulla prestazione di lavoro[128].

4.1. *segue*: la libertà individuale del lavoratore subordinato.

Sul fronte del lavoro subordinato la disciplina del lavoro agile rivela tutta l'attenzione posta al nuovo ruolo delle parti e la tensione di dotarle di quell'autonomia che consenta loro una partecipazione consapevole e responsabile all'impresa.

L'idea che l'intervento incarna è quella di un'accresciuta capacità ed avvedutezza del prestatore di lavoro, che, giusta l'adozione di appositi strumenti ed il "soccorso" della disciplina che vada comunque a riequilibrare la mancanza di esatta corrispondenza con la controparte datoriale, può definire, in autonomia, il regolamento dei propri interessi.

Quello del lavoro agile costituisce un importante spunto per riflettere sulla direzione che è possibile intraprendere nello sviluppo del diritto del lavoro se si concorda con chi ritiene che «fare davvero *Smart Working* (..) significa andare oltre l'introduzione di singoli strumenti e creare un'organizzazione orientata ai risultati, fondata su fiducia, responsabilizzazione, flessibilità e collaborazione»[129].

Le ultime modifiche legislative danno prova che il diritto del lavoro stia accogliendo la sfida del cambiamento senza, però, abdicare a sé.

Ed è questa una soluzione imprescindibile, in quel processo di ridefinizione dei connotati della materia che si rende necessario affinché quest'ultima possa gestire la realtà del lavoro che cambia.

Cambiamenti che, comunque, non operano solo nella direzione di un lavoro sempre più qualificato ma che si connotano, come si è avuto modo di precisare all'inizio di questa riflessione, anche per la persistenza di lavori caratterizzati da bassi livelli di competenza e specializzazione e ciò in ragione del fatto che la tecnologia, che sempre di più caratterizza la prestazione lavorativa, può essere foriera di emancipazione ma anche di forme incisive di soggezione e di sotto protezione.

Questa polarizzazione del mondo del lavoro comporterà la necessaria previsione di regole che dovranno essere in grado di soddisfare entrambi i bisogni, con il conseguente definitivo abbandono di un diritto del lavoro standard che presuppone un unico modello di tutela.

---

[128] In occasione della XX Conferenza europea della Fondazione Rodolfo Debenedetti il presidente dell'Inps Boeri presentando i risultati di una indagine comparativa sui *gig workers* propone di introdurre per legge "un salario minimo garantito per la prestazione e l'obbligo per le multinazionali dei lavoretti di usare la piattaforma creata dall'Inps per i nuovi voucher" con l'obiettivo di garantire in tal modo anche contributi previdenziali assicurativi contro gli infortuni sul lavoro (vedi *La Repubblica* 27 maggio 2018, pag. 20). Sulla stessa linea si muove la recente proposta di legge (n. 9858 del 15.06.2018) avanzata dalla regione Lazio, nella quale per i lavoratori "digitali", senza entrare nel merito della qualificazione del rapporto - che resta pertanto di natura autonoma - sono previste misure volte a garantire tutele minime in materia di salute, sicurezza, assistenza, previdenza e, significativamente, in punto di retribuzione, la cui determinazione a cottimo viene vietata (testo della proposta reperibile sul sito ufficiale della Regione Lazio http://www.regione.lazio.it).

[129] Così M. Corso, responsabile scientifico dell'Osservatorio Smart Working – Politecnico di Milano, in occasione della presentazione della ricerca dell'Osservatorio dal titolo *Smart Working: scopriamo le carte*, Milano 20 ottobre 2015.

Al programma di valorizzazione del capitale umano e della conseguente libertà individuale del lavoratore non può non accompagnarsi quell'insieme delle tutele proprie del diritto del lavoro che potremmo definire di stampo più tradizionale.

Ma a questo punto sorge una domanda: come deve connotarsi un diritto del lavoro moderno che tuteli il lavoratore subordinato e nel contempo sia in grado di fronteggiare l'evoluzione del modo di lavorare?

4.2. *segue*: la complementarietà delle esigenze dell'impresa e del lavoratore.

La strada intrapresa con le modifiche apportate dalla recente legislazione perfezionatasi con l'attuazione della legge delega sul jobs act ha introdotto un livello di innovazione nel segno della discontinuità rispetto al modello frutto della legislazione *post* statuto dei lavoratori come può facilmente evincersi dagli istituti (tutti di centrale rilevanza) che sono stati rivisitati.

Le nuove regole in materia di flessibilità in entrata e in uscita, sulla disciplina delle mansioni e sul controllo a distanza dei lavoratori sono frutto di una legislazione che mostra un dichiarato interesse anche alle esigenze dell'impresa e che, nel contempo, sembra abbia avviato un processo per la creazione di un diritto del lavoro caratterizzato da una concezione della protezione del lavoratore che non sia solo di «marca tutoria e paternalistica» e che «concepisca il lavoratore non come paziente ma prevalentemente come agente»[130].

Segnali di cambiamento si colgono anche nel dato giurisprudenziale. Sotto questo profilo è emblematico l'orientamento della Cassazione che aggiorna la nozione di giustificato motivo oggettivo di licenziamento, offrendo una interpretazione dell'art. 3 l. n. 604/1966 che individua la fattispecie legittimante il recesso non più soltanto «nell'andamento economico negativo dell'azienda» ma anche in ragioni organizzative «dirette ad una migliore efficienza gestionale ovvero ad un incremento della redditività»[131].

Tuttavia, il nuovo assetto della materia non solo non si è ancora stabilizzato ma, anzi, è oggetto di tensioni: una parte non marginale della società italiana, degli addetti ai lavori e della stessa classe politica contrasta la filosofia che ispira l'attuale normativa.

Un diritto del lavoro che vuole essere protagonista del cambiamento determinato da modelli della produzione e della relativa organizzazione deve necessariamente aggiornare i propri valori di riferimento con l'obiettivo di rendere complementari e non contrapposte le istanze di crescita economica e la valorizzazione del lavoro.

Concordo con chi ritiene che la cornice valoriale generale delle politiche protettive messe in atto dal diritto del lavoro classico abbia bisogno di una rivisitazione che, per essere al passo con i nuovi modelli di produzione, deve tendere alla partecipazione attiva del lavoratore ed alla sua responsabilizzazione[132].

---

[130] R. Del Punta, *Un diritto …*, cit. 245.

[131] Cass. 7 dicembre 2016, n. 25201. La sentenza riflette un orientamento oramai stabile della Suprema Corte confermato anche da successive pronunce (vedi per tutte Cass. 15 febbraio 2017, n. 10699 e Cass. 27 giugno 2017, n. 6318) che ha suscitato un forte dibattito con posizioni diversificate vedi, per tutti, A. Perulli (a cura di), *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo*, Giappichelli, 2017 e da, ultimo, la corposa riflessione di V. Speziale, *Il giustificato motivo oggettivo di licenziamento tra clausole generali, principi costituzionali e giurisprudenza della Cassazione,* in *DLRI,* 1, 2018, 127 fortemente critica nei confronti di questo orientamento giurisprudenziale e del nuovo corso che sta intraprendendo il diritto del lavoro.

[132] R. Del Punta, *Un diritto …*, cit., 244.

Perché ciò possa avvenire è necessario proseguire nella strada intrapresa a partire dai primi interventi avviati con la legge n. 92/2012 e proseguiti poi nel 2015 e, da ultimo, con la legislazione del 2017.

In particolare, va salvaguardata la matrice culturale che sottende gli interventi legislativi sopra menzionati che si fonda sull'idea che l'efficienza, la produttività e la competitività dell'impresa si possa realizzare in modo stabile solo con una ridefinizione del ruolo del lavoratore nell'ambito dell'organizzazione aziendale attraverso il recupero dell'elemento della collaborazione, requisito qualificante il contratto di lavoro subordinato sin dalla sua originaria costruzione codicistica (art. 2094 c.c.), ma che, per troppo tempo, è stato progressivamente svalutato.

Uno spunto di riflessione che abbia ad oggetto l'aggiornamento del sistema dei valori riferiti alla dimensione individuale non può tralasciare quella collettiva.

Anche in questo settore si avverte la necessità di un cambio di passo, sempre di matrice culturale, in forza del quale venga abbandonata la logica del ricorso al conflitto e privilegiata quella della c.d. collaborazione strategica[133]. E ciò in un auspicabile quadro di regole di fonte legale, la cui sostanza è già stata individuata in sede di libero confronto dalle parti sociali, che misuri l'effettiva rappresentanza di entrambi gli attori e, con riferimento alla fonte collettiva, ne garantisca l'efficacia.

4.2.1. alcuni esempi concreti: il regime sanzionatorio in caso di licenziamento illegittimo.

In concreto, e per fare alcuni esempi sulle tematiche più sensibili e dibattute, è indispensabile che non vengano nuovamente messe in discussione le riforme che hanno investito norme cardini del nostro diritto del lavoro quali l'art. 18 st. lav., sulla tutela in caso di licenziamento illegittimo, e l'art. 2103 c. c., sulla disciplina delle mansioni, e ciò proprio per il loro valore simbolico, nel loro essere norme «circondate da atmosfere di protezione novecentesche»[134] espressione di regole per il lavoro che non possono più ritenersi adeguate allo scopo.

Le regole attuali sono frutto di una nuova concezione di protezione per il lavoratore che investe anche la funzione di controllo del giudice e sono finalizzate a conferire all'impresa una sostenibile dose di certezza sulla tenuta delle scelte di tipo organizzativo/gestionale.

Nella tutela del posto di lavoro, sia del singolo che di una pluralità di lavoratori, si alleggerisce la posizione dell'impresa e il baricentro protettivo, in caso di licenziamento, si sposta sul mercato del lavoro, assegnando un ruolo centrale allo Stato, sia nella fase temporanea di sostegno del reddito, che in quella strutturale della ricerca di una nuova occupazione[135].

Di conseguenza il regime sanzionatorio apprestato, in caso di licenziamento ritenuto illegittimo, confina la reintegrazione ai soli casi di discriminazione e di nullità tipizzati dal legislatore, eleggendo come rimedio ordinario la regola dell'indennizzo secondo parametri predefiniti.

---

[133] Osserva a questo proposito R. Del Punta, *Il lavoro…*, cit. 244 che si avverte la necessità di "una nuova cultura sindacale che non abbia timore di partecipare in modo proattivo al governo delle aziende, e non soltanto nella gestione delle crisi ma anche (…) nei processi di innovazione e di rilancio produttivo delle stesse nell'interesse comune delle imprese e dei lavoratori"

[134] Cosi B. Caruso, *Strategie di flessibilità funzionale e di tutela dopo il jobs act: fordismo, post fordismo e industria 4.0,* in *DLRI,* 2018, 118 con riferimento ad un'analisi molto approfondita ed articolata sulla flessibilità organizzativa così come disciplinata dal nuovo testo dell'art. 2103 c.c. in materia di mansioni e *ius variandi.*

[135] A questo proposito si segnalano recenti riflessioni organiche in materia, vedi, da ultimo, A. Olivieri, *Le tutele dei lavoratori dal rapporto al mercato del lavoro*, Giappichelli, 2017.

In tal modo, dal lato dell'impresa, si persegue l'obiettivo della preventiva quantificazione dei c.d. costi di separazione e, dal lato del lavoratore, si mantiene una garanzia forte a protezione del posto solo in caso di licenziamento adottato per motivi che esulano da ragioni inerenti il fisiologico andamento del rapporto.

Nel contesto così delineato la scomparsa del meccanismo di salvaguardia del posto di lavoro da parte di un soggetto terzo, il giudice, nella sua funzione di arbitro della controversia, valorizza il livello di responsabilità in capo al lavoratore e ne accresce il grado di partecipazione attiva alla vita dell'azienda.

Anche il ruolo del giudice si affranca da un presidio sull'istituto forse eccessivo e foriero, inevitabilmente, di soluzioni non sempre prevedibili: la tutela indennitaria è destinata a favorire una risoluzione negoziata direttamente tra le parti del possibile contenzioso.

Il modello costruito dall'attuale normativa è comunque da perfezionare. Si dovrebbe cercare di unificare il tipo di tutela, eliminando la diversità di trattamento tra lavoratori, magari occupati nella stessa azienda, alcuni dei quali assoggettati alla più incisiva tutela prevista dal nuovo testo dell'art. 18 st. lav., ed altri ai quali si applica la protezione propria del contratto a tutele crescenti. Un impulso ad una soluzione più equilibrata potrebbe essere determinato dal prossimo intervento della Corte costituzionale chiamata a valutare i criteri di determinazione dell'indennizzo, fissati dall'art. 3 d.lgs. n. 23/2015, sotto il profilo della effettiva protezione per un ingiusto licenziamento così come garantita dall'art. 30 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea[136].

4.2.2. *segue*: lo *ius variandi* tra certezza gestionale e bisogni personali del lavoratore.

In questa nuova dimensione del diritto del lavoro non meno importanza riveste la rinnovata formulazione dell'art. 2103 c.c.

Si tratta di un intervento strutturalmente idoneo a fronteggiare le esigenze di flessibilità funzionale di cui ha bisogno l'impresa per rispondere ai processi di trasformazione in atto nel mercato.

La norma, nell'individuare i criteri per il corretto esercizio dello *ius variandi* nell'assegnazione a nuove mansioni, tutela la professionalità del lavoratore utilizzando, come parametro di rifermento, il livello di inquadramento (e tutte le mansioni ad esso ricondotte) così come definito in sede di contrattazione collettiva e con il vincolo del rispetto della categoria legale di appartenenza secondo la tipizzazione dell'art. 2095 c.c.

Nel nuovo testo dell'art. 2103 c.c. scompare il riferimento al concetto di "equivalenza professionale" (di incerta e discrezionale definizione) sostituito da quello di una equivalenza tra le mansioni supportata da dati formali e certi, rinvenibili nel codice civile e, soprattutto, nel contratto collettivo.

In tal modo si conferisce maggiore certezza alle scelte gestionali dell'impresa, si valorizza il ruolo della contrattazione collettiva, che diventa arbitro dell'inquadramento del lavoratore anche nella sua evoluzione all'interno dell'azienda e si affranca il ruolo del giudice dal difficile, e forse

[136] Sul punto vedi l'ordinanza Trib. Roma, 26 luglio 2017 (giud. Cosentino) che ha rimesso la questione alla Corte costituzionale.

improprio, compito di sostituirsi al datore di lavoro in scelte di natura gestionale, ferma restando la sua funzione di garante della corretta applicazione della norma.

Non meno importante deve considerarsi lo sdoganamento del concetto di dequalificazione professionale nella gestione del rapporto di lavoro che conferisce alle parti una maggiore libertà nell'adattare la prestazione lavorativa all'esigenze dell'organizzazione aziendale o ai bisogni avvertiti dal dipendente non necessariamente collegati al contesto lavorativo.

La possibilità dell'esercizio dello *ius variandi in peius* può avvenire per decisione unilaterale del datore, in presenza di oggettive condizioni organizzative e di precise garanzie per il dipendente[137] oppure per specifiche ed ulteriori ragioni individuate dal contratto collettivo, il cui ruolo viene ancora una volta valorizzato nella gestione dinamica della mobilità funzionale.

Il demansionamento è poi ammesso anche a seguito di accordo tra le parti, ma in questo caso esclusivamente in sede protetta, in ragione della sua forte incidenza sui diritti del lavoratore[138], e sempre per ipotesi tipizzate dal legislatore.

Ciò che rileva sotto un profilo sistematico è dato dal tipo di interessi del lavoratore che la norma intende proteggere ricorrendo al patto di dequalificazione: non solo quello, tradizionale, di conservazione dell'occupazione con l'accettazione a ricoprire un posto di lavoro meno qualificato e meno costoso, ma anche di «tipo nuovo afferente alla sua libertà di scelta» non legato alla sua «posizione/attività di lavoro concreta» ma «alla realizzazione anche di interessi extra lavorativi (…) estranei al perimetro dell'attività lavorativa in corso»[139].

La possibilità per il lavoratore di concordare lo svolgimento di una mansione meno professionale e meno remunerativa per migliorare le proprie condizioni di vita o acquisire una diversa professionalità rende evidente come il diritto del lavoro moderno si stia attrezzando per tutelare esigenze di libertà del dipendente la cui protezione era estranea al diritto del lavoro *post* statutario, con ciò contribuendo anche ad innalzare la qualità del rapporto tra lavoratore e azienda[140].

---

[137] E' prevista la conservazione del trattamento economico in godimento e un demansionamento limitato al livello di inquadramento immediatamente inferiore sempre nell'ambito della stessa categoria legale.

[138] Il patto consente la modifica del livello di inquadramento senza alcuna limitazione cui si accompagna anche la riduzione del trattamento economico.

[139] B. Caruso, *Strategie* … cit., 116.

[140] Questa nuova attenzione del diritto del lavoro alle esigenze proprie della persona del lavoratore si ritrova anche in altre parti dell'art. 2103 c.c. lì dove la norma consente, sempre al lavoratore, di scegliere in piena libertà se accettare o meno l'assegnazione definitiva a mansioni superiori.

The Declaration of Philadelphia*

Adalberto Perulli

I. Background and context. 40
II. Content of Declaration. 43
i. Labour is not a commodity. 43
ii. Freedom of expression, of association and collective bargaining. 45
iii. Poverty. 46
iv. War to want and tripartism. 47
v. Social Justice. 48
vi. The Broadening of the ILO's mandate. 50
vii. Full occupation, minimum wage and social security. 50
viii. International cooperation and the Declaration's Universality. 51
III. The Declaration's value nowadays: still an on-going challenge. 52
Bibliography. 53

* Previously published as WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".INT – 143/2018

I. Background and context.

The general conference of the International Labour Organization, in its twenty-sixth session on May 10th 1944, adopted unanimously the Declaration of Philadelphia, where the aims inspiring the actions of the Organization and the Principles to which the participating States should aspire are set. In actual fact, as we are going to see, the Declaration is a lot more than a text on the ILO's objectives and directive Principles, because it represents the first International Declaration of rights with international vocation, "applicable to all people everywhere". This document, fundamental charter of reference for the ILO and for all the systems of labour law, comes to life in a social-economic context – that of mid 20th century – very different from the liberal one that has seen, with the Peace of Versailles, the ILO birth. The social, political and economic reflection of the times, after stating as central the individual's freedom from the State, on the other hand questions itself on how the State may guarantee – in a positive inclination – the social rights that had been dealt with already since the beginning of the century. The Declaration might be intended as a catalogue of the promises made by the leaders of the Allied Forces during the Second World War, giving life to the Principles contained in the 1941 Atlantic Charter, signed by Winston Churchill and Franklin Delano Roosevelt, according to which the post-war Government policies had to aim to "securing for all (countries and people), improved labour standards, economic advancement and social security... (as well as) freedom from fear or want". We may not consider – rather reductively – in the Declaration of Philadelphia "first and foremost a sort of pledge of loyalty to the popular forces in return for the sacrifices they had made during the war"[141], but it may be considered as a pioneer text, intended to make social justice "the cornerstone of the international juridical order"[142]. Therefore, a text encompassing the need for security, typical of economic liberalism, which guaranteed the reproduction of democratic freedom and, at the same time, social rights. As a matter of fact, according to the New Deal doctrines, the free market could not have maintained the promises for individual freedom, without protecting the people from insecurity, with a new Bill of Rights, to be based on social rights, rather than political freedoms[143]. The value of the Declaration is even more relevant if we consider that the text has been adopted in a period where the universalism, the legitimateness and even the survival of the ILO were being brought into question, following the hard international crisis after the Second World War. So, under this profile, the Declaration expresses the attempt of the ILO to get a relevant place within the forthcoming Bretton Woods Institutions, which would define the general framework of international governance of the political and economic dynamics of the post-war period. In order to define the mission of a renewed International Organization of Labour, the Declaration of Philadelphia has adopted - as we will see in detail, later, within the analysis of the content of the Declaration – new, wider and more ambitious aims compared to those characterizing the actions of the Organization between the two World Wars, giving to the ILO a new lease of life and posing the basis to strengthen its role in the project to re-plan the international architecture in the post-war period.

---

[141] Francis Maupain, *The Future of the International Labour Organisation in the Global Economy* (Hart Publishing, Oxford and Portland Oregon 2013) 70.

[142] Alain Supiot, *L'esprit de Philadelphie. La justice sociale face au marché total* (Seuil, Paris 2010) 9.

[143] In a perspective intended to highlight the need for governamentality subtended to the dynamic between freedom and security: Michel Foucault, *Naissance de la biopolitique*, *Cours au Collège de France 1978-1979* (Ehess Gallimard Seuil, Paris 2004) 67.

The Declaration has been inserted in 1946 in the preamble of the ILO's Constitution[144]: "a permanent organization is hereby established for the promotion of the objects set forth in the preamble to this Constitution and in the Declaration concerning the aims and the purposes of the International Labour Organization adopted at Philadelphia on 10 May 1944 the text of which is annexed to this Constitution[145]". In particular, when revising the 1919 Constitution[146], the original "General Principles" referring to art. 41 were substituted by the content of the Declaration, which, as we said, set wider aims, compared to the ones contained in the previous preamble[147].

Compared to the 1919 Constitution, which identified the ILO's aim in promoting social justice, in consolidating the international peace and in correcting the international competition, the declaration of Philadelphia is set in continuity as regards the Constitutive Act (perfectly accomplishing the first aim, re-affirming the second and indirectly alluding to the third)[148]. However, the ILO's original mandate, as it was established in the Versailles Peace Treaty and ratified in the Preamble of the Constitution, was limited to the improvement of working conditions, on the basis of a series of important principles and acknowledging some important rights to workers: labour is not a commodity; the right of association both for workers and employers; the payment of a salary which may guarantee an adequate and decent life; the prevision of the maximum duration of work, in 8 daily hours and 48 weekly hours; the prevision of a day of rest during the week, being it Sunday if possible; the elimination of child labour and the regulation of adolescent labour; the Principle "equal pay for equal work"; the non discrimination among all workers legally residing in the Country; the institution, in every Country of a labour inspection service.

The Declaration of Philadelphia, although being in line with the constitutive regulations, has widely updated and widened the ILO's original mandate, including competences which go beyond the relatively limited area of labour conditions, while encompassing the extremely wider area of life conditions of people. This broadening of the teleological perspective goes hand in hand with a wider normative approach compared to the solution of social problems, being certain that the latter may not be solved entirely (and in the long term period) if we do not consider their causes and their effects also in the economic and political fields: "social problems and economic problems are not separate watertight compartments in the international any more than in the national sphere. In International, as in national affairs, economic policy can no longer be an end in itself. It is merely a means for achieving social objectives[149]". As a matter of fact, we can infer the importance and the innovation of the Declaration of Philadelphia precisely from the generality of

---

144 ILO Constitution: http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:62:0::NO:62:P62_LIST_ENTRIE_ID:2453907:NO. (accessed October 1, 2016).

145 ILO, *Constitution of the International Labour Organization and Standing Orders of the International Labour Conference*, art. 1.

146 The ILO was created in 1919, as part of the Treaty of Versailles that ended World War I, to reflect the belief that universal and lasting peace can be accomplished only if it is based on social justice. The Constitution was drafted between January and April, 1919, by the Labour Commission set up by the Peace Conference, which first met in Paris and then in Versailles.

147 The ILO and the Versailles Treaty come to life in the same period. For a historical reconstruction, Gerry Rodgers, Eddy Lee, Lee Swepston and Jasmien Van Daele, *The International Labour Organization and the quest for Social Justice, 1919-2009* (Cornell University ILR School, Ithaca and International Labour Office, Geneva 2009) 41.

148 Victor-Yves Ghebali, Roberto Ago and Nicolás Valticos*, The International Labour Organisation, A Case Study on the Evolution of U.N. Specialised Agencies* (Martinus Nijhoff Publishers, Boston 1989) 62.

149 Franklin D. Roosevelt, *Address of President Roosevelt to the Delegates of the International Labor Organization Delivered in the White House and broadcast over a nation-wide hookup, November 6, 1941*, www.ibiblio.org/pha/timeline/411106awp.html (accessed October 1, 2016).

the aim of the Organization's mandate, whose actions are no longer limited to the labour field, but they are addressed to "all human beings, irrespective of race, creed or sex" (who have the right to pursue both their material well-being and their spiritual development in conditions of freedom and dignity, of economic security and equal opportunity) (Section II, a) and all economic and financial policies have "to be examined and considered in the light of this fundamental objective[150]". Such a wide vision shows how the ILO's main preoccupation is no longer uniquely ascribable to the protection of the worker, but it regards – in a wider and renovated sense – the human being, as well as his/her participation in the social process[151]. This is reflected in the content of this important document: the Declaration (section 2) emphasizes the role of social and economic policies in order to achieve general social goals (section 3) like full occupation and the improvement of life conditions, the extension of social security in order to ensure a basic salary to all workers and health protection to all people, the fight against poverty, a durable peace, social justice, the material well-being and the spiritual development, the improvement of living standards, the common well-being, an adequate level of nutrition and housing, as well as the recreational and education facilities, as well as the guarantee of equal possibility in the educational field. For this reason, the Declaration of Philadelphia represents the first document of international Law focusing on human rights, which will find their consecration in the 1948 Universal Declaration of Human Rights and in the 1951 United Nations Charter.

In 1998, after more than forty years from its publication, the Declaration of Philadelphia was inserted in the ILO's Declaration on Fundamental Principles and Rights at work and its follow-ups[152] (same year), which promotes and re-affirms the principles and the fundamental rights, consecrated by the ILO's Constitution and by the same 1944 Declaration, increasing the emphasis on the human rights aspect of worker's rights. The 1998 Declaration indeed individuates an indefeasible corpus of rights, described as universally acknowledged human rights, known as "*core labour standards*": (a) freedom of association and protection of the right to organise and collective bargaining Conv. N. 87/1948 and Conv. N. 98/1949); (b) elimination of every form of forced labour (Conv. N. 29/1930, Conv. N. 105/1957); (c) effective elimination of child labour (Conv. N. 138/1973, Conv. N. 182/1999); (d) elimination of discrimination in the field of employment and occupation (Conv. N. 100/1951; Conv. N. 111/1958). According to the 1998 Declaration, all Member States of the ILO, even if they did not ratify the Conventions involved, have an obligation, deriving from their belonging to the Organization, to respect, promote and realize in good faith and complying with the Constitution, the Principles regarding the Fundamental Rights, which are the object of such Conventions. Furthermore, the Member States have accepted the principles and the rights stated in the ILO's Constitution and in the Declaration of Philadelphia, and have committed to operate in order to fulfil the Organization's aims in their entirety, at best of their

[150] ILO Philadelphia Declaration, Section II, d).

[151] Roosevelt (n 9).

[152] *Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work and its follow-up*, adopted by the International Labour Conference at its Eighty-sixth Session, Geneva, 18 June 1998, http://www.ilo.org/declaration/thedeclaration/textdeclaration/lang--en/index.htm (accessed October 1, 2016).

possibilities and fully complying with their specific indications. Hence we can observe the constrainability of the 1944 Declaration, like the ILO's Constitution and 1998 Declaration, for all Member States of the ILO[153].

In 2008, to confirm its relevance and significance in the current context of globalization, the Declaration has been quoted as a foundation of the 2008 ILO Declaration - Declaration on Social Justice for a Fair Globalization[154] - which was built on the Declaration of Philadelphia and the Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work, in order to express the contemporary vision of the ILO's mandate in the era of globalization.

II. Content of Declaration.

The Declaration of Philadelphia is constituted by a preamble and five different Sections. The preamble of the Declaration affirms that: "The General Conference of the International Labour Organization, meeting in its Twenty-sixth Session in Philadelphia, hereby adopts, this tenth day of May in the year nineteen hundred and forty-four, the present Declaration of the aims and purposes of the International Labour Organization and of the principles which should inspire the policy of its Members", highlighting the strict inter-dependency among the ILO's goals and intentions and the Member State policies. The latter effectively implement the ILO's actions: that is to say that no international action in itself is able to achieve the fulfilment of such goals, that depend on the activity of the States.

The opening section of the Declaration lists a series of fundamental Principles on which the ILO is based, and which, moreover, are already included in the Constitution of the Organization and in its Preamble.

i. Labour is not a commodity.

The first of these principles, in terms of collocation and importance, regards the affirmation of the respect that labour is to be regarded with: "Labour is not a commodity". If labour is not a commodity, but – as Kahn-Freund will write – is matter-of-factly made of "human flesh and blood", the domination of the capital on the human being is achieved through the labour relationship[155], hence the special function of labour law, consisting in giving some sort of substantial – and not merely formal – form of equality, within the relationship between employer and employee. Through the affirmation of such principle, the ILO's main goal is to spread at an international level the awareness relative to the indivisibility of the labour activity from the individual actually carrying it out: labour is not like an apple or a television set, an inanimate product that can be negotiated for the highest profit or the lowest price. Work is part of everyone's daily life and is crucial to a person's dignity, well-being and development as a human being. Economic

---

[153] The list of the current 187 Member States of the ILO can be viewed here: http://www.ilo.org/public/english/standards/relm/country.htm (accessed October 1, 2016).

[154] The International Labour Conference adopted the Social Justice Declaration on 10 June 2008: it is the third major statement of principles and policies adopted by the International Labour Conference, built on the Declaration of Philadelphia and the ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work. The text is available at this link: http://www.ilo.org/global/about-the-ilo/mission-and-objectives/WCMS_099766/lang--en/index.htm (accessed October 1, 2016).

[155] Bob Hepple, *Equality: A global labour standard, International Labour Standards and Economic Interdependence – Essays in Commemoration of the 75th Anniversary of the Declaration of Philadelphia* (International Labour Office, Geneva 1994) 127.

development should include the creation of jobs and working conditions in which people can work in freedom, safety and dignity. In short, economic development is not undertaken for its own sake but to improve the lives of human beings; international labour standards are there to ensure that it remains focused on improving human life and dignity[156]. Therefore, labour is not a mere unanimated product which may be the object of negotiation exclusively on the basis of profit aims, in other words, it's not only labour energies made available implying the involvement of the individual for whom labour is an instrument of affirmation and fulfilment of his/her own dignity[157]. The fundamental discrepancy between labour, intended as the individual's service and as a commodity – considering it as any generic service – is to be found mainly in the moment of bargaining, that is to say in the different functioning of the market where supply and demand meet[158]. As a consequence, the price and social costs connected to labour force, cannot be left to the free bargaining of market forces. This awareness is at the basis of the normative action of the ILO, which is intended to prevent some Countries - in the field of international competition, allowing unacceptable labour conditions, in order to lower the production costs – to act as an obstacle in the implementation of social reforms on the part of the other Countries, willing to pursue social justice (as the 1919 ILO Constitution's Preamble already acknowledged).

These fundamental principles of the ILO is being seriously challenged by neo-liberals and free-marketers, and by the process of re-commercialization of labour, typical of the ultra-liberalistic doctrine, that has been prevailing in national and international policies for more than thirty years, now. In this context of market fundamentalism, the same human is reduced to the state of mere "economic resource"[159]. Moreover, some scholars assume that there is an intrinsic paradox in the principle "labour is not a commodity", adducing the free bargaining nature of the meeting between supply and demand. It asserts as a truth what seems to be false. In fact, on one hand, the worker may not surely be considered as a means of production *tout-court* – like, for example, raw materials or machineries – both because the worker is free whether to accept the contract or not, and because, when stipulating the labour contract, he/she does not become property of the employer, but he/she is subject to rights and duties towards the employer, in accordance with what stated by the labour contract; yet, on the other hand, "as with other market transactions dealing in commodities, the legal expression of this relation between employer and employee is a type of contract. The contract of employment, like other contracts, confers legally enforceable rights and obligations. It seems that labour is in fact regarded much like a commodity in a market society and its laws"[160].

It is worth to remind that the origin of this proposition (labour is not a commodity) is complex. Probably linked to the idea of inequality of bargaining power, it seems to have been a speech by the Irish economist, Dr John Kells Ingram, to the British Trades Union Congress meeting in Dublin

156 ILO: http://www.ilo.org/global/standards/introduction-to-international-labour-standards/the-benefits-of-international-labour-standards/lang--en/index.htm (accessed October 1, 2016).

157 Vania Brino, *L'azione normativa dell'Organizzazione internazionale del lavoro nella promozione dei diritti sociali fondamentali*, in V. Brino and A. Perulli (eds), *Manuale di Diritto Internazionale del Lavoro* (Giappichelli, Torino 2015).

158 See Brian Langille, *Labour Law's Theory of Justice*, in B. Langille, G. Davidov, (ed. by), *The Idea of Labour Law,* (Oxford University Press, Oxford 2011) 106.

159 Supiot (n 2) 142.

160 In this sense, Hugh Collins*, Employment Law* (Oxford University Press, Oxford 2010) 26.

in 1880, but it has echoes of Karl Marx's insight that capitalism turns labour power into a commodity, and was also reflected in the "Workers' Chapter" of Pope Leo XIII's Encyclical Rerum Novarum (1891)[161]. In fact, we may deduce such principle from sources prior to the Declaration of Philadelphia, such as the 1930 ILO Convention n. 29, in the matter of elimination of forced labour, whose notion is supplied through a series of sub-definitions (the presence of a menace or a penalty, the role of an external constraint or indirect obligation, the possibility for a minor to supply a valid contractual consensus).

Finally, the principle enounced in Philadelphia has got a "competitive" matrix antecedent in the 1914 Clayton Act (USA), enacted by Congress to strengthen the antitrust laws that were put into place by the Sherman Act. The act also deals with the organization of labour unions stating that "the labour of a human being is not a commodity or article of commerce." Corporations are forbidden from preventing the organization of labour unions. It also keeps labour strikes from being included in antitrust lawsuits. The result of this provision is that labour unions may organize and agree upon wages without being accused of price fixing. The relevance of this concept of labour as foreign to the purely competitive dimension, together with the enhancement of the EU social objectives, is at the center of the dialectic between labor law and European competition law[162].

ii. Freedom of expression, of association and collective bargaining.

The second principle, as much important as the first, is contained in the first Section of the Declaration and regards Freedom of expression and association: (b) freedom of expression and of association are essential to sustained progress. This is one of the pillars upon which democracy is built and at the same time, the cornerstone of the democratic structure of the International Labour Organisation. We are dealing, in fact, with essential instruments in order to achieve Social Justice, whose centrality had already been affirmed in the 1919 Constitutive Act: "without freedom of association or, in other words, without employers' and workers' organizations that are autonomous, independent, representative and endowed with the necessary rights of their members and the advancement of the common welfare, the principle of tripartism would be impaired, if not ignored, and chances for greater social justice would be seriously prejudiced[163]".

The right to freedom of association had, indeed, already been affirmed in the 1919 Constitution, but it was defined as one of the means to improve the conditions of workers and to achieve social peace: 1944 is a fundamental landmark in the ILO's evolutionary history, as the Declaration of Philadelphia defines the freedom of expression and of association as "fundamental principles on which the organisation is based", emphasizing its role in the promotion of progress, and laying the foundations to elaborate the following Conventions on the matter. An example is the 1948

[161] Bob Hepple and Bruno Veneziani, *The Transformation of Labour Law in Europe: A Comparative Study of 15 Countries 1945-2000* (Hart Publishing, Oxford 2009) 5.

[162] In *C-67/96 Albany International BV and Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie* the EU Court determined that collective bargaining agreements fell outside the scope of competition law; more recently (*C-413/13 FNV Kunsten Informatie en Media*) the Court introduced a non-formalistic reasoning expanding the scope of Albany to include collective bargaining agreements among the 'false self-employed' (the Court decided that an agreement would fall outside the scope of article 101 TFEU if self-employed are in a comparable situation to a worker and if the agreement contributes to social policy).

[163] Alberto Odero and Horacio Guido, *Ilo Law on Freedom of Association, Standards and procedures* (International Labour Office, Geneva 1995) 4.

Freedom of Association and Protection of the Right to Organize Convention (N. 87), which, moreover, explicitly refers to the Declaration of Philadelphia ("Considering that the Declaration of Philadelphia reaffirms that freedom of expression and of association are essential to sustained progress"), further introducing the concept of independency and of non-interference on the part of the authority in the free activity of association: "Workers' and employers' organizations shall have the right to draw up their constitutions and rules, to elect their representatives in full freedom, to organize their administration and activities and to formulate their programmes. The public authorities shall refrain from any interference which would restrict this right or impede the lawful exercise thereof[164]".

Still concerning Union rights, in the Section three, catch e) of the Declaration the right to collective bargaining is ratified: e) the effective recognition of the right of collective bargaining, the cooperation of management and labour in the continuous improvement of productive efficiency, and the collaboration of workers and employers in the preparation and application of social and economic measures. We are dealing with a freedom that the ILO has been reaffirming throughout the years, and consequently it has been stated in a plurality of normative sources. The most relevant are the 1949 Convention n. 98 - which was almost unanimously ratified and inserted in the list of the Core Labour Conventions, promoters of Core Labour Standards - the 1981 Collective Bargaining Convention (n. 154), reaffirming the provision of the Declaration of Philadelphia recognizing "the solemn obligation of the International Labour Organization to further among the nations of the world programmes which will achieve ... the effective recognition of the right of collective bargaining, and noting that this principle is fully applicable to all people everywhere[165]". Further on, we have the 1951 Recommendation n. 91, which, for the first time ever, specifies in detail what the term "collective agreements" refers to: " (…) all agreements in writing regarding working conditions and terms of employment concluded between an employer, a group of employers or one or more employers' organisations, on one hand, and one or more representative of workers' organisations, or, in the absence of such organisations, the representatives of the workers duly elected and authorised by them in accordance with national laws and regulations, on the other[166]". We have already recalled the essentially important 1998 Declaration of the International Labour Organization on the principles and fundamental labour rights and its follow-ups, where the Conventions in the matter are quoted and considered as "fundamental" by the same ILO. Ranking first in the list of such rights is exactly the right to freedom of association and the effective acknowledgement of the right to collective bargaining, confirming its centrality starting from 1944.

iii. Poverty.

The third principle enounced in the first Section of the Declaration regards the topic of poverty, instead: "(c) poverty anywhere constitutes a danger to prosperity everywhere". The war against poverty, likewise the "war against want", mentioned in letter *d*) have since always constituted the primary interest of the ILO and its Member States. We are dealing with problematic issues both after the war and nowadays: it is enough to say that the UN strongly re-asserted its aim to

[164] Art. 3, Freedom of Association and Protection of the Right to Organise Convention, 1948 (No. 87).
[165] Preamble Collective Bargaining Convention, 1981 (No. 154).
[166] R091 - Collective Agreements Recommendation, 1951 (No. 91), Section II. Definition of Collective Agreements, art. 2, 1).

fight against poverty in the recent Sustainable Development Goals (SDGs) ("End poverty in all its forms everywhere")[167].

The data gathered by the UN show that the extreme poverty has declined significantly over the last two decades. Globally, the number of people living in extreme poverty has declined by more than half, falling from 1.9 billion in 1990 to 836 million in 2015 and most progress has occurred since 2000. While this is a remarkable achievement, we must point out that one in five people in developing regions still live on less than $1.25 a day, and there are millions more who make little more than this daily amount, plus many people risk slipping back into poverty[168].

On the other hand, the World Bank, in its report "Poverty and Shared Prosperity 2016" has highlighted how the average country is more unequal today than 25 years ago. Within-country inequality as a whole - that is, considering together the trends of all countries on which evidence is available - only started to narrow in the last decade, after peaking in the 1990s. Inequality remains unacceptably high in many countries around the world. Developing countries tend to exhibit higher levels of inequality than developed countries. Between-country inequality declined. In contrast, within-country inequality, the other component of global inequality, took on a greater role in global inequality[169].

Regarding this, it is interesting to notice how the ILO, back in 1944, had pointed out to Member States, with the principle "poverty anywhere constitutes a danger to prosperity everywhere", the importance to pursue a shared prosperity towards poverty eradication. While development assistance remains important, countries that managed to pull themselves out of poverty were those that were able to move from low to higher productive activities, while strengthening institutions for governance and social protection for workers and their families. On the basis of these premises, the ILO keeps on committing itself to the war against poverty, through the promotion of *decent work*, of full occupation and sustainable development.

iv. War to want and tripartism.

The fourth and last principle of the first Section of the Declaration states: "(d) the war against want requires to be carried on with unrelenting vigour within each nation, and by continuous and concerted international effort in which the representatives of workers and employers, enjoying equal status with those of governments, join with them in free discussion and democratic decision with a view to the promotion of the common welfare".

The ILO believes in fighting the war against want, through the social dialogue among the different actors, that are the government, the representatives of employers and employees, according to the constitutive model of governance of the Organization itself. The ILO is matter-of-factly the only Institution of the United Nations with a tripartite nature: it is composed of the Governments' representatives, entrepreneurs and workers, to whom the right of actively and democratically participate in the definition and implementation of the policies and of the programmes of the

---

[167] On 1 January 2016, the 17 Sustainable Development Goals (SDGs) of the 2030 Agenda for Sustainable Development, adopted by world leaders in September 2015 at an , officially came into force. Over the next fifteen years, with these new Goals that universally apply to all, countries will mobilize efforts to end all forms of poverty, fight inequalities and tackle climate change, while ensuring that no one is left behind.

[168] United Nation, The Millennium Development Goals Report, United Nation, New York, 2015.

[169] World Bank. 2016. *Poverty and Shared Prosperity 2016: Taking on Inequality.* Washington, DC, World Bank.

Organization is acknowledged. Basically, within the decision-making authorities, workers and entrepreneurs together have the same influence as Governments. This ensures that the labour international norms, the policies and the programmes reflect the point of view of all social parties interacting in a social dialogue (that is in processes of negotiation and consultation among representatives of entrepreneurs, of workers and of Governments). Social Dialogue and tripartism covers negotiation, consultation and information exchange between and among the different actors; collective bargaining; dispute prevention and resolution; and other instruments of social dialogue, including corporate social responsibility and international framework agreements.

Despite such mechanism of functioning is a guarantee for democracy and participation, we cannot deny that tripartism has revealed, in the course of years, as the main limitation to a regular functioning of the Organization. The difficulty in achieving a constructive dialogue and in reaching a consensus among actors with contrasting interests, perspectives and opinions, often put the Organization in situations of strong political and decisional impasse. For example, we may recall the sensational opposition of entrepreneurs to an extensive interpretation of Convention n. 87 on the freedom of Union Organization, with the possibility of including the right to strike, which has stopped - the mediation among parties started in 2012 and ended in February 2015 – the operations of the Committee of Experts and the Assessment Commission of the modalities of application of Conventions on the part of Member States[170].

v. Social Justice.

The concept of "Social Justice" opens the second Section of the Declaration of Philadelphia: "lasting peace can be established only if it is based on social justice", which is stated into a series of principles. The 1919 ILO Constitution had already established in a general way the aims to be pursued through an International. However, the Declaration, indeed, deeply innovates as regards to this concept, supplying a comprehensive and global definition of Social Justice. In actual fact, the latter can be defined as the fair and proper administration of laws conforming to the natural law that all persons, irrespective of ethnic origin, gender, possessions, race, religion, etc. are to be treated equally and without prejudice. The most explicative provision of the concept of Social Justice in the Declaration is contained in the first principle of the Section: (art. II a): "all human beings, irrespective of race, creed or sex, have the right to pursue both their material well-being and their spiritual development in conditions of freedom and dignity, of economic security and equal opportunity". It is worth to point out that the stress on freedom and dignity of the human-worker represented in 1944 a thoroughly new concept, which marked a discontinuity with the founding assumption of the Industrial Society. This assumption stated that once the worker got through the Factory's gate, as being subject to an obligation of juridical subordination, he/she would lose his/her freedoms as a Citizen, to be inserted in a context governed by the scientific organization of labour, and uniquely ruled by efficiency imperatives, leaving justice apart[171]. Not only will freedom and human dignity as prominent values as regards to the economic sphere supply the basis, in international law and in several national systems, to the development of a

[170] 1948 Tripartite Meeting on the Convention n. 87, on Union Freedom, and the protection of Union Right, as regards the right to strike, likewise the modalities and the praxis of the action of Strike at National level, TMFAPROC/2015/2, Geneve, 22-25th February 2015.
[171] Supiot (n 2) 132.

new conception of horizontal equality[172], but they also justify a vision – central in the "essence" of the Declaration – of subjugation of economy and finance to the objectives of social justice, towards which national and international policies should aim. This is clearly affirmed in art. II b) which states that the attainment of the conditions in which this shall be possible must constitute the central aim of national and international policy. And it is not enough. The spirit of Philadelphia is not only able to normativize a teleologically-oriented vision towards social justice, making economy and finance means available to humanity, but it explicitly affirms that (art. II c) "all national and international policies and measures, in particular those of an economic and financial character, should be judged in this light and accepted only in so far as they may be held to promote and not to hinder the achievement of this fundamental objective". Again, the letter d) of art. II declares the responsibility of the ILO to "(...) examine and consider all international economic and financial policies and measures in the light of this fundamental objective". The cornerstone value of this affirmation is evident, like its absolute modernity.

It is enough to point out that this principle is at the basis of the 2008 ILO Declaration on Social Justice for a Fair Globalisation, a powerful reaffirmation of ILO values and ILO's key role in helping to achieve progress and social justice in the context of globalization, and it substantially constitutes the concept expressed in the 2009 Lisbon Charter, with which the EU has adopted an horizontal social clause: "in defining and implementing its policies and actions, the Union shall take into account requirements linked to the promotion of a high level of employment, the guarantee of adequate social protection, the fight against social exclusion, and a high level of education, training and protection of health[173]". This clause introduces a sort of social condition in EU "actions" and "policies", which consists in complying with the constraints imposed through the respect of social values"[174]. It stipulates that EU policies must now take social requirements into account, to ensure consistency between the various policies and the social objective: this clause obliges the European Union and also its Member States to better consider the social dimension when implementing new policies and actions, doing a precautionary evaluation of the social impact of each new actions and policies, requiring an evaluation ex-ante and ex-post decision, implying a constant monitoring of the EU policies impact on the social dimension.

In the same way, the principle stated in letter d) of Section II imposes on the Organization the duty to control ex ante and ex post the policies and the fiscal and economical actions of international organizations and national legislators of Member States, in the light of its objective of social justice. Such commitment may be considered as the seed of the more recent concept of "sustainable development[175]" (as much as the horizontal social clause represents an applicative example of the concept) within the continuous attempt to reach a balance among economic, political and social aims, outlining integrated solutions of social conditionality, in the field of the regulation of the international context.

This is to show the absolute modernity of the document in comments.

---

[172] Hepple (n 14) 127.

[173] Art. 9, TFUE.

[174] Adalberto Perulli, 'Fundamental Social Rights, Market Regulation and EU External Action' (2014) 30 IJCLLIR 34.

[175] See Adalberto Perulli, *Sustainability, Social Rights and International Trade: The TTIP* (2015) 31 IJCLLIR 473. The Sustainable Development is the "development that meets the needs of the present without compromising the ability of future generations to meet their own needs". United Nation, Report of the World Commission on Environment and Development: Our Common Future, 1987.

vi. The Broadening of the ILO's mandate.

Beside the affirmation considering Social Justice as a fundamental goal, in accordance with which all the programmes of action and the national and international measures in economic and financial matters should be taken, we have the broadening of the ILO's mandate. Now, the ILO is in charge of controlling that all national and international economic and financial policies (and not only those relative to labour conditions) aim to the fundamental objective of Social Justice, and of possibly orienting them through the elaboration of appropriate decisions and Recommendations ("(d) it is a responsibility of the International Labour Organization to examine and consider all international economic and financial policies and measures in the light of this fundamental objective; (e) in discharging the tasks entrusted to it the International Labour Organization, having considered all relevant economic and financial factors, may include in its decisions and recommendations any provisions which it considers appropriate"). So, the social aim becomes the guiding criteria in order to judge the economic and financial policies, for the first time in history. We may for sure define this Principle as revolutionary, and it is the result of the awareness acquired during the tragic period of the Great Depression starting in 1929 and of the following mass unemployment and poverty, of how deep the impact of economic policies could be on life and working conditions[176]. As Harold Butler said in 1930, it was a matter of relocating the centre of gravity of the ILO "from the purely social to the economic sphere", hence

The principles referring to catches d) and e) ratify the ILO's veritable "right of oversight" over economic, financial and commercial matters, and making it the organisation's responsibility "to examine and consider all international economic and financial and commercial matters", and making it the organisation's responsibility "to examine and consider all international economic and financial policies and measures in the light of this fundamental objective", i.e. in the light of understanding that "lasting peace can be established only if it is based on social justice" (Principle II, d). The need for a change to the ILO's Constitution had already been underlined in the previous sessions of the Governing Body, by inserting a provision affirming the Competence of the Organization also in economic matters. The inclusion of the Declaration in the Constitution of the ILO (particularly catches d) and e) have legitimated the Organization to manage issues being non-purely relative to labour standards, ensuring the ILO a new and wider mission, expanding the sphere of the ILO's concern from "labour" to "social" question.

vii. Full occupation, minimum wage and social security.

The third section of the Declaration of Philadelphia specifically indicates the new mandate of the ILO's policy. Full occupation has gained a central role among the main goals of social and economic policies: "The Conference recognizes the solemn obligation of the International Labour Organization to further among the nations of the world programmes which will achieve: (a) full employment and the raising of standards of living". Considering the economic context of the involved document, towards the end and the immediate post-war period, the main concern regarded the re-employment of million of men and women previously employed in the army or in

[176] E Lee, '*The Declaration of Philadelphia: Retrospect and prospect'* (1994) 4, ILR, 468.

the production of weapons: the full employment sought by the ILO is a full employment for welfare and not full employment for warfare[177]. The principles that follow the corollary of the concept of full occupation – professional training and realization, flexibility in the transfer of labour, an adequate salary and right to bargaining – show how the ILO is committed to a valuable employment: "(b) the employment of workers in the occupations in which they can have the satisfaction of giving the fullest measure of their skill and attainments and make their greatest contribution to the common well-being; (c) the provision, as a means to the attainment of this end and under adequate guarantees for all concerned, of facilities for training and the transfer of labour, including migration for employment and settlement; (d) policies in regard to wages and earnings, hours and other conditions of work calculated to ensure a just share of the fruits of progress to all, and a minimum living wage to all employed and in need of such protection; (e) the effective recognition of the right of collective bargaining, the cooperation of management and labour in the continuous improvement of productive efficiency, and the collaboration of workers and employers in the preparation and application of social and economic measures".

In the matter of working conditions, we ought to point out that at that time – contrary to the ILO's Constitution's provisions – no hour limitation was stated (neither daily, nor weekly) to the working activity: as experience has shown that under present conditions of technological development any figure is likely to become rapidly out of date in the industries with the most modern technical equipment, while remaining an objective for future effort in industries which are technically less advanced[178]. The second part of the third section reaffirms the extent of the Organization's mandate, underlining the importance of the provision of a minimum wage and a valid system of welfare for all Citizens. The Declaration maintains the importance of the extension of social security measures to provide a basic income to all in need of such protection and comprehensive medical care (f) and at the same time it places the individual, considered as beyond the state of mere worker, and as central as regards the provisions of child welfare and maternity protection (f); the provision of adequate nutrition, housing and facilities for recreation and culture (i) and the assurance of equality of educational and vocational opportunity (j).

viii. International cooperation and the Declaration's Universality.

The fourth Section of the Declaration deals with the relationships between the ILO and the other international organizations, recognizing the importance of the ILO's full collaboration, being fully conscious of the communion of responsibilities for the promotion of health, education and well-being of all people. Further, the organization reaffirms the importance of a national and international effective action "including measures to expand production and consumption, to avoid severe economic fluctuations to promote the economic and social advancement of the less developed regions of the world, to assure greater stability in world prices of primary products, and to promote a high and steady volume of international trade". The ILO's main representatives in the fulfilment of the goals quoted above are the UN (the ILO being its first specialised agency, since 1946), the G20, the International Monetary Fund, the OECD and the World Bank.

Finally, the fifth and last Section of the Declaration affirm the universality of the Declaration and, matter-of-factly, of the Principles in it stated: "the conference affirms that the principles set forth

[177] International Labour Conference, 26th session, Future Policy, Programme and Status of the ILO, International Labour Office, Montreal 1944, p. 12.
[178] International Labour Conference (n 26) 14.

in this Declaration are fully applicable to all peoples everywhere and that, while the manner of their application must be determined with due regard to the stage of social and economic development reached by each people, their progressive application to peoples who are still dependent, as well as to those who have already achieved self-government, is a matter of concern to the whole civilized world". This statement reaffirms the humanitarian mission of the ILO, identifying, once again, as beneficiaries of the Declaration all people everywhere, and not only workers.

Further, we may notice how the Declaration leaves a wide margin of discretionary power to interested Member States, allowing them to apply the enounced principles in accordance to their level of social and economic development, as it is - as a rule - for Conventions and Recommendations. Such provision implies on the part of the Organization a strong, and for some reasons "obligated", flexibility: if the ILO were not to consider the vastness and the variety of Member States subject to the Declaration and their different evolutionary phases, it could not wish for the implementation of the enounced principles on the part of all Members of the Organization, but only on the part of the most developed ones. We may point out that the adaptability of the implementation of these principles and values at different application level allows a certain flexibility in the adoption of the latter, being aware that such method results as the only one able to allow at least a spread application of the Declaration. However, on the other hand, such advantage granted to Member States should under no circumstance represent an alibi not to adopt these principles with loyalty and consistency. In the wake of this, the provision contained in the - already quoted – 2008 ILO Declaration fits perfectly. It states that "the violation of the principles and fundamental labour rights may neither be invoked, nor used as a legitimate comparative advantage, and that the international labour norms should not be used to obtain trade protectionism[179]".

III. The Declaration's value nowadays: still an on-going challenge.

Beyond the historical value of the Document involved, the importance of the Declaration pertains first to the change of perspective of the Organization: from international organization for the protection of workers, to international organization for human beings' fundamental social rights. After the adoption of the Declaration of Philadelphia, the ILO – while carrying on with the activity of elaboration and monitoring of the implementation of international labour standards in all the world – went beyond the borders of labour legislation, adopting Conventions such as: Employment Policy Convention, 1964 (n. 122) and the Human Resources Development Convention, 1975 (n. 142), which define wide aims and guidelines for national policies in these fields[180].

The Declaration is a binding Document for all 187 Member States of the ILO, being it a fundamental and essential part of the Constitution of the Organization: it is binding upon the organisation, binding upon its member states, and binding upon the United Nations as a statement of the Organisation's mandate[181]. This means that the Countries may not avoid taking into consideration the content of the Declaration in the elaboration of their social, economic and financial policies.

[179] ILO, ILO Declaration on social justice for a fair Globalization, Section I, A, IVILO, (ILO, Geneva 2008) 11.

[180] Lee (n 25) 479.

[181] Wilfred Jenks, *The Declaration of Philadelphia after 25 Years*, Temple University, Conference on Human Rights, Human Resources and Social Progress, Philadelphia, 8 May 1969, reproduced in *ILO, Social Policy in a Changing World: The ILO Response: Selected Speeches by Wilfred Jenks* (Geneva, ILO 1976).

Finally, it is worth to reflect on the modernity of its content, in a period where Philadelphia's basic assumptions seem to have been overturned, substituting the aim of Social Justice with capital valorisation, free movement of goods, of market and exchanges liberalization. For this reason, the Declaration is to represent a model for all people believing in the freedom and dignity of human beings, in their spiritual development and in economic security with equal opportunities. Essentially, the Declaration still constitutes valid guidelines for economic and social policy at the national and international levels in today's changed world. Therefore, the Declaration is as relevant to current socio-economic realities as it was years ago: although we are dealing with principles established in the first half of last century, it remains a powerful text in the pursuit of social justice, which reminds the solemn commitment by the ILO Member States. It can safely be affirmed that non-compliance with the principle contained in the Declaration is the major cause of the poverty, social instability and insecurity in the world today[182].

Therefore, the current value of Philadelphia's principles must be treated considering the forms of labour in which social protection, union rights – more in general, everything that may be considered as labour right to a modern extent – still do not exist, both in developing and developed countries. We are referring, for example, to the issue, still unresolved, concerning the liability of the multinationals face of violations of fundamental social rights, to the failure to recognize the right to strike, the protection of social rights in the context of the liberalization of trade; think also to Sharing Economy and Labour on Demand, where the so-called "workers on tap", suffer from a very high deficit of protection, facing even cases of racial discrimination, deriving from the selection systems on platform. On one hand, this re-launches the ILO's function, that is to say a very useful normative action in order to individuate universally acknowledged social standards, on the other hand, it highlights its limits, and the scarce effectiveness of a regulation still centred on the single States' responsibility.

Bibliography.

Adalberto Perulli, *Sustainability, Social Rights and International Trade: The TTIP* (2015) 31 IJCLLIR 473

Adalberto Perulli, *Fundamental Social Rights, Market Regulation and EU External Action* (2014) 30 IJCLLIR 34.

Alain Supiot, *L'esprit de Philadelphie. La justice sociale face au marché total*, Seuil, Paris 2010, 9.

Alberto Odero, Horacio Guido, *Ilo Law on Freedom of Association – Standards and procedures*, International Labour Office, Geneva 1995, 4.

Bob Hepple, Bruno Veneziani, *The Transformation of Labour Law in Europe: A Comparative Study of 15 Countries 1945-2000*, Hart Publishing, Oxford 2009, 5.

Bob Hepple, *Equality: A global labour standard, International Labour Standards and Economic Interdependence – Essays in Commemoration of the 75th Anniversary of the Declaration of Philadelphia*, International Labour Office, Geneva 1994, 127.

[182] Hassan A. Sunmonu, *Contemporary Challenges for labour standards resulting from globalization* in W. Sengenberger and D. Campbell (eds), *International labour standards and economic interdependence, Essays in commemoration of the 75th anniversary of the International Labour Organization and the 50th anniversary of the Declaration of Philadelphia* (International Institute for Labour Studies, Geneva 1994) 105.

Eddy Lee, *The Declaration of Philadelphia: Retrospect and prospect* (1994) 4, ILR, 468.

Francis Maupain, *The Future of the International Labour Organisation in the Global Economy*, Hart Publishing, Oxford and Portland Orego 2013, 70.

Gerry Rodgers, Eddy Lee, Lee Swepston and Jasmien Van Daele, *The International Labour Organization and the quest for Social Justice, 1919-2009*, Cornell University ILR School, Ithaca and International Labour Office, Geneva 2009, 41.

Hassan A. Sunmonu, *Contemporary Challenges for labour standards resulting from globalization* in W. Sengenberger and D. Campbell (eds), *International labour standards and economic interdependence, Essays in commemoration of the 75th anniversary of the International Labour Organization and the 50th anniversary of the Declaration of Philadelphia*, International Institute for Labour Studies, Geneva 1994.

Hugh Collins*, Employment Law*, Oxford University Press, Oxford 2010, 26.

Michel Foucault, *Naissance de la biopolitique*, *Cours au Collège de France 1978-1979*, Ehess Gallimard Seuil, Paris 2004, 67.

Vania Brino, *L'azione normativa dell'Organizzazione internazionale del lavoro nella promozione dei diritti sociali fondamentali*, in V. Brino and A. Perulli (eds), *Manuale di Diritto Internazionale del Lavoro*, Giappichelli, Torino 2015.

Victor-Yves Ghebali, Roberto Ago and Nicolás Valticos*, The International Labour Organisation, A Case Study on the Evolution of U.N. Specialised Agencies*, Martinus Nijhoff Publishers, Boston 1989, 62.

Wilfred Jenks, *The Declaration of Philadelphia after 25 Years*, Temple University, Conference on Human Rights, Human Resources and Social Progress, Philadelphia, 8 May 1969, reproduced in *ILO, Social Policy in a Changing World: The ILO Response: Selected Speeches by Wilfred Jenks*, Geneva ILO, 1976.

Aiuti di Stato, misure generali di politica economica e sociale ed incentivi assunzionali*

Riccardo Diamanti

1. Da una necessaria convivenza ad una reciproca interazione. 57

2. La nozione di aiuto di stato e la relativa disciplina. 59

2.1. Il trattato. 59

2.2. L'origine statale degli aiuti. 61

2.3. L'identificazione del beneficiario, il vantaggio e la nozione di selettività. 64

2.4. Alcuni rilievi sulle modalità di valutazione della selettività. 67

3. Il percorso verso i regolamenti di esenzione. L'elaborazione della Commissione e le decisioni della Corte di Giustizia. Il caso del contratto di formazione e lavoro. 68

3.1. Il ruolo Commissione. 68

3.2. Il caso del contratto di formazione e lavoro. 69

4. I regolamenti di esenzione emanati negli anni 2001 – 2002. 72

5. Il SAAP e il SAM. 74

6. Il regolamento generale di esenzione del 2014, che ha sostituito il regolamento del 2008. 75

6.1. I regolamenti generali. 75

6.2. Condizioni e principi generali relativi alle esenzioni. 76

7. Il regolamento generale di esenzione e il campo di applicazione lavoristico. 78

7.1. Campo di applicazione in materia lavoristica in senso stretto. 78

7.2. Campo di applicazione in materie dove si creano interferenze con il piano lavoristico. 82

8. Gli aiuti c.d. *de minimis*. 83

9. Gli aiuti al salvataggio e alla ristrutturazione di imprese in difficoltà. 84

10. Breve riepilogo. 84

11. Gli incentivi nazionali e la normativa dell'Unione Europea. 85

11.1. Incentivi ed effettività. 85

11.2. Gli interventi normativi dei Governi Renzi e Gentiloni. 86

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 369/2018

11.3. La legge di conversione del c.d. "decreto dignita" e la disciplina degli aiuti. 92

11.4. L'interferenza e l'ambivalenza tra aiuti di stato, politiche attive ed incentivi. 95

1. Da una necessaria convivenza ad una reciproca interazione.

La potenziale incompatibilità tra incentivi e normativa dell'Unione Europea sulla concorrenza, che tendenzialmente impedisce aiuti di Stato, appare abbastanza evidente.

Tuttavia, l'evoluzione del diritto e della giurisprudenza europea in materia di aiuti, ha portato ad una inevitabile necessità di stabilire criteri di convivenza tra questi istituti, sino a giungere ad una vera e propria interazione per conseguire obiettivi comuni.

L'attuale normativa sugli aiuti di Stato e sulle esenzioni, è il frutto di questo compromesso che deriva da una progressiva messa a fuoco degli obiettivi dell'Unione.

All'iniziale impostazione, che vedeva la creazione del mercato comune strettamente legata all'abolizione di ogni limitazione alla circolazione di merci e persone e alla garanzia di una effettiva paritaria concorrenza tra le imprese, con la creazione dell'Unione Europea si sono affiancati sempre di più obiettivi di natura sociale, che determinano un inevitabile bilanciamento con i principi posti a garanzia della concorrenza[183].

Così, se l'incremento degli occupati è obiettivo generale dell'Unione, come risulta dalla strategia Europa 2020, che tra i cinque obiettivi da raggiungere entro il 2020 prevede un innalzamento al 75% del tasso di occupazione (per fascia di età compresa tra i 20 e i 64 anni), l'adozione di politiche incentivazionali all'occupazione si presenta non tanto come ostacolo alla concorrenza, quanto come strumento per attuare le politiche economiche comuni.

L'eliminazione di ostacoli alla concorrenza non costituisce più manifestazione di un unico principio fondamentale, ma è soltanto uno degli obiettivi di carattere generale dell'Unione. Ciò apre spazi non solo a benefici tesi a incentivare l'occupazione, ma a tutte le politiche del lavoro.

In un certo senso paradossalmente si potrebbe dire che l'intero diritto del lavoro poteva apparire come ostacolo alla concorrenza, e così è tuttora considerato da alcune scuole di pensiero di derivazione anglosassone[184]. Oggi la prospettiva è rovesciata e le politiche attive del lavoro non sono corpi estranei, ma parte integrante della strategia dell'Unione.

Interventi normativi che costituiscono espressione di politiche generali di natura sociale ed economica e non favoriscano selettivamente una singola impresa o gruppi di imprese, non devono essere considerati come aiuti di Stato, e quindi non possono essere valutati come normative in contrasto con la libera concorrenza[185].

---

[183] Sottolinea M. Libertini, *Diritto della concorrenza dell'Unione Europea*, Giuffrè 2014, 2 ss. e 49 ss., come *"…La tutela della concorrenza nell'ordinamento europeo ed italiano, si giustifica in quanto la concorrenza è uno strumento di promozione del benessere economico, non in quanto sia un "valore in sé" (come può dirsi per altri beni costituzionalmente garantiti.").* Ciò implica un bilanciamento di interessi che tenga presente l'obiettivo di realizzare uno sviluppo sostenibile, nel quadro di un'economia sociale di mercato altamente competitiva (art. 2, comma 3, TUE); sul tema v. anche V. Brino, *Diritto del lavoro, concorrenza e mercato. Le prospettive dell'Unione Europea*, *CEDAM*, 2012, 6 ss.; della stessa autrice, *Diritto del lavoro e diritto della concorrenza: conflitto o complementarietà?*, *RGL*, 2005, 328 ss.; D. Gottardi, *Tutela del lavoro e concorrenza tra imprese nell'ordinamento dell'Unione Europea*, *GDLRI*, 2010, 511 ss.; P. De Pasquale, *Libera concorrenza ed economia sociale nel Trattato di Lisbona*, *Dir. Pubb. Comp. Eur*., 2009, 85 ss.

[184] Sul tema e sui ricorrenti attacchi al diritto del lavoro v. G. Davidov, *A purposive approach to labour law*, Oxford University Press, 2016, 13 ss.

[185] C.E. Baldi, *La disciplina comunitaria degli aiuti di Stato*, Maggioli, 2015, 26, sottolinea come il principio valga *"… a prescindere dal fatto che essi siano o meno istituiti con lo specifico scopo di sostenere le imprese di uno stato membro*".

Gli aiuti all'occupazione possono quindi porsi in linea con le politiche della Commissione che ne sottolinea le potenzialità, quali strumenti di coordinamento delle politiche nazionali verso obiettivi comuni[186].

In questa prospettiva il controllo sugli aiuti non si pone solo come strumento di semplice tutela della concorrenza, ma anche come mezzo per realizzare una comune politica di sviluppo[187].

Al punto 10 della Comunicazione dell'8 maggio 2012 della Commissione Europea[188] si legge che la strategia di crescita di Europa 2020 riconosce il ruolo svolto dagli aiuti di Stato a favore della crescita e la loro capacità di dare un contributo attivo e costruttivo agli obiettivi, stimolando e sostenendo le iniziative riguardanti tecnologie più innovative, più efficienti e più verdi, e agevolando parallelamente l'accesso al sostegno pubblico per gli investimenti, al capitale di rischio e ai finanziamenti per la ricerca e lo sviluppo.

Ed ancora, al paragrafo 11, si prevede che, a tal fine, gli stati membri e l'Unione Europea stabiliranno priorità alle spese di bilancio, alcune delle quali implicheranno aiuti di Stato.

Il confine tra norma generale, espressione di politiche economiche che costituiscono attuazione di obiettivi occupazionali dell'Unione, e disciplina degli aiuti di Stato, è mobile ed è condizionato dal momento storico e dalle priorità economiche. In periodi caratterizzati da grave crisi economico finanziaria, con conseguenze negative sull'occupazione, il confine si sposta chiaramente sul versante delle politiche generali di incentivazione, talvolta dilatate sino a ricomprendere ciò che in altri momenti sarebbe considerato aiuto di Stato[189].

A partire dagli anni 2000 si è assistito ad una progressiva espansione degli spazi di deroga al principio del divieto di aiuti di Stato, ove le agevolazioni siano dirette a favorire forme di occupazione, specie di soggetti che abbiano maggiori difficoltà a trovare impiego stabile.

Ciò ha creato qualche incertezza applicativa nel rinvenire in una misura a favore dell'occupazione una manifestazione di politica generale o viceversa una forma di aiuto non vietata, ma sottoposta alla regolamentazione dell'Unione Europea[190].

---

[186] È stato peraltro sostenuto che gli aiuti di Stato non avrebbero incrementato la crescita economica o gli investimenti nei paesi dell'Unione Europea: così C.B. Tunali e J. Fidrmuc, *State Aid Policy in the European Union*, *JCMS*, 2015, vol. 53, 5, 1143 ss., in part. 1160, relativamente al periodo 1992-2011.

[187] Così L. Tebano, *Sostegno all'occupazione e aiuti di Stato "compatibili"*, *CEDAM*, 2012, 31 ss.

[188] State Aid Modernisation Iniziative - SAM

[189] Rileva L. Tebano, *Sostegno all'occupazione e aiuti di Stato "compatibili"*, *cit*. 20, come il processo di allineamento degli stati alle indicazioni della Commissione e della Corte di Giustizia *"… è stato possibile anche per la peculiarità della disciplina degli aiuti di Stato che, pur formalmente inquadrata tra le norme a presidio della concorrenza, si è prestata per la sua duttilità a fungere da veicolo per il coordinamento delle politiche occupazionali statali"*. Sul punto v. M. Tiraboschi, *Incentivi alla occupazione, aiuti di Stato, diritto comunitario della concorrenza, Giappichelli*, 2002, 48, secondo cui "*se dunque è vero che il Trattato di Amsterdam ha confermato la competenza nazionale in tema di politiche della occupazione, è altrettanto vero che questa competenza rimane sottoposta a limiti esterni, relativi alla efficacia e agli effetti delle politiche del lavoro e della occupazione alimentate con risorse pubbliche*". V. anche M. Roccella, *Formazione, occupabilità, occupazione nell'europa comunitaria*, *GDLRI*, 2007, 187 ss, in part. 206, secondo cui "*il rischio di un conflitto tra politiche comunitarie dell'occupazione e della concorrenza, del resto, è stato avvertito sin dal varo del Processo di Lussemburgo, traducendosi in un invito alla Commissione a provvedere "affinchè il controllo degli aiuti di Stato non ostacoli le misure di politica del mercato del lavoro compatibili con il Trattato*"".

[190] Su un piano più ampio evidenzia gli spazi sempre più ristretti di discrezionalità nel Governo macroeconomico degli stati membri dell'eurozona a seguito di una "*massiccia colonizzazione da parte del nuovo diritto europeo della crisi*" S. Giubboni, *Diritto del lavoro europeo*, *CEDAM*, 2017, 16. Secondo l'autore questo sviluppo "*mette fuori gioco gli argini difensivi che ….. potevano essere immaginati attorno al riconoscimento alla Carta di Nizza dello stesso valore giuridico dei Trattati, o sulla scia delle incoraggianti aperture alla "economia sociale di mercato" dell'art. 3 par. 3, del TUE*" (pag. 22).

Nella ricerca di spazi per politiche di intervento attivo sotto forma di incentivi, sembra che talvolta la qualificazione di un intervento come manifestazione di politica economica o viceversa di aiuto ammissibile (in esenzione) sia incerta ed in una qualche misura sovrapponibile.

Punto di partenza per orientarsi è la nozione di aiuto di Stato e le deroghe in esenzione stabilite in vari regolamenti a partire dagli anni 2000.

2. La nozione di aiuto di stato e la relativa disciplina.

2.1. Il trattato.

Secondo quanto previsto dall'art. 107 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (ex art. 87 del Trattato della Comunità Europea), la nozione di aiuto di Stato è prettamente funzionale in quanto "*salvo deroghe contemplate dai trattati sono incompatibili con il mercato interno, nella misura in cui incidano sugli scambi tra stati membri, gli aiuti concessi dagli stati, ovvero mediante risorse statali, sotto qualsiasi forma che, favorendo talune imprese o talune produzioni, falsino o minaccino di falsare la concorrenza*".

Secondo quanto previsto dall'art. 107 pertanto i requisiti perché si possa parlare di aiuto, in quanto tale vietato, sono dati dal fatto che:

1) l'aiuto sia concesso dallo Stato o che comunque siano utilizzate risorse pubbliche;

2) l'intervento determini un vantaggio per delle imprese o comunque per dei soggetti che svolgano attività d'impresa (criterio della selettività, che assume un ruolo centrale nella identificazione di un aiuto illegittimo);

3) l'aiuto falsi la concorrenza;

4) influisca sugli scambi tra gli stati membri.[191]

La norma, al secondo comma, indica una serie di aiuti compatibili, automaticamente o attraverso valutazione discrezionale della Commissione

Vi è una prima indicazione di aiuti che sono di per sé considerati compatibili con il mercato interno, ed in particolare:

a) gli aiuti a carattere sociale concessi ai singoli consumatori, a condizione che siano accordati senza discriminazioni determinate dall'origine dei prodotti;

b) gli aiuti destinati a ovviare ai danni arrecati dalle calamità naturali oppure da altri eventi eccezionali;

c) gli aiuti concessi all'economia di determinate regioni della Repubblica Federale di Germania che risentono della divisione della Germania, nella misura in cui sono necessari a compensare gli svantaggi economici provenienti da tale divisione.

[191] Sottolinea M. Libertini, *op. cit.*, 574, come sulla base dei principi elaborati dalla Commissione e dalla Corte di giustizia i criteri per individuare un aiuto siano quattro: il vantaggio per l'impresa beneficiaria, l'incidenza sulla concorrenza all'interno del mercato europeo, la selettività, intesa come determinazione di un vantaggio competitivo per certe imprese rispetto ad altre ed il trasferimento di risorse pubbliche a favore delle imprese. Così anche M. Scuffi, *Il ruolo dei giudici nazionali nell'applicazione della normativa sugli aiuti di Stato*, in *Antitrust fra diritto nazionale e diritto dell'Unione Europea*, a cura di E.A, Raffaelli, X, *Giuffrè*, 2012, 362 ss.

Quest'ultimo tipo di aiuti (lettera c) poteva essere abrogato dopo cinque anni dall'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, e oggi comunque non trova più pratica applicazione.

La seconda categoria di aiuti è data da quelli che possono considerarsi compatibili con il mercato interno, e quindi sono suscettibili di una valutazione discrezionale ad opera della Commissione.

Vi sono ricompresi:

a) gli aiuti destinati a favorire lo sviluppo economico delle regioni ove il tenore di vita sia anormalmente basso, oppure si abbia una grave forma di sottoccupazione, nonchè delle regioni di cui all'art. 349 del Trattato[192], tenuto conto della loro situazione strutturale, economica e sociale;

b) gli aiuti destinati a promuovere la realizzazione di un importante progetto di comune interesse europeo, oppure a porre rimedio a un grave turbamento dell'economia di uno stato membro;

c) gli aiuti destinati ad agevolare lo sviluppo di talune attività o di talune regioni economiche sempre che non alterino le condizioni degli scambi in misura contraria al comune interesse;

d) gli aiuti destinati a promuovere la cultura e la conservazione del patrimonio culturale, quando non alterino le condizioni degli scambi e della concorrenza dell'Unione, in misura contraria all'interesse comune;[193]

e) le altre categorie di aiuti, determinati con decisione del Consiglio su proposta della Commissione.

Gli stati membri hanno un obbligo di notifica alla Commissione di ogni misura che possa costituire aiuto di Stato, prima di attuarla[194]. L'obbligo di notifica è escluso, in presenza di una misura ricompresa in un regolamento di esenzione, controllabile a posteriore.

L'art. 108 prevede poi il monitoraggio ad opera della Commissione, unitamente agli stati membri, del regime degli aiuti esistenti. Si tratta di aiuti che non rientrano nella categoria di quelli esclusi dall'obbligo di notifica preventiva alla Commissione o che sono stati ritenuti erroneamente esenti da uno stato membro. Se la Commissione ritiene che una certa misura possa costituire aiuto incompatibile, può intimare agli stati interessati di presentare le loro osservazioni, e qualora venga constatato che l'aiuto concesso da uno Stato o mediante fondi statali non è compatibile con il mercato interno a norma dell'art. 107, oppure che tale aiuto è stato attuato in modo abusivo, la Commissione decide che lo stato interessato deve sopprimerlo o modificarlo nel termine da essa fissato.

In caso di mancato adempimento, può essere adita la Corte di Giustizia CE da parte della Commissione o di qualsiasi altro stato interessato.

---

[192] Si tratta di regioni con un livello di vita anormalmente basso o con una grave forma di sottoccupazione (art. 107, par. 3°), o non meglio identificate "ragioni economiche". Sono regioni con un PIL inferiore al 75% rispetto alla media dell'Unione. In Italia le regioni interessate sono Campania, Calabria, Puglia, Basilicata e Sicilia (C.E. Baldi, *op. cit*., 211). Vi sono poi ulteriori aree territoriali individuate dalla Carta Italiana degli aiuti di Stato a finalità regionale 2014 – 2020, stabilita con decisione del 19 settembre 2014 della Commissione.

[193] Tutte queste categorie di aiuti sono oggi inglobate nel Regolamento generale di esenzione insieme ad altre categorie di aiuti. Così Libertini, *op. cit*., 573.

[194] È irrilevante la forma giuridica dell'aiuto "*Ciò che rileva è l'effetto economico della misura*": M. Libertini, *op. cit*., 577. Così anche C. Fontana, *Gli aiuti di stato di natura fiscale*, *Giappichelli*, 2012, 43; M. Tiraboschi, *op. cit*., 77.

Le deroghe a questo regime devono essere decise all'unanimità dal Consiglio su richiesta di uno stato membro, quando circostanze eccezionali giustifichino questa decisione.

La norma si occupa poi dell'istruttoria avviata dalla Commissione.

Le procedure per l'applicazione dell'art. 108 sono stabilite nel Regolamento CE n. 659 del 1999 e successive modifiche.

Qualora una misura sia ritenuta aiuto di Stato ai sensi dell'art. 107 del TFUE, sussiste l'obbligo per lo Stato (o gli Enti statali che hanno proceduto al riconoscimento del beneficio) di agire per ottenere la restituzione del beneficio usufruito dalla singola impresa. Il recupero degli aiuti è disciplinato dal Regolamento CE 659/1999, modificato dal Regolamento 734/2013 (GUUEL 204 del 31/7/2013, pag. 15 ss) e, a livello nazionale, dal D.Lgs del 31/3/1998 n. 123.

Ai fini del recupero non ha alcun rilievo l'affidamento del beneficiario[195], e l'unica eccezione è data dall'impossibilità assoluta di procedere al recupero[196].

2.2. L'origine statale degli aiuti.

L'art. 107 TFUE fa riferimento ad aiuti concessi dagli stati o attraverso risorse pubbliche.

Una questione che si è posta sin dagli anni settanta è quella relativa alla necessità che sussista un onere finanziario in capo allo Stato, o se viceversa si rientri nella nozione di aiuto ogni qualvolta un vantaggio a favore di talune imprese trova origine in una determinazione statale, indipendentemente da un finanziamento mediante risorse pubbliche.

La problematica si va ad intrecciare con quella relativa agli aiuti non concessi direttamente o indirettamente dallo Stato, ma con fondi pubblici.

In primo luogo il riferimento allo "Stato" va riportato anche ad aziende pubbliche nel momento in cui non operano "a condizione di mercato"[197]. In merito, ed in funzione anti elusiva, la Commissione Europea nella sua comunicazione sugli aiuti di Stato del 2016 (262/01)[198], ha precisato che *"… l'imputabilità allo Stato di un provvedimento di aiuto adottato da un'impresa pubblica, può essere dedotta da un insieme di indizi risultanti dalle circostanze del caso di specie e dal contesto nel quale il provvedimento è stato adottato*".

---

[195] Corte Giust. 13 novembre 2008 in causa C-214/07, Commissione UE contro Repubblica Francese; Corte Giust. 20 settembre 2007, in C-177/07, Commissione UE contro Spagna. Sul tema v. C.E. Baldi, *op. cit*., 58 ss in part. 59.

[196] Corte Giust. 17 giugno 1999 in causa C-75/97 Regno Unito del Belgio contro Commissione UE (Maribel I), Rac. 1999, pag. I–3671, punto 86; Corte Giust. 13 novembre 2008 in causa C-214/07, *cit*., punti 13, 22 e 48. Nel diritto interno v. Cass. 30 giugno 2016 n. 13458, sul tema del recupero di sgravi contributivi collegati a calamità naturali non notificati alla Commissione e quindi considerati aiuti di Stato dalla Commissione stessa, che aveva escluso dall'obbligo del recupero gli aiuti concessi dieci anni prima, essendo trascorso il termine per la conservazione delle scritture contabili ed amministrative. Si tratta di una ipotesi di assoluta impossibilità del recupero (Decisione Commissione Europea 14 agosto 2015 pubblicata in G.U.U.E. del 18 febbraio 2016).

[197] C.E. Baldi, *op. cit*., 18.

[198] Comunicazione della Commissione sulla nozione di aiuti di Stato di cui all'art. 107, paragrafo 1, del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea, paragrafo 3 (origine statale), punto 42.

Sono considerate pubbliche tutte le risorse che provengono dal settore pubblico, comprese le risorse di enti infrastatali (decentrati, federati, regionali od altri)[199] e, in determinate circostanze, le risorse degli enti privati[200].

Le risorse private assumono rilevanza quando siano sotto controllo pubblico anche se non di proprietà della pubblica autorità[201]. Così può trattarsi di risorse private gestite e ripartite conformemente a disposizioni di diritto pubblico, al di là del fatto che siano in parte finanziate con contributi privati.

Ciò che rileva è "*il livello dell'intervento dell'autorità pubblica nella definizione della misura e del suo metodo di finanziamento*"[202].

Anche le risorse delle imprese pubbliche rientrano nella nozione, quando l'utilizzazione sia disciplinata da regole poste dall'autorità pubblica[203].

In secondo luogo ci si può chiedere se sia necessario sempre un finanziamento pubblico (con risorse statali nel senso sopra indicato), perché sia configurabile un aiuto di Stato, o viceversa se sia sufficiente che una misura arrechi vantaggi selettivi pur senza implicare un esborso statale. Com'è stato rilevato, "*includere … anche gli interventi pubblici che non comportano oneri finanziari diretti od indiretti, per lo Stato, significa non solo allargare in modo sensibile il campo di applicazione naturale sulla disciplina degli aiuti di Stato, ma soprattutto consentire un penetrante controllo delle istituzioni comunitarie – e segnatamente della Commissione – su taluni aspetti della politica economica e sociale che caratterizzano in modo determinante la sovranità nazionale dei singoli stati membri*" [204].

Si tratta pertanto di una problematica centrale che, a seconda della scelta, può comportare una pesante ingerenza nelle politiche del lavoro dei singoli stati.

Sul tema la Corte di Giustizia ha avuto alcune oscillazioni nel corso degli anni ottanta, con un certo assestamento negli anni di fine secolo scorso, per giungere poi ad un orientamento più stabile.

Nel caso *Van Tiggele*[205] la Corte doveva valutare se costituivano aiuti di Stato provvedimenti di fissazione di prezzi minimi per la vendita al dettaglio di bevande alcoliche, e la Corte lo esclude.

In particolare si legge nella sentenza che "*qualunque sia la definizione che va data alla nozione di aiuto… dal testo stesso… risulta che un provvedimento caratterizzato dalla fissazione di prezzi minimi al dettaglio, allo scopo di favorire i distributori di un prodotto e a carico esclusivo dei consumatori, non può costituire aiuto…*". Secondo la Corte i benefici *"che un simile vantaggio nel processo formativo dei prezzi comporta per i distributori del prodotto considerato, non sono concessi*

---

[199] Nel concetto di Stato sono comprese le diverse articolazioni territoriali in cui si scompone l'apparato statale, v. M. Tiraboschi, *op. cit*., 79.

[200] Comunicazione della Commissione Europea 2016/C 262/01.

[201] Comunicazione della Commissione Europea 2016/C 262/01, punto 57; sul tema A. Biondi, *Some reflections on the notion of "state resources"*, in *European Community State Aid Law, Fordham International Law Journal*, 2006, 1426 ss.

[202] Comunicazione della Commissione Europea 2016/C 262/01, punto 58.

[203] Così C.E. Baldi, *op. cit*., 19.

[204] M. Tiraboschi, *Incentivi alla occupazione…, cit.*, 82.

[205] Sentenza 24 gennaio 1978 in causa C-82/77.

né direttamente, né indirettamente mediante risorse statali…".

Nel procedimento *Commissione contro Francia* (*Credit Agricole*)[206], la Corte viceversa qualificò come aiuto un provvedimento di sostegno, denominato assegno di solidarietà, per gli agricoltori francesi più disagiati.

Il finanziamento veniva concesso da una banca (*Caisse Nationale de Crédit Agricole*) in seguito ad approvazione delle pubbliche autorità. L'approvazione aveva l'effetto di imputare la concessione allo Stato francese, attraverso il concetto di risorse pubbliche.

Siamo pertanto in presenza di una interpretazione allargata del finanziamento con risorse pubbliche, che sembra contraddire l'impostazione più restrittiva del caso *Van Tiggele*.

Nel caso *Van der Kooy*[207], sentenza emessa tre anni dopo, la Corte qualificò aiuto di Stato il provvedimento del Ministero degli Affari Economici Olandese di approvazione di tariffe applicate dalla società erogatrice dell'energia (di cui lo Stato olandese deteneva il 50% delle azioni).

La Corte, in questa occasione, escluse la rilevanza del finanziamento pubblico come elemento necessario perché si abbia un aiuto di Stato, confermando l'interpretazione allargata dell'art 107.

Successivamente la Corte di Giustizia abbandonò questa impostazione molto rigorosa, che si traduceva in un allargamento della nozione di aiuto di Stato.

Così nel caso *Sloman Neptum*[208], la Corte si occupò di una legge tedesca che istituiva un registro supplementare di immatricolazione delle navi di bandiera tedesca, con possibilità delle navi iscritte in questo registro di applicare ai membri stranieri dell'equipaggio condizioni retributive e previdenziali deteriori rispetto ai marinai tedeschi, con conseguenti riduzioni contributive.

In questo caso, nonostante l'evidente alterazione della concorrenza, la Corte negò l'esistenza di un aiuto, essendo assente un finanziamento statale.

Nella stessa prospettiva si pose la sentenza *PetraKirsammer-Hack*[209], rispetto ad una legge tedesca che prevedeva l'esclusione delle piccole imprese da un regime di tutela dei lavoratori contro il licenziamento illegittimo. In particolare, le piccole imprese erano esentate dall'obbligo di versare indennità previste in caso di licenziamento socialmente ingiustificato e dall'obbligo di rifondere le spese delle controversie relative al licenziamento dei lavoratori. Pur essendo presente un vantaggio, non vi era neanche in questo caso finanziamento tramite risorse statali.

Questa impostazione venne confermata nel caso *Viscido*[210], relativo alla disposizione di legge che esentava l'ente Poste dalla regolamentazione generale in materia di contratti a tempo determinato, ma che non implicava alcun onere finanziario da parte dello Stato[211].

---

[206] Sentenza 30 gennaio1985 causa C-290/83.

[207] Corte Giust. CE 2 febbraio 1988, *Van del Kooy* e A. c. Commissione, cause riunite C. 67/85, 68/85, 70/85.

[208] Sentenza 17 marzo 1993 in cause riunite C-72-73/91.

[209] Corte Giust. CE 30 novembre 1993 *PetraKirsammer-Hack*, in causa C. 189/91.

[210] Sentenza 7 maggio 1998 in cause riunite da C 52/97 a C 54/97.

[211] La rimozione o attenuazione di vincoli normativi apparentemente non sembrerebbe costituire un trasferimento di risorse da parte dello Stato, anche se da un punto di vista strettamente economico si può affermare il contrario. Così L. Rubini, *The "elusive frontier": regulation under EC state aid Law*, in *European State Aid Law Quarterly*, 2009, 277 ss.

Fu in questo periodo, anche a fronte di critiche alle pronunzie sopra ricordate, che venne messa a fuoco la selettività come criterio capace di portare a distinguere tra misura di carattere generale ed aiuto di Stato che favorisce una singola industria.

Abbiamo pertanto per un verso la tendenza a preservare le aree di competenza nazionale, evitando che la disciplina sugli aiuti di Stato diventasse strumento di controllo delle politiche sociali nazionali, e per altro verso la necessità di bloccare manovre elusive dei principi di concorrenza.

La selettività divenne così lo strumento per trovare un adeguato bilanciamento.

Le politiche nazionali, di regola, non avrebbero dovuto avvantaggiare singole imprese rispetto ad altre. Si tratta peraltro di un principio che si affermò progressivamente e che non fu considerato violato nel caso *Viscido* solo perché non vi era impiego di risorse pubbliche, nonostante l'evidente selettività della misura sul contratto a termine.

Si può evidenziare che, in questa prospettiva, al punto 56 della Comunicazione della Commissione sulla nozione di aiuto di Stato 2016/C 262/01, si legge "*l'effetto negativo indiretto sulle entrate dello Stato derivante da misure di regolamentazione non costituisce trasferimento di risorse statali se è una caratteristica inerente alla misura. Per esempio, una deroga alle norme di diritto del lavoro che modifica il quadro per le relazioni contrattuali tra le imprese e i dipendenti, non costituisce un trasferimento di risorse statali, nonostante il fatto che ciò possa comportare una perdita di contributi previdenziali o di gettito tributario per lo Stato…*".

Tuttavia, a mio avviso, la posizione della Commissione non è del tutto chiara, dal momento che al punto 51 della stessa comunicazione si afferma che per il trasferimento di risorse statali *"… Non è necessario che avvenga un trasferimento positivo di fondi, è sufficiente una rinuncia a delle entrate statali. La rinuncia a risorse che, altrimenti, avrebbero dovuto essere versate al bilancio dello Stato costituisce un trasferimento di risorse statali. Ad esempio il venir meno di entrate fiscali o contributive dovuto a riduzioni o esenzioni concesse dallo Stato membro oppure a esenzioni da ammende o altre sanzioni pecuniarie risponde al criterio delle risorse statali di cui all'articolo 107, paragrafo 1 del Trattato".*

Stando alla lettera di quest'ultima affermazione, le esenzioni contributive potrebbero essere considerate aiuti di Stato, anche se così non è. Ciò conferma come il criterio determinante non sia quello delle "risorse statali", ma quello della selettività; provvedimenti di decontribuzione non costituiscono aiuti di Stato se non sono selettivi.

2.3. L'identificazione del beneficiario, il vantaggio e la nozione di selettività.

Il criterio della selettività è fondamentale per distinguere aiuti di Stato da interventi generali di politica economica e sociale adottati al di fuori della disciplina degli aiuti di Stato e che spesso si concretizzano in incentivi all'assunzione[212].

A tal fine è opportuno preliminarmente mettere a fuoco il concetto di operatore economico beneficiario, che è collegato ad una nozione allargata di impresa "… *che abbraccia qualsiasi entità*

[212] Sul tema v. M. Tiraboschi, *Incentivi alla occupazione…, cit.*, 240; F. De Cecco, *Politiche sociali e divieti di aiuti di Stato*, in *Solidarietà mercato e concorrenza nel welfare italiano. Profili di diritto interno e comunitario*, S. Sciarra (a cura di), *Il Mulino*, 2007, 90 ss.; L. Tebano, *op. cit.*, 55 ss.

che esercita un'attività economica, a prescindere dallo status giuridico di detta entità e dalle sue modalità di finanziamento"[213].

Il vantaggio è un beneficio economico che un'impresa non potrebbe ricevere in condizioni normali di mercato, ossia in assenza di intervento dello Stato[214].

La selettività è relativa a misure dirette a promuovere la competitività di singoli operatori economici, mentre le misure generali sono rivolte alla generalità e al sistema nel suo complesso[215].

La selettività è valutata tenendo presenti gli effetti della misura, a prescindere da volontà e motivazioni[216], con vari profili di selettività, materiale (di diritto o di fatto) e regionale[217].

Tuttavia è stato evidenziato[218] come sul piano applicativo le distinzioni non sono così semplici.

Talvolta misure apparentemente generali sono state considerate selettive.

Così in un caso relativo ad un intervento legislativo diretto a ridurre gli oneri assicurativi, in misura differenziata tra uomini e donne, che è stato ritenuto selettivo in quanto in grado di avvantaggiare imprese in cui vi fosse un numero superiore di dipendenti di sesso femminile.

I regolamenti generali di esenzione hanno contribuito ad una maggiore puntualizzazione dello stesso criterio di selettività.

Sussiste violazione del criterio quando la disparità di trattamento che comporta non appare ragionevolmente giustificata, con verifica di coerenza rispetto al contesto generale in cui si inserisce[219].

Così a fronte di un provvedimento di apparente carattere generale deve essere individuato in primo luogo il sistema di riferimento, quindi bisogna verificare se la misura costituisce deroga a

---

[213] Corte Giust. 23 aprile 1991, *Höfner e Elser c. Macroton Gmbh*, e Corte Giust. 11 novembre 1997, in C 55/96 (*Job Centre*). Così anche punto 7, Comunicazione della Commissione Europea 2016/C 262/01. Per ulteriori riferimento v. M. Tiraboschi, *op. cit*., 93 e nota n. 134 e C.E. Baldi, *op. cit*. 24 e ss., che osserva come non rientrino nella nozione di impresa attività di enti pubblici *"… in vista di finalità e secondo modalità non imprenditoriali*".

[214] Sui vari profili della nozione di vantaggio, v. Comunicazione della Commissione Europea 2016/C 262/01 par. 66 ss., nonché 73 ss., sul connesso criterio dell'operatore in una economia di mercato e relativi principi.

[215] Comunicazione della Commissione Europea 2016/C 262/01 punto 117, che fa riferimento a determinate imprese o categorie di imprese o a determinati settori economici. In materia di occupazione, secondo R. Vuillermoz, *Gli interventi per l'occupazione nella disciplina comunitaria in materia di aiuti di Stato*, in *Dir. Comunit. Scambi Internaz*., 2000, 343 ss., in part. 353, si può affermare che *"…il sistema generale di riferimento sia costituito dagli oneri sociali o dalle altre componenti che vanno a formare il totale del costo del lavoro*" e, precisamente "*dalle norme nazionali che disciplinano tali materie*".

[216] C.E. Baldi, *op. cit*., 24.

[217] Le varie articolazioni di selettività materiale, di diritto o di fatto, e regionale sono descritte dai punti da 117 a 155 della Comunicazione della Commissione Europea 2016/C 262/01. In estrema sintesi è materiale la selettività di una misura che si applichi solo a determinate imprese o gruppi o settori dell'economia di uno stato membro (punto 120). La selettività materiale è giuridica se discende direttamente dai criteri giuridici previsti per la concessione del beneficio, e viceversa è "di fatto" se è il risultato di condizionamenti imposti dagli Stati membri che impediscono ad alcune imprese di beneficiare della misura (punto 122). Viceversa è regionale quando la misura si applica a parti dello stato membro (punto 142). Tuttavia *"…. il sistema di riferimento non deve essere necessariamente definito in relazione all'intero Stato membro. Ne consegue che non tutte le misure che si applicano solo a talune parti del territorio di uno Stato membro sono automaticamente selettive*" (così punto 142). Sulla nozione di selettività v. A. Cuoco-G. Martinico, *Il requisito della selettività degli aiuti di Stato in una recente sentenza della Corte di Giustizia,* in *Riv. Dir. pubb. comunitario*, 2017, 217, a commento di Corte Giust. 21 dicembre 2016, Autogrill Espana c. Commissione, in C 20/15 e 21/15.

[218] L. Tebano, *op. cit*., 56.

[219] Così L. Tebano, *op. cit*., 57. V. anche G.M. Roberti, *Gli aiuti di Stato nel diritto comunitario*, *CEDAM*, 1998, 192 ss.

tale sistema, distinguendo tra operatori economici che, rispetto agli obiettivi intrinseci del sistema, si trovano in una situazione di fatto e diritto analoga.

Se all'esito viene ritenuta esistente una deroga, occorre verificare se non possa essere giustificata dalla natura e dalla struttura generale del sistema di cui trattasi[220].

Si tratta di un giudizio di natura complessa, considerando il fatto che in alcuni casi occorre anche valutare se i confini del sistema di riferimento sono stati concepiti in modo coerente, per non creare favori verso talune imprese[221].

Alla selettività si collega un criterio di anormalità in base al quale può rinvenirsi un aiuto di Stato anche qualora i provvedimenti siano applicabili a tutte le imprese ma le autorità preposte godano di facoltà discrezionali sulla loro concessione.

In un caso[222], la Commissione ha qualificato come aiuti di Stato quelli adottati dalle autorità regionali della Catalogna, in quanto "*anche se gli incentivi sono a disposizione di qualsiasi impresa senza discriminazione, sono limitati al territorio di una sola regione di uno stato membro*".

Nel caso *Fonds National de l'Emploi* (FNE), vi era la possibilità di una incentivazione economica per la copertura dei costi per esubero e riconversione del personale in seguito ad una ristrutturazione, subordinata alla conclusione di una convenzione tra l'impresa e l'ente.

La Commissione ha accertato che non si trattava di misure settoriali o regionali, ma non potevano neppure essere considerate generali proprio per la discrezionalità dell'ente nell'accettare o negare la conclusione della convenzione[223].

Viceversa nel caso di una legge belga (*Loi en vue de la promotion de l'emploi*), che prevedeva una riduzione di contributi previdenziali, si è ritenuto che una parte delle misure costituissero provvedimenti di carattere generale, in quanto applicabili sull'intero territorio nazionale e privi di discrezionalità.

Così in caso di una legge spagnola con analoghi provvedimenti di decontribuzione[224].

In riferimento all'esperienza legislativa italiana vennero ritenuti aiuti di Stato i contratti di riallineamento retributivo, che prevedevano benefici fiscali e contributivi a vantaggio di imprese operanti in aree svantaggiate, che si fossero impegnate ad applicare un programma di graduale allineamento delle retribuzioni applicate a quelle previste dalla contrattazione collettiva nazionale.

Secondo la Commissione si trattava di misura selettiva sia perché limitata a regioni (che allora non godevano di particolari regimi favorevoli), sia perché mancava l'automatismo, in quanto la

---

[220] Comunicazione della Commissione Europea 2016/C 261/01, punto 128.

[221] Comunicazione della Commissione Europea 2016/C 261/01 punto 129.

[222] Aiuto di Stato n. 520/98 Catalogna Spagna.

[223] La Corte di Giustizia, con la sentenza 26 settembre 1996, in Causa C 241/94 ha ribadito che la discrezionalità è incompatibile con la generalità della misura.

[224] V. decisione della Commissione 5 giugno 2009, C (2009) 4498.

conclusione di contratti di riallineamento veniva subordinata alla stipulazione di accordi preliminari con le organizzazioni sindacali[225].

A sua volta il Parlamento Europeo, per superare l'impasse, con una risoluzione dell'ottobre 2008 ha riconosciuto l'opportunità di studiare e valutare la possibilità di concedere aiuti di Stato esenti da notifica, per far emergere il lavoro sommerso, ampliando l'espressione "creazione di posti di lavoro" intesa come "creazione di un posto di lavoro regolare". I Regolamenti del 2008 e del 2014 (su cui v. infra) non vi hanno dato seguito con una disposizione di carattere generale.

Tuttavia un'apertura vi è stata, dal momento che tra i lavoratori svantaggiati viene inserito chi non ha un lavoro "regolarmente retribuito da almeno sei mesi" (art. 2 lettera a. Regolamento 651/2014)[226].

2.4. Alcuni rilievi sulle modalità di valutazione della selettività.

Lo sforzo della Commissione verso una individuazione di criteri obiettivi e specifici per valutare la selettività è stato notevole.

Tuttavia mi sembra che la estrema articolazione del giudizio di selettività, regolamentato analiticamente in ben 38 punti della comunicazione del 2016 della Commissione, finisca col perdere di vista il punto di partenza, la tutela della concorrenza.

Il sistema si autoalimenta nella ricerca di regole coerenti che finiscono per mettere in secondo piano la verifica di una reale incidenza delle misure sulla concorrenza tra imprese.

Così, nell'ambito del sistema contributivo, una previsione che escludesse dal relativo obbligo per un certo periodo le imprese che assumono a tempo indeterminato personale fino a 35 anni, introdurrebbe un elemento di incoerenza. In particolare, rispetto all'obbligo contributivo, le imprese si trovano nella stessa situazione di diritto, ma la misura introdurrebbe carichi diversi a seconda che assumano dipendenti al di sotto o al di sopra di una certa età.

La deroga potrebbe essere giustificata dall'esigenza di favorire l'occupazione giovanile, ma in quel caso dovrebbero essere rispettati i criteri europei di identificazione del "giovane", che indicano una soglia massima di 29 anni.[227]

La misura potrebbe pertanto essere considerata incompatibile.

Tuttavia se è vero che si registrerebbe una incoerenza rispetto al sistema, non mi sembra che tale incoerenza andrebbe ad incidere sulla libertà di concorrenza.

Perché ciò accada si dovrebbe sostenere che la misura potrebbe arrecare un vantaggio a imprese che mediamente occupino personale di età inferiore ai 35 anni.

---

[225] Decisione della Commissione del 3 marzo 1999 relativa al regime di aiuti di Stato n. 545/98, comunicata alle autorità italiane con lettera dell'8 aprile 99 e decisione della Commissione del 4 ottobre 2000 relativa al regime di aiuto di Stato n. 236/a/2000, comunicata alle autorità italiane con lettera del 17 ottobre 2000. Sull'assenza di automatismo come sintomo di selettività, v. decisione Commissione 13 novembre 2001 C (2001) 3455.

[226] L'espressione *"has not been in regular paid employment"* inserita nel Regolamento 651/14, ha suscitato dubbi interpretativi nel Governo italiano, sul significato che può assumere nel nostro ordinamento, in quanto potrebbe essere riferita al lavoro irregolare (e quindi sommerso), ma anche al lavoro occasionale che non è pagato in modo "regolare" rispetto alle forme ordinarie. Sul punto v. L. Tebano, *State aid for employment after the New General Block Exemption Regulation*, *Eur. St. Aid L.Q.*, 2015, 241 ss, in part. 244.

[227] Corte Giustizia CE, Sez. VI, 7 marzo 2001 in C-310/99.

È molto difficile riconoscere l'esistenza di una categoria di imprese che abbia strutturalmente tale caratteristica, per cui la misura ipotizzata sembra riverberarsi in modo generalizzato sul sistema imprese.

Viceversa, potrebbe ravvisarsi una alterazione della concorrenza nel caso di una misura che favorisse solo personale femminile, perché esistono certamente imprese che occupano prevalentemente tale personale e ne sarebbero avvantaggiate.

Se è così un incentivo, attraverso decontribuzione, che abbia la sua soglia a 35 anni non altera la libera concorrenza, ma si pone solo in disarmonia rispetto alle indicazioni dell'Unione sulla definizione di giovane.[228]

Se la misura non viene considerata accettabile è solo perché incoerente con il sistema di esenzione, con una forzatura perché è la coerenza del sistema normativo europeo (autoreferenziale) che in questo caso viene tutelata, e non la concorrenza, come dovrebbe essere.

3. Il percorso verso i regolamenti di esenzione. L'elaborazione della Commissione e le decisioni della Corte di Giustizia. Il caso del contratto di formazione e lavoro.

3.1. Il ruolo Commissione.

Il bilanciamento tra misure di politica generale e disciplina degli aiuti di Stato ha richiesto una costante opera di affinamento delle stesse nozioni di aiuto di Stato e di incentivi ammissibili, che è passata attraverso l'elaborazione della Corte di Giustizia e le prese di posizione della Commissione (c.d. *soft law*), per giungere poi alla creazione di veri e propri regolamenti (c.d. *hard law*)[229].

Si può affermare che già dalla metà degli anni settanta[230], quando per la prima volta nel rapporto annuale della Commissione Europea in materia di aiuti di Stato si è fatto riferimento agli incentivi all'occupazione, l'interferenza tra i due istituti ha costituito una costante che di fatto ha in qualche modo condizionato lo sviluppo del diritto del lavoro in materia di politiche occupazionali.

L'originario approccio della Commissione era di considerare gli incentivi all'occupazione accettabili se su base temporanea e congiunturale[231].

---

[228] Come vedremo (*infra* par. 10) il Governo Gentiloni con la legge di bilancio 2018 del 27.12.2017 n. 205 ha introdotto una riduzione contributiva del 50% (che non riguarda il premio Inail) per 36 mesi degli oneri previdenziali in caso di assunzione dal 1 gennaio 2018 di giovani con meno di 35 anni di età. E' previsto un tetto massimo di 3.000 euro annui e devono trattarsi di contratti a tempo indeterminato a tutele crescenti. La disciplina sarà esaminata specificamente nel paragrafo 10.

[229] Sul tema v. M. Cini, *From soft law to hard law? Discretion and rule-making in the Commission's State Aid Regime*, in *EUI Working Papers RSC* n. 2000/35, 4 ss., che rileva la difficoltà nella identificazione di un concetto stesso di soft law. Per una approfondita trattazione della problematica, v. L. Tebano, *Sostegno all'occupazione…, cit*., 65 ss.

[230] Rapporto della Commissione sugli aiuti di Stato 1976. Si sviluppa così sempre di più il ruolo di supplenza degli interventi di soft law della Commissione, a fronte dell'inerzia del Consiglio. Sul tema v. L. Tebano, *Sostegno all'occupazione…, cit*., 69, e M. Orlandi, *Gli aiuti di Stato nel diritto comunitario*, *ESI*, 1995, 74.

[231] In merito v. M. Tiraboschi, *Incentivi alla occupazione…, cit.*, 56. Sul ruolo originario della Commissione in materia di qualificazione degli aiuti, v. E. Moavero Milanesi, *Diritto della concorrenza dell'Unione Europea*, *ES*, 2004, 154 e 183 ss.. Le comunicazioni della Commissione per un verso costituiscono precedente per le decisioni successive, e per altro verso spesso sono punti di riferimento per le decisioni della Corte di Giustizia con una "*…feconda interazione tra le due istituzioni che si influenzano l'un l'altro",* così L. Tebano, *Sostegno all'occupazione…, cit*., 73.

Nel corso degli anni 70-80, a partire dalla prima crisi petrolifera conseguente alla guerra arabo-israeliana del 1973, la Commissione, nella VII Relazione sulla Politica della Concorrenza del 1977 per la prima volta evidenzia come interventi normativi sui licenziamenti economici per esubero del personale e il potenziamento dei sussidi di disoccupazione avessero "*posto l'accento sugli aiuti a favore della creazione, e più eccezionalmente, anche al mantenimento di posti di lavoro*"[232].

Venne altresì evidenziato come queste misure fossero poste a beneficio sia più in generale di tutti coloro che erano alla ricerca di un posto di lavoro, sia di talune categorie più deboli (giovani, disoccupati di lungo corso, disabili, anziani)[233].

Proprio in quel periodo si cominciò ad evidenziare la distinzione tra incentivi alla creazione di nuovi posti di lavoro, rispetto a cui l'atteggiamento della Commissione era senz'altro più benevolo, e conservazione dei posti di lavoro esistenti, che a parere della Commissione implicavano maggiori rischi di trasferimento di disoccupazione e di difficoltà industriali da uno stato membro all'altro.

Una particolare attenzione veniva altresì riservata alle piccole e medie imprese.

Sulla base di questa esperienza negli anni novanta vennero elaborati gli Orientamenti in Materia di Aiuti all'Occupazione[234].

Sino alla fine del secolo scorso, ogni misura che potesse essere considerata aiuto di Stato era sottoposta all'obbligo di preventiva comunicazione alla Commissione, che ne avrebbe valutato la compatibilità con il diritto eurounitario della concorrenza.

In questo periodo vi era pertanto una tendenza a considerare gli incentivi all'assunzione come aiuti di Stato più che espressione di politiche di carattere generale.

3.2. Il caso del contratto di formazione e lavoro.

Si registrò un forte contenzioso tra l'Italia e la Commissione, che sfocerà nella sentenza della Corte di Giustizia del 7 marzo 2002 che dichiarò la natura di aiuto di Stato incompatibile con il Trattato, di parte della disciplina del contratto di formazione e lavoro, obbligando l'Italia al recupero delle somme[235].

In quel giudizio, il Governo italiano contestava la decisione della Commissione di considerare in parte il contratto di formazione lavoro incompatibile con la disciplina di divieto degli aiuti di Stato, giungendo a parlare, addirittura, di uno sviamento di potere.

La Corte rilevò come il carattere sociale degli interventi statali non era sufficiente "per sottrarli "*ipso fatto alla qualifica di aiuti ai sensi dell'art. 87 CE*".

---

[232] VII Relazione sulla Politica di Concorrenza, conclusioni, 1977, punti 233 – 234.

[233] Sul tema v. M. Tiraboschi, *op. cit*., 138 ss.

[234] In GUCE C 334/4 del 12 dicembre 1995. V. anche l'ottavo censimento degli aiuti di Stato nell'Unione Europea, che riporta gli aiuti di Stato per occupazione e formazione nei periodi 1994 – 1996 e 1996 – 1998 in milioni di euro, da cui risulta che l'Italia nel periodo1994 -1996 era al secondo posto dopo la Svezia in aiuti diretti all'occupazione, consistenti incentivi di tipo economico, e nel biennio 1996 – 1998 passava nettamente al primo posto con 846 milioni di aiuti contro i 111 della Spagna collocata al secondo posto, e i 97 del Belgio collocato al terzo posto.

[235] Corte Giustizia CE, Sez. VI, 7 marzo 2001 in C-310/99, pubblicata in *RIDL*, 2002, II, con nota di M. Tiraboschi, *Aiuti di Stato e contratti di formazione e lavoro nella decisione della Corte di Giustizia del 7 marzo 2002: sentenza annunciata, risultato giusto*.

In quella occasione venne richiamata la costante giurisprudenza della Corte di Giustizia CE[236], secondo cui la nozione di aiuto ricomprende le agevolazioni concesse dalle autorità pubbliche che, sotto varie forme, alleviano gli oneri che normalmente gravano sul bilancio di un'impresa.

Pertanto, sempre secondo la Corte, "*uno sgravio parziale degli oneri sociali che gravano sulle imprese di un particolare settore industriale, costituisce un aiuto ai sensi dell'art. 87 n. 1 CE, se tale misura è diretta ad esentare parzialmente tali imprese dagli oneri pecuniari derivanti dalla normale applicazione del sistema generale di previdenza sociale*, *senza che questo esonero sia giustificato dalla natura o dalla struttura di tale sistema*".

Nella stessa sentenza la Corte ritenne che la nozione di "giovane" che può condurre a ritenere una misura come eccezione tesa a contrastare la disoccupazione giovanile, deve ricavarsi dal contesto europeo, e non da quello nazionale.

Lo Stato italiano osservava che nell'ambito sociale del Mezzogiorno fosse ragionevole allungare l'età sino a trentadue anni, ma la Corte ritenne che il parere della Commissione, secondo cui devono essere considerate giovani le persone sino a venticinque anni o, se in possesso di titoli universitari, sino a ventinove anni, appariva corretta, perché ricavata dal contesto europeo.

In quell'occasione la Commissione, con una decisione confermata dalla Corte di Giustizia, aveva precisato che vi può essere una valutazione favorevole "*agli aiuti per la trasformazione di posti di lavoro a tempo determinato in posti di lavoro a tempo indeterminato, se questi implicano "la creazione netta di posti di lavoro stabili che non esistevano in precedenza*"".

Questa condizione non era integrata dall'art. 15 della Legge 196/1997, dal momento che la trasformazione di contratti di formazione lavoro a tempo determinato in contratti a tempo indeterminato non creava posti supplementari, in quanto i posti stessi erano già stati creati, pur non avendo carattere stabile.

Ed ancora, secondo la Corte, gli aiuti previsti nell'ambito del contratto di formazione, non si limitavano alle regioni che potevano fruire di detta deroga e non erano decrescenti né limitati nel tempo, come richiesto dalla Commissione per giustificare gli aiuti specifici regionali.

Tuttavia la Corte (in sintonia con la decisione della Commissione), considerò ammissibili parte degli incentivi. In particolare qualificò come misure generali la riduzione del 25% degli oneri sociali e previdenziali applicabili a tutte le imprese, mentre considerò aiuti di Stato gli incentivi consistenti in una riduzione del 40% degli oneri previdenziali e assistenziali per le imprese del settore turistico commerciale con meno di quindici dipendenti operanti al di fuori del Mezzogiorno, e l'esenzione totale prevista per le imprese artigianali e per quelle allocate in regioni con un tasso di disoccupazione superiore alla media nazionale.

In quel caso il criterio della selettività della misura assunse rilevanza decisiva.

Un altro passaggio estremamente significativo della sentenza, anche ai fini degli sviluppi successivi che porteranno ad una più puntuale regolamentazione del fenomeno, è quello relativo al sesto motivo di impugnazione. Secondo il Governo italiano gli aiuti collegati al contratto di formazione e lavoro avevano come unico obiettivo di favorire l'occupazione, che è un obiettivo generale della comunità, così come il mantenimento di un regime di libera concorrenza.

---

[236] Corte Giustizia CE 5 ottobre 1999, causa C-251/97 Francia/Commissione, racc. p. I-6639 punti 35-37.

Secondo la Corte le misure in realtà andavano ad incidere sugli scambi interni, e quindi sulla concorrenza, tenendo presente anche che, perché sia tenuta in considerazione tale circostanza, "*non è necessario che l'impresa beneficiaria dell'aiuto partecipi direttamente alle esportazioni". Infatti, quando uno stato membro concede un aiuto ad un'impresa, la produzione interna può risultare invariata o aumentare, con la conseguenza che la possibilità delle imprese con sede in altri stati membri di esportare i loro prodotti nel mercato di questo stato membro ne sono diminuite*"[237].

E quindi la modestia dell'aiuto o delle dimensioni dell'impresa beneficiaria non escludono a priori l'eventualità che gli scambi tra gli stati membri ne siano interessati.

Nel disporre l'obbligo di rimborso degli aiuti collegati ai contratti di formazione, la Corte precisò che il carattere sociale degli interventi, collegati al diritto del lavoro, *"… non basta a togliere loro immediatamente la qualifica di aiuti; neanche l'argomento secondo cui si tratta di un "meccanismo del diritto del lavoro" costituisce una circostanza eccezionale idonea a giustificare una assenza di rimborso*"[238].

Recentemente la Cassazione, sempre in ordine al recupero dei benefici collegati al contratto di formazione e lavoro, ha precisato che spetta al datore di lavoro l'onere di provare di aver ricevuto legittimamente i benefici e che il recupero deve avvenire nel termine di prescrizione decennale decorrente dalla notifica alla Repubblica Italiana della decisione della Commissione Europea sul recupero[239]. Nella stessa ordinanza la Corte di Cassazione ha precisato che, in caso di superamento della soglia "*de minimis*", "*riacquista vigore in pieno la disciplina del divieto che involge l'intera somma, la quale deve necessariamente essere recuperata e non solo per la parte che eccede la soglia di tolleranza*".

L'Italia è stata condannata più volte per inadempimento all'obbligo di recupero dei benefici collegati al contratto di formazione e lavoro, in particolare con sentenza 6 ottobre 2011 in C 302/09 (Commissione/Italia) e con sentenza 17 settembre 2015 in C 367/14 (Commissione/Italia), con cui è stata altresì condannata a pagare una sanzione pari a 30 milioni di euro[240].

Nello stesso periodo sono stati respinti dal Tribunale dell'Unione Europea numerosi ricorsi di varie imprese contro la decisione della Commissione che aveva sancito l'obbligo di procedere al recupero.

Le indicazioni derivanti dalla sentenza della Corte di Giustizia sul contratto di formazione e lavoro hanno contribuito ad una progressiva messa a fuoco della problematica ed alla elaborazione dei successivi atti della Commissione Europea, fino a sfociare nel Regolamento di esenzione per gli aiuti di Stato all'occupazione, che ha costituito una vera svolta nel sistema di controllo degli aiuti statali, con un approccio che progressivamente è divenuto meno rigido.

---

[237] La Corte richiamò espressamente il suo precedente del 14 settembre 1994 nelle cause riunite da C 278/92 a C 280/92, Spagna/Commissione, racc., 1, 4103 punto 40.

[238] Punto 101 sentenza in oggetto.

[239] Cass. Ord. 26 luglio 2017 n. 18502.

[240] In Italia dal 1999 sono stati restituiti 2.113,1 milioni di Euro per aiuti non dovuti, con 10 richieste tuttora pendenti (nel 2018). Il nostro paese, in questa poco encomiabile classifica, si colloca al terzo posto dopo Germana e Francia (fonte L'Espresso n. 27, luglio 2018).

4. I regolamenti di esenzione emanati negli anni 2001 – 2002.

Con i regolamenti di esenzione emanati nel corso del 2001 e 2002 (strumenti di *hard law*)[241], viene modificato il precedente meccanismo di controllo sugli aiuti[242].

I regolamenti di esenzione vennero emessi sulla base del Regolamento di Abilitazione del Consiglio n. 994/98 (modificato con il Regolamento 733/2013 ed oggi sostituito, se pur in linea di continuità, dal Regolamento 2015/1588 del Consiglio del 13 luglio 2015), che aveva delegato la Commissione all'emissione dei regolamenti, tenendo presenti le indicazioni contenute nello stesso Regolamento.

Il Regolamento di Abilitazione aveva introdotto per la prima volta un principio di esenzione dall'obbligo di notifica preventiva alla Commissione di misure che potessero costituire aiuti di Stato.

Considerando che i provvedimenti notificati non potevano entrare in vigore prima dell'approvazione da parte della Commissione, ci si può rendere conto come con i regolamenti di esenzione una gran parte di aiuti all'occupazione potesse di fatto superare il filtro che aveva portato al provvedimento negativo della Commissione nel caso del contratto di formazione lavoro.

Tra gli aiuti suscettibili di esenzione vi sono una serie di aiuti orizzontali menzionati nel Regolamento 994/98 tra cui gli aiuti a favore delle piccole medie imprese, della ricerca e dello sviluppo, della tutela dell'ambiente, dell'occupazione e della formazione. Vi sono ricompresi altresì aiuti che rispettino la mappa approvata dalla Commissione per ciascuno stato membro relativa agli aiuti a finalità regionale.

La Commissione può in tutti questi casi adottare un controllo successivo.

L'esenzione avviene nonostante gli aiuti abbiano in astratto una capacità distorsiva della concorrenza, ma si tratta di alterazioni che vengono valutate come non contrarie all'interesse comune e costituiscono manifestazione di bilanciamento di interessi tra le ragioni economiche e gli obiettivi di politiche sociali, quali per l'appunto la promozione dell'occupazione.

Tra i quattro regolamenti di esenzione emessi in quel periodo, il Regolamento di esenzione sugli aiuti all'occupazione[243], dal punto di vista contenutistico, tiene conto dell'esperienza maturata in materia negli anni precedenti dalla Commissione.

È interessante notare come il punto 6 dei *considerande* iniziali contiene una distinzione ancor'oggi rilevante (seppur non così chiara) tra misure a favore dell'occupazione che sono riconducibili nell'alveo degli aiuti di Stato, e misure che ne sono escluse e sono pertanto adottabili liberamente dagli stati nazionali.

In particolare si legge che "*numerose misure a favore dell'occupazione non costituiscono aiuti di Stato ai sensi dell'articolo 87, paragrafo 1, poiché si tratta di aiuti a persone che non favoriscono determinate imprese o la produzione di determinati beni o poiché non incidono sugli scambi tra*

---

[241] Regolamento n. 68/2001 sugli aiuti alla formazione; Regolamento n. 69/2001 sugli aiuti de minimis; Regolamento n. 70/2001 sugli aiuti alle piccole e medie imprese; Regolamento n. 2204/2002 sugli aiuti a favore dell'occupazione.

[242] La svolta è sottolineata da A. Sinnaeve, *Block exemptions for state aid: more scope for state aid control by member states and competitors*, in *Com. mark. law rev*., 2001, 1479 ss.; evidenzia la continuità rispetto ai risultati interpretativi raggiunti dalla Commissione, V. Zuleger, *Block Exemption Regulation*, in *European State Aid Law*, edited by M. Heidenhain, Munchen – Oxford, 2010, 419 ss.

[243] Reg. 2204/2002.

gli stati membri o poichè si tratta di misure di carattere generale, volte a promuovere l'occupazione, che non falsano né minacciano di falsare la concorrenza favorendo determinate imprese o la produzione di determinati beni", ed ancora il Regolamento di esenzione sull'occupazione *"… lascia impregiudicate tali misure di carattere generale, che possono comprendere la riduzione generale degli oneri fiscali e dei contributi sociali gravanti sul lavoro, la promozione degli investimenti a favore dell'istruzione generale e della formazione, le misure destinate ad assicurare i servizi di orientamento e di consulenza o che sono finalizzate all'assistenza o alla formazione del disoccupati, nonché le misure destinate a migliorare il quadro generale della legislazione del lavoro"*.

Tra quelli che vengono ancora considerati aiuti, si possono ricordare gli aiuti per la creazione di posti di lavoro (art. 4), aiuti per l'assunzione di lavoratori svantaggiati o disabili (art. 5), aiuti volti a coprire i costi supplementari legati all'assunzione di lavoratori disabili (art. 6). Tuttavia non si tratta di misure che possono recare vantaggio a determinate categorie di imprese o produzioni e rientrare quindi nel concetto di selettività, per cui, a mio parere, potrebbero anche essere il frutto di politiche generali del lavoro, e come tali al di fuori della nozione di aiuto di Stato.

Nel definirli, il Regolamento richiede alcune condizioni.

Così in materia di aiuti per la creazione di posti di lavoro si richiede un incremento netto del numero di dipendenti e la conservazione dei posti di lavoro creati per un periodo minimo (tre anni e due anni nel caso di PMI).

Viceversa in presenza di aiuti per assumere lavoratori svantaggiati o disabili vi è una limitazione data dall'incidenza sulla percentuale dei costi salariali dell'azienda per l'anno successivo all'assunzione, ed è previsto un periodo minore di conservazione del rapporto (dodici mesi) e vi sono infine ulteriori condizioni collegate al rapporto tra costi aggiuntivi per permettere l'inserimento e aiuti.

Ove gli stati intendano ricorrere a misure che non rientrano nella tipologia dell'esenzione, dovranno far ricorso alla notifica preventiva[244].

Il grande vantaggio dell'appartenenza alle categorie sottoposte ad esenzione, è l'erogazione immediata degli aiuti, senza notifica e senza nulla osta della Commissione[245].

Vi è però la possibilità di un controllo successivo e, a tal fine, deve essere conservato un registro dettagliato dei regimi di aiuti esentati per un periodo di dieci anni. La mancata tenuta del registro comporta la valutazione da parte della Commissione, in quanto l'esenzione non ha rispettato

[244] Come è stato evidenziato da L. Tebano, *op. cit.*, 80, ciò può accadere quando si tratta di aiuti *"… diretti a promuovere l'assunzione di categorie di lavoratori ritenute dagli stati svantaggiate*", oppure aiuti per convertire contratti a tempo determinato in contratti a tempo indeterminato (e qui siamo su un tema di attualità) o ancora aiuti diretti a incentivare determinate forme di lavoro.
Con la decisione n. 330/2004 la Commissione ha ritenuto la compatibilità degli aiuti all'occupazione per migliorare le condizioni lavorative retributive nel settore della ristorazione. In quel caso lo Stato francese aveva concesso aiuti a quelle aziende di ristorazione che avessero corrisposto una retribuzione almeno pari al salario minimo legale, valutandolo come un aiuto che dava un contributo allo sviluppo della stessa attività di ristorazione. In motivazione viene evidenziato che la promozione dell'occupazione e il miglioramento delle condizioni di lavoro costituiscono obiettivi prioritari del trattato. La decisione della Commissione dell'1 dicembre 2004 n. 4336 è pubblicata in G.U.C.E. in C 97 del 21 aprile 2005 n. 3, confermata in sede di proroga dalla decisione del 12 dicembre 2005 n. 5475.
[245] Sottolinea la rilevanza del mutamento delle modalità di esercizio del controllo sugli aiuti di Stato N. Falcone, *I regolamenti di esenzione per categoria nel settore degli aiuti di Stato*, *Conc. Merc*., 2001, 355.

tutte le condizioni previste e, secondo alcuni, le conseguenze consisterebbero soltanto nell'inversione dell'onere della prova mentre, secondo altri, l'aiuto dovrebbe essere considerato automaticamente illegittimo[246].

5. Il SAAP e il SAM.

Successivamente all'introduzione dei regolamenti di esenzione, che riguardavano anche gli aiuti all'occupazione, nel giugno 2005 è stato preparato un piano di azione contrassegnato con la sigla SAAP (State Aid Action Plan), che ha visto il coinvolgimento dei singoli stati con la Commissione.

Il SAAP si proponeva tre assi strategici:

1) rafforzare il collegamento tra la politica degli aiuti e la strategia di Lisbona;

2) individuare priorità fondamentali sulle quali gli stati membri devono concentrare la loro attenzione e le relative risorse;

3) intervenire sulle norme procedurali al fine di accrescere la trasparenza e l'efficienza della sorveglianza.

È interessante come nel documento che costituisce il SAAP, la Commissione ribadisce la stretta interconnessione della politica degli aiuti di stato con molti obiettivi di comune interesse, quali l'occupazione, la coesione sociale e regionale, i servizi di interesse economico generale, al fine di attrarre investimenti, creare occupazione, accrescere conoscenze, potenziare l'innovazione per favorire la crescita economica e la creazione di posti di lavoro più numerosi e migliori.

Sul piano delle priorità, individuate nella seconda parte del documento, vengono indicati elevati livelli di occupazione e ruolo centrale dell'investimento in capitale umano e si legge nel documento che "*Gli aiuti di Stato possono essere giustificati quando necessario incoraggiare i datori di lavoro, tramite incentivi giusti, ad assumere più lavoratori, in particolare lavoratori che hanno difficoltà ad accedere al mercato del lavoro ed a restarvi*".

Nell'ultima parte del SAAP, che si occupava di procedure e prassi applicative, era previsto un ampliamento della giurisdizione nazionale sulla verifica della compatibilità di un aiuto, ma tale prospettiva è stata poi abbandonata, per cui resta in capo esclusivo alla Commissione il compito di riconoscere la compatibilità di una misura di aiuto con la disciplina dell'Unione, mentre il giudice nazionale si limita a verificare la presenza di tutte le condizioni stabilite nel Regolamento di Esenzione.

Nell'ambito del SAAP è anche anticipata l'introduzione di un *Refined Economic Approach*, che è collegato a ipotesi di fallimento di mercato, valorizzando aiuti caratterizzati da un maggior grado di efficienza sulla base di un *balancing test*[247].

Per valutare l'impatto di questo approccio economico nella valutazione degli aiuti, si è fatto costante riferimento al caso "*Philip Morris*"[248], dove si parte dalla considerazione che un aiuto è

---

[246] Per L. Tebano, *op. cit*., 84-85 è preferibile la prima soluzione, ricadendo altrimenti in un formalismo eccessivo. Sul Registro v. M. Cremonesi, *Il Registro nazionale degli aiuti di Stato e il controllo sul de minimis*, *Guida Lav*., 2017, fasc. 1, 68.

[247] In merito v. H.W. Friederiszick – L.H. Roller – V. Verouden, *European State Aid Control: an economic framework*, in http://www.esmt.org/fm/312/European_State_Aid_Control.pdf. e A. Biondi - P. Eeckhout, *State Aids and Barriers to Trade*, in *The Law of State Aid in the European Union*, edited by A. Biondi – P. Eeckhout – J. Flynn, Oxford, 2004, 103 ss.

[248] Corte Giust. CE 17 settembre 1980, causa 730/79.

sempre fattore di distorsione della concorrenza, ma esistono particolari condizioni in cui la distorsione può apparire accettabile per il conseguimento di finalità economiche e sociali.

Al SAAP è seguito nel 2012 una nuova iniziativa di modernizzazione della disciplina degli aiuti di Stato attraverso la comunicazione della Commissione del maggio 2012 intitolata *State Aid Modernisation Iniziative*, detta SAM.

In questo documento si accentua l'attenzione sul coordinamento delle politiche economiche dei vari stati con l'obiettivo di realizzare una crescita sostenibile, intelligente ed inclusiva, sulla base della strategia Europa 2020[249].

Le linee guida della SAM prevedono:

a) individuazione e definizione dei principi comuni applicabili dalla Commissione nella valutazione di compatibilità delle misure d'aiuto e revisione e razionalizzazione degli orientamenti in materia di aiuti di Stato;

b) estensione dell'area di esenzione per alcune categorie di aiuti ed estensione del Regolamento generale di esenzione del 2008;

c) semplificazione delle procedure per giungere a decisioni in tempi adeguati[250].

6. Il regolamento generale di esenzione del 2014, che ha sostituito il regolamento del 2008.

6.1. I regolamenti generali.

Due sono i provvedimenti di fondamentale importanza, che vanno a dare una sistemazione organica a tutta la materia degli aiuti di Stato e della loro compatibilità con gli articoli 107 e 108 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea: il Regolamento della Commissione del 6 agosto 2008 n. 800[251] e il successivo Regolamento Generale di esenzione della Commissione del 17 giugno 2014 n. 651, che lo ha modificato[252].

Nei regolamenti vanno a confluire tutte le elaborazioni della Commissione e della Corte di Giustizia, che erano a loro volta sfociate nei regolamenti del 2001 2002 e riprese nel SAAP.

---

[249] Comunicazione della Commissione Europa 2020 – *Una strategia per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva*, COM (2010), emessa il 3 marzo 2010.

[250] Sul tema v. V. Di Bucci, *The modernisation of State aid control and its objectives: clarity, relevance, effectiveness*, *R. It. Antistrust*, 2014, fasc. 3.

[251] Su cui v. K. Deiberova – H. Nyssens, *The new General Block Exemption Regulation (GBER): What changed?*, in *European State Aid Law Quarterly*, 2009, vol 8, 12 ss.

[252] In merito v. P. Nicolaides, *The new general block exemption regulation: the cornerstone of the State aid regime, 2014-2020*, in State Aid Hub.eu by lexxion, che nel rilevare il nuovo GBER "*is one of the principal features of the state aid Modernisation (SAM)*", sottolinea come "*…a primary objective of the SAM is to induce Member States to use the GBER for most of the State aid measures which have small budgets and employ well–understood and tried policy instruments. The reasoning of the Commission is that member States should limit their notifications to measures which either mobilise large amounts of public funds or utilise novel instruments*"; v. anche L. Tebano, *State aid for employment after the New General Block Exemption Regulation*, *Eur. St. Aid L.Q.*, *cit.*, 241 ss., che a sua volta rileva come "*The new regulation is a central step in the process on EU State Aid Modernisation (SAM)…*" e "*According to this objective of SAM, the new Regulation extends the block exemption to new categories of aid*" e R. Laiu – C. Grozea – B. Von Wendland, *The general block exemption regulation 2014 – 2020 (GBER), Jaspers networking platform State Aid seminar* 8 luglio 2014 (slides).

Il Regolamento attualmente in vigore è quello del 17 giugno 2014 n. 651, che ha dichiarato alcune categorie di aiuti compatibili con il mercato interno in applicazione degli artt. 107 e 108 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea, che hanno sostituito gli artt. 87 e 88 del Trattato della Comunità Europea.

6.2. Condizioni e principi generali relativi alle esenzioni.

Tutti gli aiuti esentati dall'obbligo di notifica sono sottoposti ad alcune condizioni, ed in particolare:

- soglie di notifica (art. 4). Sono indicati limiti assoluti di aiuti per le varie categorie ed in particolare, in relazione ad aree interessate dal diritto del lavoro, il limite di due milioni di euro per ogni progetto di formazione e di cinque milioni di euro per impresa e per anno per l'assunzione di lavoratori svantaggiati. La soglia viene aumentata a dieci milioni in caso di aiuti all'occupazione di lavoratori con disabilità sotto forma di integrazioni salariali, e per quelli diretti a compensare i sovracosti connessi alla loro occupazione[253];

- trasparenza degli aiuti (art. 5). Il Regolamento di esenzione trova applicazione soltanto quando è possibile calcolare con precisione la sovvenzione equivalente lorda ex ante[254], senza che sia necessario effettuare una valutazione dei rischi. È questa la nozione di aiuto trasparente.

Vengono poi indicate tutta una serie di ipotesi di categorie di aiuti che vengono considerate trasparenti, tra cui si possono ricordare quelli in forma di sovvenzioni e contributi in conto interessi, nonchè quelli in forma di agevolazioni fiscali qualora la misura stabilisca un massimale per garantire che la soglia applicabile non venga superata.

- Effetto di incentivazione (art. 6). Il regime di esenzione si applica unicamente agli aiuti che hanno un effetto di incentivazione. Ciò presuppone una domanda scritta con l'indicazione del progetto. Gli aiuti devono produrre un aumento significativo della portata del progetto stesso o dell'attività, o delle relative spese o una riduzione dei tempi di completamento del progetto stesso o dell'attività.

- In caso di benefici fiscali devono essere concessi a fronte di criteri oggettivi e senza ulteriori poteri discrezionali da parte dello stato membro, e la misura deve entrare in vigore prima dell'avvio dei lavori relativi al progetto o all'attività sovvenzionati, tranne in caso di subentro ad agevolazioni precedenti.

Vi sono poi una serie di regimi particolari per stabilire gli effetti incentivanti degli aiuti a finalità regionale o alle piccole e medie imprese.

- Gli aiuti stabiliti per l'assunzione di lavoratori svantaggiati sotto forma di integrazioni salariali e aiuti all'occupazione di lavoratori con disabilità sono ammissibili, purché siano rispettate le condizioni stabilite dagli artt. 32 e 33, tra cui anche la soglia massima di aiuto.

Stesso rinvio per gli aiuti intesi a compensare sovracosti connessi all'occupazione di lavoratori con disabilità che debbono soddisfare le condizioni di cui all'art. 34.

---

[253] Le varie soglie sono fissate dall'art. 4 lettere o), p), q) e r), Reg. (UE) 651/2014; come rileva P. Nicolaides, *op. cit*., 3, "…*when the amount for an individual award or when the cost for the project exceeds the following thresholds individual notification is necessary*".
[254] Tuttavia "*This is a bit of an exaggeration when it comes to loans and guarantees which necessarily involve some kind of risk assessment*" (P. Nicolaides, *op. cit*., 4).

- Ove, come nei casi sopra richiamati, venga richiamato come requisito dell'esonero la "creazione netta di posti di lavoro", si è posto il problema del metodo di calcolo per verificare la sussistenza di un incremento netto di occupazione. A tal fine sono pervenute indicazioni dalla sentenza 2 aprile 2009 causa C 415/07 (caso *Lodato*). La vicenda traeva origine da una richiesta di restituzione di un contributo da parte dell'Inps per mancato incremento di organico. Secondo l'Inps il confronto doveva essere effettuato tra la media occupazionale dell'anno precedente all'assunzione e il dato riscontrabile nell'impresa al momento dell'assunzione stessa, mentre invece, secondo l'impresa, il confronto doveva essere fatto tra la media occupazionale dell'anno precedente all'assunzione e la media occupazionale dell'anno successivo. La Corte di Giustizia ha accolto questa seconda interpretazione, in quanto "*si fonda sul raffronto di dati omogenei e consente di misurare lo sforzo prodotto nel tempo dall'impresa beneficiaria di un aiuto per creare posti di lavoro*".

Il Regolamento 651/2014, quando fa riferimento all'incremento netto dell'occupazione (così art. 17 per le PMI, artt. 32 e 33 per lavoratori svantaggiati e disabili), indica un aumento netto del numero di dipendenti dello stabilimento interessato rispetto alla media dei dodici mesi precedenti[255].

Al punto 32 dell'art. 2, concernente le definizioni, la nozione è identificata come "*aumento netto del numero di dipendenti dello stabilimento in questione rispetto alla media relativa ad un periodo di riferimento; i posti di lavoro soppressi in tale periodo devono essere dedotti* (peraltro con eccezioni, che riconducono la regola ai licenziamenti per riduzione del personale e soppressione di posto NDR) *e il numero di lavoratori occupati a tempo pieno, a tempo parziale e stagionalmente va calcolato considerando le frazioni di unità di lavoro – anno."* L'Inps con le Circolari 40 del 28 febbraio 2017 e 41 dell'1 marzo 2017 ha fatto proprie le indicazioni derivanti dal Regolamento 651/2014. L'art. 31, lettera F del D.Lgs 14 settembre 2015 n. 150 prevede che il calcolo si effettui mensilmente, confrontando il numero dei lavoratori dipendenti equivalente a tempo pieno del mese di riferimento con quello medio dei dodici mesi precedenti, escludendo dimissioni, cessazione per invalidità, pensionamenti, riduzione volontaria dell'orario di lavoro o licenziamento per giusta causa.

- L'articolo 7 detta poi specifici criteri generali per il calcolo, e quindi l'intensità dell'aiuto, e per il calcolo dei costi ammissibili e sul cumulo di aiuti (art. 8).

Attraverso i principi generali si tende a ridurre gli spazi di discrezionalità degli ordinamenti nazionali. Tuttavia le formulazioni adottate in relazione al principio di trasparenza e all'effetto di incentivazione, consentono scelte di politica legislativa abbastanza ampie e non vincolate.

Sostanzialmente i limiti sono di due tipi, cioè limiti che sono stati definiti "valoriali" e che attengono alle scelte operate a livello regolamentare in ordine ai casi in cui opera l'esenzione[256]. In materia lavoristica, l'esempio tipico è la nozione di lavoratore svantaggiato.

[255] Sul tema v. L. Tebano, *State aid for employment after the New General Block Exemption Regulation*, *Eur. St. Aid L.Q.*, *cit*., 247-248, che sottolinea come almeno tre nuovi elementi debbano essere evidenziati per le loro implicazioni più generali: in primo luogo "*…the equivalence – for calculating the headcount – between persons who worked within the enterprise and persons who worked on its behalf*", cui consegue la possibilità di integrare il lavoro somministrato nel calcolo dell'organico; in secondo luogo l'espresso riferimento ai lavoratori subordinati e in terzo luogo l'esclusione degli apprendisti o degli studenti impegnati in stages professionali.
[256] L. Tebano, *op. cit*., 108 ss.

Vi sono poi dei limiti quantitativi che indicano i tetti e la misura massima dell'aiuto (così per gli aiuti all'assunzione di lavoratori svantaggiati l'intensità dell'aiuto non può superare il 50% dei costi ammissibili indicati nell'art. 32).

7. Il regolamento generale di esenzione e il campo di applicazione lavoristico.

In attuazione delle norme del Trattato e dei principi che se ne ricavano, il Regolamento del 17 giugno 2014 n. 651, che ha sostituito il Regolamento n. 800/2008, indica le categorie di aiuti considerate compatibili, e quindi esentate dall'obbligo di notifica di cui all'art. 108, paragrafo 3 del Trattato.

Il capo primo del Regolamento ne delimita il campo di applicazione, le definizioni, le condizioni per l'esenzione ed individua le soglie di notifica e i principi di trasparenza.

L'art. 1 individua le categorie di aiuti esenti da comunicazione alla Commissione e, ai nostri fini, vi sono inseriti gli aiuti all'assunzione di lavoratori svantaggiati e di lavoratori con disabilità, gli aiuti alla formazione (lettera e), gli aiuti alle piccole e medie imprese e gli aiuti a finalità regionale.

Accanto a queste categorie di aiuti, dove vi è comunque un collegamento a problematiche lavoristiche, vi sono tutta una serie di aiuti specialistici che spaziano dai trasporti alle infrastrutture informatiche, a quelle sportive, alla ricerca, all'ambiente etc.

7.1. Campo di applicazione in materia lavoristica in senso stretto.

Il Regolamento di esenzione in campo lavoristico[257] si applica agli aiuti all'assunzione e all'occupazione di lavoratori svantaggiati e di lavoratori con disabilità.

Aiuti all'assunzione di lavoratori svantaggiati.

Il lavoratore svantaggiato[258] è definito all'art. 2 come chiunque soddisfi una delle seguenti condizioni:

a) non avere un impiego regolarmente retribuito da almeno sei mesi (per alcuni la parola "regolarmente" apre spazi per incentivare il passaggio dal lavoro sommerso a quello regolare – sul punto v. retro paragrafo 2c) nota 40)[259];

b) avere un'età compresa tra i 15 e i 24 anni (questa condizione non era prevista nel Regolamento del 2008 ed è stata introdotta anche alla luce della grave crisi finanziaria successiva a quell'anno per combattere la disoccupazione giovanile);

---

[257] Sul tema v. L. Tebano, *Aiuti di Stato (diritto del lavoro) (aggiornamento 2015)*, in *Digesto Comm.*, *UTET*, 2015, 1 ss.

[258] Sul tema v. C. Garofalo, *I soggetti svantaggiati nella normativa europea e interna*, in *Legalità e rapporti di lavoro. Incentivi e sanzioni*, (a cura di) Marina Brollo, Carlo Cester, Luigi Menghini, Edizioni Università di Trieste, 2016, 18 ss. e L. Tebano, *Diritto del lavoro ed aiuti all'occupazione: verso una (parziale) convergenza valoriale*, in *Lav. Dir*. 2016, 2, 341 ss. Più in generale v. M. Libertini, *op. cit*., 611. In merito v. il Decreto del Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali del 17 ottobre 2017 che ha recepito la nozione di lavoratori svantaggiati e molto svantaggiati di cui al Regolamento UE n. 651/2014.

[259] Per il DM Min. Lav. 17 ottobre 2017 si tratta di coloro che negli ultimi sei mesi non hanno prestato attività lavorativa riconducibile ad un rapporto di lavoro subordinato della durata di almeno sei mesi, nonché coloro che negli ultimi sei mesi hanno svolto attività lavorativa in forma autonoma o parasubordinata dalla quale derivi un reddito che corrisponde ad un'imposta lorda pari o inferiore alle detrazioni spettanti ai sensi dell'art. 13 del T.U. delle imposte sui redditi di cui al Decreto del Presidente della Repubblica del 22 dicembre 1986 n. 917.

c) non possedere un diploma di scuola media superiore o professionale o aver completato la formazione a tempo pieno da non più di due anni, e non avere ancora ottenuto il primo impiego regolarmente retribuito (si tratta di quelli che nel Regolamento del 2002 venivano definiti "*Neet*" (*not in education in employment or in training*), ipotesi che non era stata invece prevista nel Regolamento del 2008. Per questa categoria il Consiglio Europeo, con raccomandazione del 22 aprile 2013 ha dato avvio al programma denominato *European Youth Guarantee*, impegnando gli Stati membri "*a garantire che tutti i giovani di età inferiore a 25 anni ricevano un'offerta qualitativamente valida di lavoro, proseguimento degli studi, apprendistato o tirocinio entro un periodo di quattro mesi dall'inizio della disoccupazione o dall'uscita dal sistema di istruzione formale*");

d) aver superato i cinquant'anni d'età

e) essere un adulto che vive solo con una o più persone a carico[260];

f) essere occupato in professioni o settori caratterizzati da un tasso di disparità uomo/donna che supera almeno del 25% la disparità media uomo/donna in tutti i settori economici dello stato membro interessato, se il lavoratore interessato appartiene al genere sottorappresentato (aiuti di genere)[261];

g) appartenere ad una minoranza etnica di uno stato membro e avere la necessità di migliorare la propria formazione linguistica e professionale o la propria esperienza lavorativa per aumentare le prospettive di accesso ad un'occupazione stabile[262].

È stato evidenziato come la nuova definizione costituisca un ritorno ai primi regolamenti in esenzione (Regolamento 2204/2002) che ricomprendeva nella definizione di lavoratore svantaggiato ogni persona con meno di 25 anni o che avesse completato gli studi entro i due anni senza ottenere un regolare impiego. Questa previsione era stata poi abolita con il Regolamento 800/2008[263].

Tuttavia la previsione del Regolamento 2204/2002 era stata interpretata dalla Corte di Giustizia[264] come riferita a due categorie: coloro che avevano meno di 25 anni e (congiuntamente) non avevano ottenuto in precedenza un impiego regolare, e quelli che avevano più di 25 anni ma non avevano in precedenza ottenuto un impiego regolare entro due anni dal completamento della

---

[260] Per il DM Min. Lav. 17 ottobre 2017 si tratta di coloro che hanno compiuto 25 anni di età e che sostengono da soli il nucleo familiare, in quanto hanno una o più persone a carico ai sensi dell'art. 12 del T.U. delle imposte sui redditi di cui al Decreto del Presidente della Repubblica del 22 dicembre 1986 n. 917.

[261] Con decreto interministeriale 10 novembre 2017, pubblicato nel sito del Ministero del Lavoro in data 24 novembre 2017 (Sez. normativa), sono stati individuati nell'ambito dei rapporti di lavoro privati, per l'anno 2018, i settori e le professioni caratterizzati da un alto tasso di disparità media uomo/donna in relazione alla media annua 2016. Sul punto v. R. Quintavalle, *Assunzioni agevolate donne, settori e professioni*, Guida Lav. Sole24Ore, n. 48/2017, 41 ss.

[262] Per il DM Min. Lav. 17 ottobre 2017 vi rientrano coloro che appartengono alle minoranze linguistiche storicamente insediate sul territorio italiano ai sensi della legge 15 dicembre 1999 n. 482 e a quelle minoranze che risultino ufficialmente riconosciute in Italia sulla base di specifici provvedimenti e che dimostrino la necessità di migliorare le proprie competenze linguistiche e professionali o la propria esperienza lavorativa per aumentare le prospettive di accesso ad una occupazione stabile.

[263] In merito si rinvia all'analisi di L. Tebano, *State aid for employment after the New General Block Exemption Regulation*, *Eur. St. Aid L.Q.*, *cit*., 243-244.

[264] Corte Giust. 14 aprile 2005 in C. – 110/03.

formazione scolastica a tempo pieno. Viceversa con il Regolamento 651/2014 si rientra automaticamente nella categoria dei lavoratori svantaggiati qualora si abbia un'età ricompresa tra i 15 e i 24 anni, implementandosi così l'obiettivo di ridurre la disoccupazione giovanile[265].

Accanto alla nozione di lavoratore svantaggiato, si prevede poi al punto 99 dell'art. 2, la definizione di lavoratore molto svantaggiato. Vi rientra:

a) un lavoratore privo da almeno ventiquattro mesi di impiego regolarmente retribuito;

b) un lavoratore privo da almeno dodici mesi di impiego regolarmente retribuito che abbia almeno una delle condizioni previste nelle lettere da b) a g) della definizione di lavoratore svantaggiato (in sintesi da 15 a 24 anni, assenza di diploma, superamento dei cinquant'anni, essere un adulto che vive solo con una o più persone a carico, essere occupato in settori con rilevante disparità di genere, appartenere a minoranza etnica). Questa categoria non era prevista nel Regolamento del 2008 e consente una riduzione a metà del periodo di disoccupazione richiesto per un soggetto che appartenga ad una delle categorie già considerate svantaggiate. È stato evidenziato come entrambe le condizioni (assenza di impiego per almeno 12 mesi e appartenenza alle categorie di lavoratori svantaggiate richiamate) devono essere soddisfatte[266].

In materia di disabilità, viene considerato disabile[267]:

a) chiunque sia riconosciuto come lavoratore con disabilità a norma dell'ordinamento nazionale.

b) chiunque presenti durature menomazioni fisiche, mentali, intellettuali o sensoriali che, in combinazione con barriere di diversa natura, possono ostacolare la piena ed effettiva partecipazione all'ambiente di lavoro su base di uguaglianza con gli altri lavoratori.

Gli aiuti ai lavoratori svantaggiati o con disabilità sono disciplinati dagli artt. da 32 a 35 del Regolamento, e sono classificabili come aiuti all'assunzione di lavoratori svantaggiati o con disabilità sotto forma di integrazioni salariali (artt. 32-33), per cui si presume un effetto incentivante ex art. 6, comma 5, lettera c., Reg. 651/2014, e aiuti intesi a compensare sovracosti connessi all'occupazione di lavoratori con disabilità o svantaggiati (artt. 34-35), per cui, viceversa, non si può presumere un effetto incentivante[268].

Condizioni per l'operatività degli aiuti per lavoratori svantaggiati etc.

Gli aiuti a favore di queste categorie di lavoratori sono sottoposti ad alcune condizioni, ed in particolare per i lavoratori svantaggiati:

- i costi ammissibili corrispondano a quelli salariali per un massimo di dodici mesi successivi all'assunzione e di ventiquattro mesi se il lavoratore è molto svantaggiato (limite quantitativo);

---

[265] È stato peraltro osservato che la nuova regolazione produce un effetto sfavorevole per le donne, in quanto "*…in Regulation No. 800/2008 the disadvantaged women had a reduced number of competitors: older men vs older women, men from ethnic minorities vs. women from ethnic minorities, adult males with one or more dependents vs. adult females with one or more dependents etc. While in the new GBER No. 651/2014 young women compete also with young men*", così L. Tebano, *State aid for employment after the New General Block Exemption Regulation*, *Eur. St. Aid L.Q.*, *cit*., 244.

[266] L. Tebano, *op. ult. cit*., 245.

[267] Art. 2 punto 3 Reg. (UE) 651/2014.

[268] L. Tebano, *op. ult. cit*., 247.

- l'assunzione rappresenti un aumento netto del numero di dipendenti dell'impresa interessata rispetto alla media dei dodici mesi precedenti (effetto incrementale). Qualora questa condizione non si realizzi, non vengono considerati posti vacanti a seguito di dimissioni, invalidità, pensionamento per raggiunti limiti d'età, riduzione volontaria dell'orario di lavoro o licenziamento per giusta causa. Viceversa, non rientrano nel beneficio quei posti vacanti a seguito di licenziamento per riduzione di personale. Il calcolo dell'organico viene effettuato utilizzando il criterio di computo dell'ULA (Unità di Lavoro – Anno), e il lavoro a tempo parziale e quello a termine vengono conteggiati come frazioni di ULA. Peraltro, mentre nel Regolamento 800/2008 il numero di lavoratori svantaggiati assunti era irrilevante ai fini dell'incremento occupazionale, nel Regolamento 651/2014 si tiene conto dell'assunzione di questi lavoratori ai fini dell'incremento netto[269];

- sia garantita continuità dell'impiego per un periodo minimo coerente con la legislazione nazionale o con i contratti collettivi, fatto salvo il licenziamento per giusta causa (criterio della continuità)[270];

- qualora il periodo di occupazione sia più breve di dodici mesi (ventiquattro se lavoratore molto svantaggiato), l'aiuto sarà proporzionalmente ridotto (criterio della proporzionalità);

- l'intensità dell'aiuto non superi il 50% dei costi ammissibili (criterio dell'intensità dell'aiuto).

Per i lavoratori con disabilità gli aiuti sono generalmente compatibili ed esenti da notificazione purchè siano soddisfatte alcune condizioni, ed in particolare:

- i costi ammissibili corrispondano ai costi salariali, relativi al periodo in cui il lavoratore con disabilità è impiegato;

- vi siano le stesse condizioni di aumento netto dell'occupazione tranne che nelle stesse ipotesi già indicate per i lavoratori svantaggiati;

- vi sia una durata minima così come per i lavoratori svantaggiati

- l'intensità dell'aiuto non superi il 75% dei costi ammissibili.

All'art. 34 si prevede l'esclusione dall'obbligo di notifica per aiuti intesi a compensare costi connessi all'occupazione di lavoratori con disabilità, e vengono quindi ammessi aiuti relativi a:

- costi per l'adeguamento dei locali,

- costi relativi al tempo di lavoro dedicato esclusivamente all'assistenza di lavoratori con disabilità

- costi di formazione del personale per assistere i lavoratori con disabilità

- costi relativi all'acquisto di attrezzature o software per lavoratori con disabilità che eccedono i costi che il beneficiario avrebbe sostenuto se avesse impiegato lavoratori senza disabilità

- costi di trasporto sul luogo di lavoro per lavoratori con disabilità e per attività correlate al lavoro

---

[269] L. Tebano, *op. ult. cit*., 245-246.

[270] Osserva L. Tebano, *op. ult. cit*., 246, che per i posti di lavoro creati a seguito di investimenti il periodo minimo è fissato direttamente dal diritto dell'Unione, mentre in caso di lavoratori svantaggiati vi è un rinvio alla legislazione nazionale o alla contrattazione collettiva.

- costi salariali relativi alle ore impiegate da un lavoratore con disabilità per la riabilitazione e, nei casi in cui il beneficiario è un datore che offre lavoro protetto, trattandosi di impresa nel quale almeno il 30% dei lavoratori ha disabilità, i costi relativi alla costruzione, ammodernamento o installazione delle unità di produzione dell'impresa interessata e qualsiasi costo amministrativo derivante dall'occupazione di lavoratori con disabilità;

- l'intensità dell'aiuto non deve superare il 100% dei costi ammissibili.

Infine all'art. 35 si prevede l'esonero dall'obbligo di notifica per gli aiuti che compensino costi dell'assistenza fornita ai lavoratori svantaggiati (criterio introdotto per la prima volta con il Reg. (UE) 651/2014). Si tratta di:

- costi relativi al tempo di lavoro di lavoratori dedicati esclusivamente all'assistenza di lavoratori svantaggiati durante un periodo massimo di dodici mesi successivo all'assunzione o di ventiquattro mesi se il lavoratore è molto svantaggiato;

- costi di formazione del personale per assistere i lavoratori svantaggiati

L'assistenza consiste in misure volte a sostenere l'autonomia del lavoratore svantaggiato e il suo adattamento all'ambiente lavorativo e l'intensità dell'aiuto non deve superare il 50% dei costi ammissibili.

7.2. Campo di applicazione in materie dove si creano interferenze con il piano lavoristico.

Vi sono una serie di aiuti considerati esenti che non hanno natura prettamente lavoristica, ma creano interferenze con il piano lavoristico.

Aiuti alla formazione

L'art. 31 disciplina gli aiuti alla formazione, escludendo però quegli aiuti organizzati dalle imprese per conformarsi alla normativa nazionale obbligatoria in materia di formazione. La formazione ha connessioni con il rapporto di lavoro, dal momento che è diretta ad incrementare la professionalità dei lavoratori.

Vengono quindi indicati i costi ammissibili, che riguardano il progetto di formazione, e precisata la misura dell'intensità dell'aiuto.

Aiuti alle PMI sotto forma di aiuti agli investimenti, aiuti al funzionamento e accesso delle PMI ai finanziamenti e aiuti a finalità regionale agli investimenti. Collegamento con la creazione di posti di lavoro.

Le misure a favore delle PMI sono disciplinate dall'art. 17 del Regolamento.

Tra le condizioni poste, ve ne sono alcune che attengono ai posti di lavoro direttamente creati da un progetto delle PMI.

In particolare, questi posti di lavoro devono essere:

a) creati entro tre anni dal completamento dell'investimento;

b) produrre un aumento netto del numero di dipendenti dello stabilimento rispetto alla media dei dodici mesi precedenti;

c) essere mantenuti per un periodo minimo di tre anni a partire dalla data in cui sono stati occupati per la prima volta;

d) l'intensità dell'aiuto non deve superare il 20% dei costi ammissibili per piccole imprese e il 10% per medie imprese.

Per posti di lavoro direttamente creati da un progetto di investimento, nelle piccole medie imprese, si intendono i posti di lavoro relativi all'attività oggetto di investimento, compresi i posti creati con l'aumento del tasso di utilizzo delle capacità imputabile all'investimento.

L'incremento occupazionale viene preso in considerazione anche nelle misure di aiuto a finalità regionali[271], in zone assistite, purché sussistano varie condizioni, tra cui:

- un incremento netto del numero dei dipendenti impiegati in un dato stabilimento rispetto alla media dei dodici mesi precedenti. Il che significa che ogni posto soppresso è detratto dal numero apparente di posti di lavoro creati nel corso dello stesso periodo.

- Il posto di lavoro sia occupato entro tre anni dal completamento dei lavori e sia mantenuto per un periodo di almeno cinque anni dalla data in cui è stato occupato per la prima volta o di tre anni nel caso di piccole o medie imprese.

Sono queste le categorie di aiuti esenti da notifica, espressamente richiamate nel Regolamento 651/2014, che si collegano più o meno direttamente a politiche occupazionali.

8. Gli aiuti c.d. *de minimis*.

Tra i regolamenti di esenzione, di cui il più rilevante è quello generale di cui si è già detto, vi è anche il Regolamento 1407/2013 della Commissione del 18 dicembre 2013, attualmente in vigore, che regola l'applicazione degli artt. 107 e 108 relativamente ai c.d. aiuti *de minimis*.

Si tratta di aiuti che non superano un importo prestabilito e sono concessi ad un'impresa unica[272] in un determinato arco di tempo.

Questa categoria di aiuti è esente dalla procedura di notifica.

Il massimale è dato oggi da duecentomila euro per un'impresa unica in un arco di tre anni da uno stato membro.

È previsto il cumulo tra diversi incentivi *de minimis* ai fini del rispetto del tetto massimo.

Si presume che questo tipo di aiuti non sia idoneo ad alterare la concorrenza.

Il Regolamento stabilisce poi tutta una disciplina specifica che nell'economia di questo scritto non è possibile illustrare.

---

[271] Su cui v. M. Libertini, *op. cit*., 596 ss.

[272] Sul concetto di impresa unica, che fuoriesce dall'economia del presente scritto, v. per tutti C.E. Baldi, *op. cit*., 140 ss., che evidenzia come "*un gruppo di imprese collegate viene considerato unico soggetto ai fini dell'imputazione dell'aiuto e dell'applicazione del massimale*".

Si può sottolineare come esistano ulteriori regolamenti specifici per gli aiuti *de minimis* nel settore agricolo (RG 1408/2013), nel settore della pesca e agricoltura (RG 717/2014) per gli aiuti *de minimis* concessi ad imprese che forniscono servizi di interesse economico generale (RG 306/2012).

9. Gli aiuti al salvataggio e alla ristrutturazione di imprese in difficoltà.

Un cenno meritano gli aiuti per il salvataggio e la ristrutturazione di imprese in difficoltà, disciplinati sulla base di orientamenti della Commissione (*soft law*)[273].

Si tratta di ipotesi in cui gli aiuti certamente "*presentano i maggiori effetti distorsivi*"[274].

Le condizioni generali per la concessione di questo tipo di aiuti sono abbastanza complesse e non possono essere trattate in questa sede.

Si può però evidenziare che tra i presupposti vi è anche la dimostrazione da parte dello stato membro che il dissesto in cui si trova l'impresa rischia di comportare gravi difficoltà di ordine sociale o un grave fallimento di mercato.

Tra gli indici di queste gravi difficoltà vi è anche il fatto che il tasso di disoccupazione nelle regioni interessate è superiore alla media dell'Unione, oppure alla media nazionale, è persistente e accompagnato dalla difficoltà di creare nuovi posti di lavoro nella regione interessata.

10. Breve riepilogo.

Prima di esaminare le maggiori interferenze tra disciplina degli aiuti di Stato e incentivi, in particolare assunzionali, è opportuno riepilogare sinteticamente le caratteristiche principali della disciplina sugli aiuti.

a) La tutela della concorrenza progressivamente è divenuta soltanto uno degli obiettivi dell'Unione e ad essa si affiancano obiettivi generali di tutela occupazionale;

b) La disciplina degli aiuti di Stato ha risentito di questo processo, e si è passati pertanto da un tendenziale divieto di aiuti alla sottolineatura della distinzione tra aiuto e politiche generali del lavoro, per giungere poi ad una stessa finalizzazione della disciplina degli aiuti anche agli incrementi occupazionali;

c) Ciò ha creato un'interferenza tra politiche generali occupazionali, affidate ai singoli stati membri, e disciplina degli aiuti di Stato, governata dall'Unione. Nel momento in cui anche la disciplina sugli aiuti si è posta obiettivi di tutela e creazione di occupazione, l'interferenza è divenuta evidente, dal momento che lo stesso obiettivo viene perseguito con strumenti diversi che si condizionano reciprocamente e talvolta si sovrappongono;

d) Criterio dirimente per distinguere una misura di carattere generale da un aiuto di stato è la selettività, anche se talvolta provvedimenti di apparente carattere generale sono stati qualificati come selettivi, specie ove affidati ad una discrezionalità amministrativa;

---

[273] Orientamenti della Commissione Europea sugli aiuti di Stato per il salvataggio e la ristrutturazione di imprese non finanziarie in difficoltà del 31 luglio 2014 (2014/C 249/01).
[274] C.E. Baldi, *op. cit.*, 383.

e) Nel Regolamento di Esenzione generale, vi sono specifici provvedimenti che attengono ad assunzioni di lavoratori svantaggiati e disabili e la nozione di lavoratore svantaggiato è molto ampia, creando effetti anche nella normativa nazionale sugli incentivi all'assunzione;

f) Accanto a questi provvedimenti che hanno ad oggetto assunzioni di particolari categorie di lavoratori, vi sono interferenze lavoristiche nella disciplina degli aiuti alla formazione, negli aiuti alle PMI, dove vengono identificati anche concetti quali l'aumento netto del numero di dipendenti e creazione di posti di lavoro, già menzionati nella disciplina relativa a lavoratori svantaggiati, negli aiuti a finalità regionale, tutti previsti all'interno del Regolamento Generale, negli aiuti *de minimis*, regolamentati da uno specifico regolamento, e negli aiuti al salvataggio e ristrutturazione di imprese in difficoltà, oggetto di specifici orientamenti da parte della Commissione.

g) Le principali novità del Regolamento 651/2014 rispetto al precedente 800/2008 sono date dal recupero tra i soggetti svantaggiati dei giovani con meno di 25 anni, dal modo in cui è valutato l'incremento generale dell'occupazione, che ricomprende anche le assunzioni di lavoratori svantaggiati, e dall'introduzione di specifici aiuti per compensare i costi di assistenza ai lavoratori svantaggiati. È stato evidenziato come l'impianto complessivo degli aiuti di Stato costituisca un sottosistema specifico con una certa asimmetria rispetto alla normativa generale lavoristica. Così in relazione alla esclusione dal conteggio dell'organico dell'apprendistato o di alternativi strumenti di tirocinio professionale, od ancora in relazione alle ambiguità collegate alla nozione di subordinazione tenuta in considerazione ai fini della disciplina degli aiuti[275].

11. Gli incentivi nazionali e la normativa dell'Unione Europea.

11.1. Incentivi ed effettività.

Gli incentivi costituiscono una forma embrionale di politica attiva del lavoro molto semplice quanto efficace.

La relativa normativa ha una finalità promozionale con un obiettivo di effettività, in un sistema di diritto del lavoro dove spesso ci si è lamentati della scarsa effettività di una parte della normativa.

Storicamente gli incentivi si sono rivelati come tecnica normativa ad alto tasso di effettività.

Sono norme che sollecitano l'adozione di condotte, premiando in qualche modo il comportamento che fa sorgere il diritto agli incentivi.

È stato osservato come, nonostante l'alto tasso di effettività, la normativa sia stata oggetto di scarsa attenzione nella riflessione giuslavoristica del secolo scorso, che focalizzava la sua attenzione verso la norma protettiva inderogabile cui si affiancava una tecnica repressiva[276].

Tutte le tecniche di tutela del lavoro che non fossero centrate sulla protezione del lavoratore non ricevevano adeguata attenzione. Considerato che gli incentivi si pongono sul piano promozionale delle politiche attive del lavoro, erano proprio queste politiche che godevano di una ridotta considerazione rispetto alla protezione individuale e alle tutele collettive sindacali.

---

[275] Così L. Tebano, *op. ult. cit*., 249, secondo cui "*In this sense i think that this message presents bi-directional character: the independence of a subsystem implies an authentic communication*".

[276] M. Tiraboschi, *op. cit*., 6-7. Sul tema v. E. Ghera, *Le sanzioni civili nella tutela del lavoro subordinato*, *GDLRI*, 1979, 370.

La norma inderogabile metteva in secondo piano tutte le misure di tipo promozionale o incentivante.

A partire dai primi anni duemila l'attenzione si sposta sulla tutela nel mercato del lavoro e quindi anche sulle politiche di incentivazione.

Le monografie giuslavoristiche su questi temi[277] vengono pubblicate proprio nel 2002 e nel 2012.

11.2. Gli interventi normativi dei Governi Renzi e Gentiloni.

In effetti le considerazioni sull'effettività trovano conferma nell'analisi degli effetti delle norme incentivanti promulgate in contemporanea con il Jobs Act.

Il Governo Renzi, proseguendo in un'opera già iniziata con la legge Fornero, ha proceduto a un riordino del sistema di incentivi che era già stato per la prima volta oggetto di una disciplina di carattere generale all'interno della Legge Fornero (art. 4)[278]. Il riordino della disciplina generale sugli incentivi con il D.Lgs 150/2015 conferma l'attenzione del legislatore verso la disciplina europea degli aiuti, e quindi i reciproci profili di interferenza.

Le limitazioni all'uso di incentivi contenute nel D.Lgs 150/2015 in buona parte discendono da previsioni del diritto dell'Unione, anche se non mancano limiti ulteriori rispetto alla disciplina europea.[279]

Nello stesso periodo per un verso abbiamo la messa a fuoco di regole generali relative agli incentivi e alla loro operatività, per altro verso l'adozione di misure concrete in favore delle assunzioni a tempo indeterminato, che hanno certamente avuto nel 2015 un impatto non trascurabile nella creazione di nuovi posti di lavoro. Questa normativa, che andava a decrescere nella misura dello sgravio contributivo negli anni 2016 – 2017, ha avuto notevole successo, ed è stata ripresa strutturalmente, con modifiche, nella legge di stabilità per l'anno 2018 (legge 27 dicembre 2017 n. 205, art. 1 commi da 100 a 108).

---

[277] M. Tiraboschi, *Incentivi alla occupazione, aiuti di Stato, diritto comunitario della concorrenza,* Giappichelli, 2002, *cit.*; L. Tebano, *Sostegno all'occupazione e aiuti di Stato "compatibili", CEDAM,* 2012, *cit*.

[278] Sulla disciplina generale degli incentivi (che non può essere esaminata puntualmente nell'economia di questo scritto) dopo la Legge Fornero e i provvedimenti del 2013, tra gli altri v. L. Tebano, *Gli incentivi all'ingresso del mercato del lavoro tra ordinamento italiano ed europeo*, in L. Fiorillo, A. Perulli, *La Riforma del Mercato del Lavoro*, *Giappichelli*, 2014, 405 ss. Sulla riforma degli incentivi attuata con il Jobs Act, v. P. Lambertucci e S. Cairoli, *Il sistema degli incentivi all'occupazione*, in G. Santoro Passarelli (a cura di), *Diritto e processo del lavoro e della Previdenza sociale*, *Utet*, 2017, 665 ss, v. anche L. Menghini, *Legalità e incentivi all'occupazione: dalla legge Fornero alla svolta del Jobs Act*, e C. Garofalo, *I soggetti svantaggiati nella normativa europea ed interna*, entrambi in M. Brollo, C. Cester, L. Menghini (a cura di), *Legalità e rapporti di lavoro. Incentivi e sanzioni*, EUT 2016, 148 ss e 18 ss. Più in generale sul rapporto tra diritto dell'Unione e diritto del lavoro, v. R. Cosio – R. Foglia (a cura di), *Il diritto Europeo nel dialogo delle Corti*, *Giuffrè*, 2013; M. Roccella – T. Treu, *Diritto del lavoro della comunità Europea*, CEDAM, 2009, e S. Sciarra – B. Caruso (a cura di), *Il lavoro subordinato*, in *Trattato di Diritto Privato dell'Unione Europea*, (a cura di), G. Ajani e G. A. Benacchio, Giappichelli, 2009.

[279] I principi generali di fruizione degli incentivi previsti dall'art. 31 del D.Lgs 14 settembre 2015 n. 150 escludono la possibilità di godere degli incentivi se l'assunzione costituisce attuazione di un obbligo preesistente, se l'assunzione comporta violazione dell'obbligo di precedenza (da legge o contratto collettivo), se sono in atto sospensioni connesse a crisi o riorganizzazioni aziendali (salvo assunzioni per livelli o unità produttive diversi), se riguarda lavoratori licenziati nei sei mesi precedenti da un datore che presenta assetti proprietari sostanzialmente coincidenti, o assume in somministrazione o è in rapporto di collegamento o controllo.

Nel 2015, con uno sgravio contributivo fino a 8.060 euro all'anno per tre anni, ci sono state circa 1.600.000 tra assunzioni a tempo indeterminato e trasformazioni di contratti a termine in contratti a tempo indeterminato. Di queste assunzioni 386.000 (26,78%) hanno riguardato giovani fino a 29 anni.

Nel 2016, con la riduzione del tetto a 3.250 euro annui e durata biennale, le assunzioni sono scese a 616.000 di cui 188.000 (30,50%) di giovani fino a 29 anni.

Nel 2017 è stato previsto un incentivo per assunzione di giovani fino a 29 anni registrati al programma Garanzia Giovani, cui è aggiunto nelle regioni del Sud un bonus per assunzione di giovani fino a 24 anni o disoccupati da almeno sei mesi da venticinque anni in su. In questi casi è stata prevista la riduzione dei contributi fino a 8.060 euro per una durata massima di dodici mesi.

Per il 2017/2018 è stato previsto anche un esonero contributivo fino a 3.250 euro per l'assunzione di giovani nel sistema di alternanza scuola lavoro.

Tra gennaio e maggio 2017 vi sono state 66.000 assunzioni incentivate, di cui 22.000 relative al bonus giovani[280].

Vi è pertanto un evidente decremento di assunzioni parallelamente alla riduzione dei bonus.

Il Governo ha inserito misure specifiche e strutturali nella legge di bilancio relativa al 2018 per combattere la disoccupazione giovanile che si attesta al 32,7% (contro il 22,3% del 2004), il doppio della media dei 28 paesi UE (16,7%).

All'art. 1 comma 100 della legge 27/12/2017 n. 205 si prevede un abbattimento del 50% dei contributi (con esclusione dei premi Inail) per una durata di tre anni per assunzioni a tutele crescenti[281] fino a 35 anni di età per l'anno 2018 e fino a 30 anni di età a partire dal 2019. La misura dello sgravio è pari a 3.000 euro su base annua.

Tra le condizioni, deve trattarsi di lavoratori che non siano stati occupati a tempo indeterminato con il medesimo o con altro datore di lavoro, con due eccezioni. In primo luogo non sono ostativi al riconoscimento dell'esonero gli eventuali periodi di apprendistato svolti presso un altro datore di lavoro e non proseguiti in rapporto a tempo indeterminato al termine dell'apprendistato; la seconda eccezione, prevista dal comma 103, riguarda l'ipotesi in cui il lavoratore fruisca parzialmente dell'esonero triennale e sia nuovamente assunto a tempo indeterminato da altri datori di lavoro privati. In questo caso il beneficio è riconosciuto al datore che abbia dato corso alla nuova assunzione per il periodo residuo utile alla piena fruizione (per un massimo di 36 mesi), e ciò a prescindere dall'età anagrafica del lavoratore alla data della nuova assunzione.

L'esonero contributivo presuppone che il datore di lavoro non abbia proceduto a licenziamenti individuali per giustificato motivo oggettivo o a licenziamenti collettivi, nella medesima unità produttiva, nei sei mesi precedenti all'assunzione (comma 104).

[280] I dati sono ripresi da Il Sole 24 ore, 8 agosto 2017, pag. 5.

[281] La formulazione secondo cui l'assunzione deve avvenire sulla base della disciplina delle c.d. tutele crescenti ha suscitato perplessità. Per una verso tutte le assunzioni avvengono sulla base di tale disciplina, e quindi potrebbe trattarsi di un'affermazione pleonastica, per altro verso è stato ipotizzato che un datore di lavoro che decidesse di applicare su base contrattuale la miglior disciplina della legge Fornero (con il richiamo all'art. 18) sarebbe escluso dal beneficio in quanto un regime di maggior favore dimostrerebbe l'assenza di qualsiasi necessità di incentivi. La conclusione suscita perplessità, in quanto il beneficio appare generalizzato e collegato al solo fatto di incrementare l'occupazione ed il richiamo alle tutele crescenti appare superfluo.

Il datore di lavoro che ha usufruito degli sgravi, non deve procedere al licenziamento per giustificato motivo oggettivo del lavoratore assunto o di un lavoratore impiegato nella medesima unità produttiva e inquadrato con la stessa qualifica, nei sei mesi successivi all'assunzione.

L'esonero si applica per un periodo massimo di 12 mesi e con gli stessi massimali di importo, anche in caso di prosecuzione, dopo il 31 dicembre 2017, di un contratto di apprendistato in rapporto a tempo indeterminato, a condizione che il lavoratore non abbia compiuto il trentesimo anno di età alla data della prosecuzione.

Stessa estensione anche in caso di conversione, successiva alla data di entrata in vigore della legge 205/2017, di un contratto a tempo determinato in contratto a tempo indeterminato, fermo restando il possesso del requisito anagrafico alla data della conversione (art. 1, comma 107, legge 205/2017).

Vi è poi la possibilità di un esonero totale (sempre riferito ai contributi e non ai premi Inail) con il limite massimo di 3.000 euro e possesso del requisito anagrafico, per coloro che assumono entro sei mesi dall'acquisizione del titolo di studio, studenti che hanno svolto presso lo stesso datore di lavoro alternanza scuola-lavoro, purché abbia avuto la durata minima prevista dalla norma (30% del monte ore).

Stesse conclusioni in caso di studenti che abbiano svolto presso lo stesso datore di lavoro periodi di apprendistato per la qualifica e il diploma professionale, il diploma di istruzione secondaria superiore, il certificato di specializzazione tecnica superiore, o periodi di apprendistato in alta formazione.

Infine, vi è la possibilità di raggiungere l'esonero totale in caso di assunzione a tempo indeterminato nelle regioni Abruzzo, Molise, Campania, Basilicata, Sicilia, Calabria, Sardegna e Puglia. Deve trattarsi di giovani che non abbiano compiuto i 35 anni di età, ma si può anche superare il requisito anagrafico ove i soggetti risultino privi di un impiego regolarmente retribuito da almeno sei mesi.

L'estensione al 100% (escluso il premio Inail) può avvenire per un limite di 8.060 euro annui per un periodo massimo sempre di 36 mesi, purché nell'ambito di programmi operativi nazionali o complementari (PON e POC).

È previsto altresì l'esonero al 50% con massimale di euro 4030 annui, in caso di assunzione di lavoratori rientranti in un piano di ricollocazione concordato nella procedura CIGS, che accettino l'offerta di lavoro da altro datore di lavoro (con esonero parziale di 18 mesi in caso di assunzione con contratto a tempo indeterminato e 12 mesi in caso di assunzione a tempo determinato, con prolungamento di ulteriori sei mesi in caso di trasformazione a tempo indeterminato – comma 136).[282]

In tutti questi casi vi è una fiscalizzazione dei contributi non versati per garantire sotto il profilo previdenziale i lavoratori, con inevitabili ripercussioni sulla fiscalità generale.

[282] Sul tema v. G. Bonati, *Gli sgravi contributivi nella legge di bilancio 2018*, Guida Lav. Sole24Ore, n. 3/2018, 10 ss. Al piano di ricollocazione si affianca l'attribuzione anticipata del relativo assegno (con l'introduzione dell'art. 24 bis dopo l'art 24 del D.Lgs 148/2015), con la possibilità, in caso di accettazione di un'offerta di lavoro da parte di un datore che non presenti assetti proprietari sostanzialmente coincidenti, di godere di benefici fiscali oltre che dell'incentivo menzionato nel testo.

Si è spesso osservato che gli incentivi occupazionali drogano in qualche modo il sistema, in quanto producono effetti limitati al momento della loro vigenza. Tuttavia non mi sembra poco, considerando il tasso non trascurabile di norme fallimentari che hanno avuto un impatto molto limitato.

In questo quadro generale, che ha visto comunque una valutazione più attenta e positiva verso la politica degli incentivi, si staglia sullo sfondo un rapporto mai troppo chiarito tra normativa dell'Unione Europea sugli aiuti di Stato e normativa nazionale sugli incentivi.

Questa ambiguità è probabilmente figlia di quella più generale che si riscontra nel definire i confini tra politiche nazionali del lavoro, tendenzialmente oggi escluse dalla considerazione quali aiuti di Stato, e la disciplina propria degli aiuti.

Il legislatore nazionale, negli anni 2015-2017, ha creato norme di natura generale che dovrebbero essere considerate espressione di autonome politiche attive del lavoro e, in quanto tali, per definizione non qualificabili come aiuti di Stato.

Le circolari applicative dell'Inps hanno confermato in parte questa impostazione. L'ANPAL a sua volta è intervenuto con due decreti direttoriali relativi agli incentivi per il Sud e collegati all'occupazione giovanile (D.D. 2 gennaio 2018 n. 2 e D.D. 2 gennaio 2018 n. 3, e successivi interventi correttivi).

La Circolare Inps n. 17 del 19 gennaio 2015, relativa all'esonero contributivo per le nuove assunzioni con contratto a tempo indeterminato, nel corso del 2015, ex art. 118 ss. della legge 23 dicembre 2014 n. 190, all'art. 1, qualifica l'intervento come generalizzato e privo di discrezionalità, e, benchè preveda l'utilizzo di risorse statali, non inquadrabile nella categoria degli aiuti di Stato, non essendo selettivo.

Stessa impostazione nella circolare 57 del 29 marzo 2016, che disciplina l'esonero contributivo per nuove assunzioni nell'anno 2016 (ex art. 1 commi 178 ss legge 28/12/2015 n. 208), e nella circolare n. 40 del 2 marzo 2018 relativa all'esonero contributivo per nuove assunzioni di giovani con contratto a tempo indeterminato ai sensi dell'art. 1, commi 100-108 e 113-114 della legge 27 dicembre 2017 n. 205 (v. articolo 2 della Circolare).

Viceversa gli incentivi per l'occupazione al Sud ai sensi dell'art. 19 del D.Lgs 150/2015, del Decreto Direttoriale del Ministero del Lavoro 367 del 16 novembre 2016 (rettificato con D.D. del 15 dicembre 2016) e del decreto Direttoriale del 2 gennaio 2018 n. 2 dell'ANPAL (modificato con D.D. del 5 marzo 2018 n. 81) sono stati considerati aiuti compatibili con la normativa in materia di aiuti di Stato.

Il Decreto Direttoriale ANPAL 2/2018 ha ridisciplinato la materia degli incentivi all'occupazione per il Mezzogiorno, indicando come destinatari datori di lavoro privati che assumano persone disoccupate (ex art. 19 D.Lgs 150/2015), purchè di età compresa tra i 16 e i 34 anni di età, o anche con 35 e più anni di età purchè privi di impiego regolarmente retribuito da almeno sei mesi ai sensi del D.M. Ministero Lavoro 17 ottobre 2017[283].

[283] Sul significato dell'assenza di un impiego regolarmente retribuito v. retro nota 77.

Sono incentivabili assunzioni o trasformazione di contratti a termine in rapporti a tempo indeterminato, anche a scopo di somministrazione, rapporti di apprendistato professionalizzante, e rapporti di lavoro subordinato instaurati in cooperativa di lavoro, e vi è compatibilità con il lavoro a tempo parziale.

Ai sensi del D.D. ANPAL del 2 gennaio 2018 n. 2 e delle circolari Inps n. 41 dell'1 marzo 2017 e n. 49 del 19 marzo 2018 siamo in presenza di aiuti di Stato ammessi (e quindi esentati da notifica) sia perché rientranti nei regimi *de minimis* sia, in alternativa, quando l'assunzione comporti un incremento occupazionale netto ex art. 2 par. 32 Regolamento UE 651/2014.

Per i lavoratori di età ricompresa tra i 25 e i 34 anni, secondo quanto previsto dal comma 6 dell'art. 7 del D.D. ANPAL n. 2/2018, l'incentivo può essere fruito solo quando, in aggiunta al requisito dell'incremento occupazionale netto, ricorra una delle condizioni indicate, ed in particolare essere privo di impiego regolarmente retribuito da almeno sei mesi, non avere un diploma di istruzione secondaria di secondo grado o una qualifica o diploma di istruzione e formazione professionale, od ancora aver completato la formazione a tempo pieno da non più di due anni e non aver ancora ottenuto il primo impiego regolarmente retribuito, oppure essere assunto in professioni o settori caratterizzati da un tasso di disparità uomo-donna che supera almeno del 25% la disparità media uomo-donna in tutti i settori economici dello stato.

Si tratta di alcune delle condizioni indicate dall'art. 2 del Regolamento UE 651/2014 alle lettere a), c) ed f), perché sia integrata a quel livello la nozione di lavoratore svantaggiato.

È evidente la volontà dell'ANPAL di disciplinare la materia in modo conforme al Regolamento di esenzione n. 651/2014, superando l'isolato richiamo all'incremento occupazionale netto contenuto nelle circolari Inps antecedenti al Decreto Direttoriale dell'ANPAL.

Il criterio dell'incremento occupazionale netto, nonché per i lavoratori di età ricompresa tra i 25 e i 34 anni gli altri criteri sopra richiamati, entrano in gioco dove sia stato sforato il tetto degli aiuti *de minimis*.

A sua volta il Decreto Direttoriale del 2 gennaio 2018 n. 3 dell'ANPAL e le Circolari Inps n. 40 del 28 febbraio 2017 e n. 48 del 19 marzo 2018, relative all'incentivo occupazione giovani, disciplinano una serie di incentivi per assunzioni a tempo indeterminato, anche a scopo di somministrazione, così come per rapporti di apprendistato professionalizzante, anche a tempo parziale, riguardanti lavoratori registrati nel programma garanzia giovani di età compresa tra i 16 e i 29 anni.

Il Decreto Direttoriale ANPAL 3/2018 e la Circolare Inps 48/2018 precisano che l'incentivo, per l'anno 2018 e sino al termine del 29 febbraio 2020, è pari alla contribuzione previdenziale a carico del datore di lavoro, con esclusione dei premi Inail, per un periodo di 12 mesi a partire dalla data di assunzione, nel limite massimo di 8.060 Euro all'anno per lavoratore assunto, riparametrato e calibrato su base mensile.

L'incentivo può essere fruito in prima battuta sulla base del Regolamento *de minimis*, e oltre i limiti degli aiuti *de minimis,* qualora l'assunzione comporti un incremento occupazionale netto (con le esclusioni già previste dall'art. 32 paragrafo 3 del Regolamento UE 651/2014).

Per i giovani di età compresa tra i 25 e i 29 anni, in aggiunta al requisito dell'incremento occupazionale netto, devono sussistere le stesse condizioni già sopra illustrate relativamente all'incentivo per il Mezzogiorno.

Gli incentivi per il Mezzogiorno e quelli relativi al programma Occupazione Giovani sono cumulabili con l'incentivo strutturale all'occupazione giovanile stabile previsto dall'art. 1, comma 100, Legge 27 dicembre 2017 n. 205, pur con i limiti precisati negli stessi decreti direttoriali.

Sia nel caso di incentivi per l'occupazione al Sud Italia, sia nel caso di incentivi collegati alla Garanzia Giovani l'ANPAL e l'Inps hanno collocato la materia all'interno della disciplina degli aiuti (e non delle politiche generali del lavoro), pur adottando un approccio mobile, che la riporta in parte all'interno della disciplina *de minimis* e in parte all'interno di specifiche esenzioni, collegate principalmente ad un aumento netto dell'occupazione. Peraltro si possono nutrire dubbi su quest'ultimo richiamo, visto che si tratta solo di una condizione relativa a determinate categorie di aiuti (ad es. lavoratori svantaggiati), ma non di una categoria a sé.

Vi è pertanto un uso "a geometria variabile" dei regolamenti di esenzione, che vengono richiamati solo in presenza di situazioni che difficilmente potrebbero essere collocate nell'ambito delle politiche economiche generali, dal momento che sono considerate aiuti ammessi dalla disciplina dell'Unione.

I provvedimenti collegati ad una certa soglia d'età contenuti nella Legge di Stabilità per il 2018 vanno apparentemente ad interferire con la disciplina delle esenzioni per soggetti svantaggiati, tra cui sono ricompresi i giovani.

Tuttavia la soglia europea è più bassa (24 anni) ed estensibile per non recenti sentenze della Corte di Giustizia a 29 anni, se in possesso di titoli universitari.

Abbiamo visto come nel caso del contratto di formazione e lavoro la soglia dei 32 anni venne considerata illegittima dalla Corte di Giustizia, che ribadì che la nozione di giovane si ricava dal diritto eurounitario e non può superare il limite dei 29 anni.

Resta al di fuori il limite dei 35 anni previsto per il 2018, ed esteso agli anni 2019 e 2020 dal c.d. "decreto dignità" (su cui v. infra).

Al di là del fatto che il governo ha certamente verificato con gli organismi dell'Unione la tenuta dell'eccezione, originariamente limitata all'anno 2018, sul tema possono porsi due considerazioni.

In primo luogo, come già evidenziato, una soglia anagrafica di 35 anni non sembra costituire una misura selettiva, in quanto non favorisce alcun gruppo particolare di imprese.

Non alterando la concorrenza, potrebbe essere considerata come una misura di politica generale del lavoro, posta al di fuori della disciplina degli aiuti (anche in esenzione).

In secondo luogo la situazione politica ed economica che si è venuta a creare dopo la crisi del 2008 è completamente diversa rispetto a quella dei primi anni 2000, quando fu emessa la sentenza sul contratto formazione e lavoro.

La Commissione deve considerare le gravi difficoltà di ordine economico-sociale ed occupazionale, e quindi sembra avere maggiore tolleranza rispetto a incoerenze interne al sistema.

La misura relativa a rapporti di alternanza scuola-lavoro potrebbe richiamare la lettera C dell'art. 2 del Regolamento di esenzione del 2014, che fa riferimento anche a soggetti che abbiano completato la formazione a tempo pieno da non più di due anni senza avere ottenuto un primo impiego regolarmente retribuito.

Anche in questo caso il requisito anagrafico è superiore rispetto a quello europeo e in merito possono comunque valere le considerazioni sopra svolte sul carattere assorbente della assenza di selettività.

La disciplina dell'Unione Europea viene così gestita in modo flessibile, collegando la misura assunta ad ogni spazio utile per evitare censure.

In effetti, dopo le esperienze negative dei contratti di formazione e lavoro e dei contratti di riallineamento, vi è un notevole attenzione agli aspetti tecnici della disciplina degli incentivi, per evitare che si ripetano infortuni analoghi, e le misure vengono normalmente discusse informalmente e preventivamente a livello di commissione.

Tuttavia si ha talvolta l'impressione di un tentativo di trovare a posteriori una copertura nella legislazione europea alla disciplina nazionale, con qualche forzatura ed incoerenza, in parte giustificate dall'estrema difficoltà di rinvenire criteri di distinzione dirimenti tra politiche generali del lavoro, di competenza nazionale, e disciplina degli aiuti ammessi in deroga, di derivazione eurounitario.

11.3. La legge di conversione del c.d. "Decreto Dignità" e la disciplina degli aiuti.

In concomitanza con la chiusura di questo saggio, il Governo Conte ha emanato un Decreto Legge definito "Disposizioni urgenti per la dignità dei lavoratori e delle imprese"[284] che, tra gli altri provvedimenti, al capo secondo, artt. 5, 6 e 7 prevede disposizioni in materia di limiti alla delocalizzazione delle imprese beneficiarie di aiuti, tutela dell'occupazione nelle imprese beneficiarie di aiuti e recupero del beneficio dell'iper ammortamento in caso di cessione o delocalizzazione degli investimenti.

Obiettivo della Legge è sanzionare le imprese che, dopo aver goduto di aiuti di Stato a fronte di investimenti produttivi, delocalizzino la loro attività nel termine di 5 anni dalla data di conclusione dell'iniziativa o del completamento dell'investimento agevolato. Se la delocalizzazione avviene in stati non appartenenti all'Unione Europea, e comunque allo spazio economico europeo, oltre alla perdita del beneficio, è prevista anche una sanzione amministrativa in misura da 2 a 4 volte l'importo di aiuto fruito (art. 5, comma 1).

In presenza di un aiuto di Stato collegato ad investimenti produttivi specificamente localizzati ai fini dell'attribuzione del beneficio, la decadenza è prevista a fronte di una delocalizzazione al di fuori dell'ambito territoriale del predetto sito, sia in Italia che in Europa (art. 5, comma 2).

Per delocalizzazione si intende il trasferimento di attività economica o di sua parte dal sito produttivo incentivato ad altro sito da parte della medesima impresa beneficiaria dell'aiuto o di altra impresa con la quale vi sia rapporto di controllo o collegamento ai sensi dell'art. 2359 c.c.

All'art. 6 si prevede poi che in presenza di imprese italiane od estere operanti sul territorio nazionale che beneficiano di aiuti che prevedano la valutazione dell'impatto occupazionale, vi sia decadenza dal beneficio in caso di riduzione superiore al 50% dei livelli occupazionali degli addetti all'unità produttiva o all'attività interessata dal beneficio nei cinque anni successivi dalla data di completamento dell'investimento. La decadenza non opera in caso di riduzioni riconducibili a giustificato motivo oggettivo.

[284] D.L. 12 luglio 2018 n. 87, pubblicato in GU n. 161 del 13 luglio 2018, convertito con modifiche in Legge 9 agosto 2018 n.96.

La riduzione del personale deve essere superiore al 10% e la decadenza dal beneficio è disposta in misura proporzionale alla riduzione del livello occupazionale, ed è comunque totale in caso di riduzione superiore al 50%.

In merito si può rilevare che per gli aiuti a finalità regionali il Reg. 651/2014 prevede già che tra le varie condizioni per poter beneficiare dell'aiuto vi sia un incremento del numero dei dipendenti rispetto alla media dei 12 mesi precedenti e che il posto di lavoro sia effettivamente occupato entro 3 anni dal completamento dei lavori e che sia mantenuto per un periodo di almeno 5 anni dalla data in cui è stato occupato per la prima volta o di 3 anni nel caso di PMI.

Viceversa per gli aiuti agli investimenti a favore di PMI i posti di lavoro devono essere creati entro 3 anni dal completamento dell'investimento e devono essere mantenuti per un periodo minimo di 3 anni a partire dalla data in cui sono occupati per la prima volta.

La normativa introdotta a livello nazionale innalza la soglia a 5 anni, anche se vengono calcolati dalla data di completamento dell'investimento e non dalla data in cui il posto di lavoro creato è stato occupato.

Considerando che il posto di lavoro può essere occupato entro 3 anni dal completamento dei lavori, la disciplina U.E. potrebbe essere più garantista ove il posto di lavoro fosse effettivamente occupato alla fine dei 3 anni dal completamento dei lavori, dovendo essere mantenuto per ulteriori 3 (in caso di PMI) o 5 anni.

Si può rilevare altresì che a livello di Unione il periodo minimo di mantenimento dell'occupazione è fissato direttamente dalla legislazione europea in caso di posti di lavoro creati a seguito di investimenti, mentre in relazione ai benefici per i lavoratori svantaggiati, per cui è previsto tra le condizioni l'incremento occupazionale, vi è un rinvio alla legislazione nazionale o alla contrattazione collettiva per la determinazione del periodo di mantenimento dell'occupazione realizzata.

Non si riesce a comprendere la ragione che ha portato ad escludere, al primo comma dell'art. 6, i licenziamenti per giustificato motivo oggettivo dalle riduzioni dei livelli occupazionali sanzionate con la perdita del beneficio[285]. La logica porterebbe esattamente al contrario e dovrebbero essere i licenziamenti collegati ad una giusta causa o ad un giustificato motivo soggettivo, oltre alle dimissioni o al pensionamento per raggiunti limiti di età, a non essere considerati, come del resto avviene nell'ambito della normativa dell'Unione[286]. Così l'art. 32 del Regolamento UE 651/2014, al comma 3, prevede che non rilevino ai fini dell'incremento i posti resi vacanti a seguito di dimissioni volontarie, invalidità, pensionamento per raggiunti limiti di età, riduzione volontaria dell'orario di lavoro o licenziamento per giusta causa, mentre viceversa i licenziamenti per riduzione del personale vengono considerati nella valutazione dell'impatto occupazionale. In ordine al mantenimento del posto di lavoro per un periodo minimo, l'art. 32, comma 4, Reg. UE 651/2014 esclude l'ipotesi di licenziamento per giusta causa, dove entra in gioco un gravissimo inadempimento del

[285] Secondo E. De Fusco e M. Prioschi in Il Sole 24 ore, 4 agosto 2018, p. 13, "*Questa previsione ha una sua logica, perché consente all'azienda, che si trovi in difficoltà, di ridurre il personale pur mantenendo l'aiuto ricevuto*", anche se subito dopo gli autori precisano che il licenziamento per giustificato motivo oggettivo non presuppone necessariamente una crisi aziendale, ma può avvenire anche per migliorare l'efficienza e la redditività delle imprese. A livello europeo in realtà la logica è rovesciata, perché l'ancoraggio dell'aiuto all'incremento dei livelli occupazionali può tollerare eccezioni solo ove la riduzione dei livelli non dipenda da una scelta aziendale ma da comportamenti del lavoratore (giusta causa di licenziamento, dimissioni) o da circostanze oggettive (quali il raggiungimento dell'età pensionabile).

[286] In merito v. retro paragrafo 7a.

lavoratore. Stessa disciplina in caso di aiuti all'occupazione di lavoratori con disabilità (art. 33, commi 3 e 4 Reg. UE 651/2014).

La disciplina del c.d. "decreto dignità", sotto questo profilo si pone irragionevolmente in contrasto con la disciplina dell'Unione Europea.

Si è visto come la decadenza dal beneficio nella normativa nazionale sia proporzionale alla riduzione del livello occupazionale e diventa totale solo in caso di riduzione superiore al 50%. A livello europeo la mancata realizzazione delle condizioni previste determina la revoca del beneficio, anche se vi sono temperamenti proporzionali; così per i lavoratori svantaggiati l'art. 32, comma 5, del Reg. 651/2014 prevede che, qualora il periodo di occupazione sia più breve di 12 mesi o di 24 mesi (in caso di lavoratore molto svantaggiato) l'aiuto sarà proporzionalmente ridotto di conseguenza.

Le misure previste dall'art. 6 devono essere confrontate con quelle analoghe a livello europeo sul mantenimento dei livelli occupazionali mentre, per quanto riguarda specificamente le delocalizzazioni, a livello di Unione si prevede all'art. 14, comma 16 del Reg. 651/2014, come modificato dal Reg. 1084/2017, che in caso di aiuti per investimenti regionali il beneficiario debba impegnarsi a non effettuare delocalizzazioni nei due anni successivi al completamento dell'investimento. Il passaggio da due a cinque anni, nella normativa nazionale, potrebbe porre problemi rispetto alla libertà di stabilimento e circolazione dei capitali, ove fosse considerata irragionevole l'estensione del periodo.

Con la conversione in legge nel c.d. "decreto dignità" è stato aggiunto l'art. 1 bis, che prevede un esonero contributivo ulteriore per favorire l'occupazione giovanile.

In verità la norma è strutturata per buona parte negli stessi termini dell'art. 1, comma 100, della legge 27 dicembre 2017 n. 105[287].

Anche in questo caso si prevede un esonero del 50% dei contributi, con esclusione dei premi Inail, nel limite massimo di 3.000 Euro su base annua per le assunzioni con contratto a tutele crescenti.

Si continua a prevedere che deve trattarsi di lavoratori fino a 35 anni di età che non sono stati occupati a tempo indeterminato con lo stesso o con altro datore di lavoro, ricomprendendovi anche periodi di apprendistato non trasformati.

Si coglie una prima differenza nel fatto che la normativa di cui alla legge 205/2017 riduce l'età a 30 anni a partire dal 2019, mentre la nuova norma prevede il limite di 35 anni anche per il 2019 e per il 2020.

Una seconda differenza è data dal fatto che non viene menzionata l'eccezione prevista dal comma 103 dell'art. 1 della legge 205/2017 secondo cui non osta al riconoscimento dell'esonero il fatto che il lavoratore fruisca parzialmente dell'esonero triennale e sia nuovamente assunto a tempo indeterminato da altri datori di lavoro privato. Peraltro, trattandosi di una misura di carattere strutturale, l'eccezione di cui al comma 103 dell'art. 1 della legge 205/2017 dovrebbe continuare ad operare certamente per i lavoratori sino a 30 anni di età ma, a mio avviso, con un'interpretazione sistematica razionalizzante, anche per quelli di età ricompresa tra i 30 e i 35 anni che vengano assunti negli anni 2019 e 2020.

[287] Su cui v. retro par. 11.2.

11.4. L'interferenza e l'ambivalenza tra aiuti di stato, politiche attive ed incentivi.

Un'interferenza tra disciplina dell'Unione sugli aiuti e politiche generali del lavoro è inevitabile.

Buona parte degli incentivi collegati all'assunzione di giovani potrebbero essere espressione di politiche generali del lavoro, così come quelli tesi a incentivare l'occupazione nelle regioni meridionali, visto che queste regioni, dopo l'accordo del 2014 in sede europea, rientrano certamente in quelle svantaggiate che necessitano di politiche specifiche di incentivazione occupazionale.

Ma anche la stessa protezione di lavoratori definiti come svantaggiati a livello europeo, potrebbe rientrare in una scelta di politica generale, economica e sociale, se non fosse considerato aiuto esente dal Regolamento Generale di esenzione, dal momento che non siamo in presenza di misure volte a favorire un determinato gruppo di imprese o produzioni.

I Regolamenti di esenzione assumono così una duplice valenza.

Per un verso costituiscono un'attenuazione della rigidità propria della disciplina. Esentando dall'obbligo di notifica testimoniano la piena compatibilità tra alcune tipologie di aiuti e la disciplina della concorrenza.

Ma nello stesso tempo i regolamenti potrebbero incidere sulla nozione di aiuto che, essendo funzionale, porta con sé inevitabili incertezze interpretative.

Proprio in quanto esentate dall'obbligo di notifica, queste misure vengono identificate come aiuti ed inevitabilmente sottratte ai possibili spazi discrezionali delle politiche generali nazionali che si pongano in contrasto con la normativa europea.

Questa conclusione potrebbe essere apparentemente smentita dal fatto che il punto 6 dei considerande del Regolamento UE 2015/1588, che ha sostituito il Regolamento 994/98 (già modificato con il Regolamento 733/2013, che aveva un'analoga previsione al punto 2 dei consideranda), indica i principi cui deve attenersi la Commissione nell'emettere i Regolamenti in esenzione e prevede espressamente che "*l'inserimento di una determinata categoria di aiuti nel presente Regolamento, o in un Regolamento di esenzione, non predefinisce la qualifica di una misura come aiuto di Stato ai sensi dell'art. 107, paragrafo 1 TFUE.*" La previsione, non presente nell'originario Regolamento 994/98, esclude che possa esserci una predefinizione di una misura come aiuto se inserita nel Regolamento di esenzione.

Tuttavia, a mio avviso, si tratta di una precisazione in un certo senso dovuta, perché altrimenti si sarebbe potuta realizzare una surrettizia modifica dell'art. 107, paragrafo 1 del TFUE.

In ogni caso è ben difficile che una misura venga inserita in un Regolamento di esenzione per evitare che sia considerata un inammissibile aiuto di Stato, purchè siano rispettate le varie condizioni, e la stessa misura, ove adottata dallo stato nazionale in modo difforme rispetto alla regolamentazione dell'Unione, possa essere "salvata" in quanto considerata espressione di politica generale.

Se così fosse tutta la rigorosa disciplina dei Regolamenti di esenzione potrebbe essere facilmente aggirata.

Così, sostanzialmente, la disciplina europea contemporaneamente apre spazi ad aiuti legittimi, ma ne sottrae alle politiche economiche degli stati membri. L'aiuto esente, identificato nel Regolamento, trova la sua disciplina nel diritto dell'Unione ed in particolare nei regolamenti di esenzione.

Con un approccio (forse eccessivamente) restrittivo, si può dire che uno Stato nazionale non può disciplinare queste materie (ad es. interventi a favore di lavoratori svantaggiati, la cui nozione è molto ampia e ricomprende anche giovani tra i 15 e i 24 anni) al di fuori delle indicazioni, dei principi generali e dei limiti derivanti dallo stesso diritto europeo.

Per cui se una tipologia di incentivi è compresa nel Regolamento di esenzione è molto difficile negarne la natura di aiuto di Stato, se pur esente da notifica.

Tuttavia resta una perplessità di fondo data dalla considerazione, già espressa, che in alcuni casi il bene protetto sembra essere più la coerenza interna del sistema eurounitario che non la concorrenza (come dovrebbe essere) e la potenziale compressione delle politiche generali nazionali appare eccessiva.

Viceversa, al di fuori delle ipotesi identificate nei regolamenti, il criterio dirimente tra misura di politica generale ed aiuto di Stato, ancora una volta, è quello della selettività.

Sono da considerare aiuti di Stato quelli che favoriscono alcune imprese, o gruppi di imprese, o particolari produzioni, o quelli dove comunque è attribuito all'autorità pubblica un potere discrezionale nel concedere un vantaggio.

È in questi casi che viene effettivamente ad essere alterata la concorrenza all'interno del mercato unico e degli stati membri, e una corretta applicazione di questo principio avrebbe dovuto portare a dichiarare incompatibili con il diritto dell'Unione disposizioni che attribuivano un indubbio vantaggio economico, come quelle specifiche per i contratti a termine delle Poste Italiane, che invece la Corte di Giustizia, nella sentenza *Viscido*, ha considerato non incompatibili in quanto non comportavano una erogazione diretta di risorse ad opera dello Stato.

In definitiva politiche occupazionali generali possono implicare anche scelte in favore di soggetti che abbiano difficoltà di accesso al mercato del lavoro quali giovani o altre tipologie, ma il fatto che queste categorie siano tutelate con una specifica disciplina europea in materia di esenzione dall'obbligo di notifica, rischia di impedire qualsiasi intervento nazionale che non sia conforme a quella dettagliata disciplina.

Al di fuori di queste aree assorbite dai regolamenti dell'Unione, le politiche generali nazionali (ad es. misure generalizzate di esenzione contributiva per nuove assunzioni) ritrovano ampi spazi per il raggiungimento di quegli obiettivi occupazionali che comunque sono obiettivi europei e non solo nazionali.

In questo campo "libero" la selettività costituisce il criterio fondamentale per distinguere un lecito intervento, (anche sotto forma di incentivo assunzionale) rispetto ad un inammissibile aiuto.

Tuttavia se si vuole salvaguardare realmente il principio della libera concorrenza, non ci si può nascondere il fatto che anche le politiche nazionali generali possono in qualche misura alterare la

concorrenza stessa. Il contrappeso rispetto a questo rischio dovrebbe essere dato da una politica fiscale comune, che ad oggi è assente[288].

La mancata armonizzazione fiscale a livello di Unione europea (o quantomeno Area Euro) non può non comportare effetti distorsivi anche sulla concorrenza, ma qui entrano in gioco scelte politiche di fondo che ci rimandano al conflitto tra egoismi nazionali e visione europea, e alle conseguenti laceranti sfide politiche.

[288] Sul tema v. le considerazioni di D. Rodrik, *Troppo tardi per l'unità fiscale della UE*, in Il Sole 24 ore, 2017.

Il lavoro nel diritto comunitario (ora eurounitario) e l'ordinamento italiano: (più di) trent'anni dopo*

Michele De Luca

1. Il lavoro nel diritto comunitario (ora eurounitario) e l'ordinamento italiano (più di) trent'anni dopo: definizione ed impostazione del tema d'indagine. 99

2. Il lavoro nel diritto comunitario (ora eurounitario) e l'ordinamento italiano: *stato dell'arte* a partire dal *convegno di Parma* del 1985. 105

3. Segue: segni di inversione di tendenza a partire dalla c.d. *saga Taricco.* 111

4. Segue: evoluzione della giurisprudenza dei nostri giudici ordinari a partire dal *convegno di Parma del 1985*. 120

5. Notazioni conclusive: *cessione di sovranità* dello stato al tempo dei *sovranismi.* 127

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 370/2018

1. Il lavoro nel diritto comunitario (ora eurounitario) e l'ordinamento italiano (più di) trent'anni dopo: definizione ed impostazione del tema d'indagine.

Resta, beninteso, *storia minore*, né s'intende enfatizzare il remoto convegno di Parma – evocato fin dal titolo – sul medesimo tema: il *lavoro nel diritto comunitario e l'ordinamento italiano.*[289]

È stato organizzato, più di trent'anni fa (correva l'anno 1985, era la fine di ottobre), dalla Facoltà di giurisprudenza dell'Università di Parma e dalla sezione Emilia-Romagna del Centro nazionale studi di diritto del lavoro Domenico Napoletano

Non segna, beninteso, l'inizio del periodo da indagare.

Ne risulta, tuttavia, la ricostruzione del coevo *stato dell'arte* – sul tema d'indagine – che s'intende assumere a base della riflessione – in prospettiva diacronica – sul medesimo tema.

Pare, invero, ricostruzione di sicura affidabilità.

Lo garantisce, infatti, la stessa *struttura organizzativa* – per così dire – del convegno.

Principi fondamentali dell'ordinamento delle comunità europee e *contenzioso* tra comunità e stati membri, parimenti in materia di lavoro, si coniugano – quale oggetto di relazioni – con *portata ed efficacia* della normativa comunitaria, segnatamente delle direttive, in relazione a contrattazione collettiva e giurisprudenza dei giudici ordinari italiani, nella stessa materia.[290]

Tematiche specifiche di diritto comunitario del lavoro occupano, poi, gli interventi.[291]

La *struttura organizzativa* del convegno, tuttavia, si coniuga con la elevata professionalità (di almeno alcuni) dei relatori.[292]

1.1. Particolare rilevo assume – nella ricostruzione, che il remoto *convegno di Parma* propone – la giurisprudenza della Corte di giustizia e quella dei giudici nazionali.

---

[289] Vedi *Il lavoro nel diritto comunitario e l'ordinamento italiano*, atti del convegno di Parma (30 ee31 ottobre 1985), organizzato dalla Facoltà di giurisprudenza dell'Università degli studi di Parma e dalla Sezione Emilia-Romagna del Centro nazionale studi di diritto del lavoro Domenico Napoletano, Padova, CEDAM, 1988.

[290] Vedi le relazioni di: F. MANCINI (allora, anche avvocato general presso la Corte di giustizia delle Comunità europee) , *Principi fondamentali di diritto del lavoro nell'ordinamento delle Comunità europee*, pag. 23 ss.; A. TOLEDANO LAREDO (Direttore del servizio giuridico della Commissione delle Comunità Europee), *Contenzioso tra la Comunità europea e gli stati membri in materia di diritto del lavoro*, 41 ss.*; A. TIZZANO (allora, anche consulente giuridico della Rappresentanza permanente d'Italia presso la C.E.E.), Efficacia della normativa comunitaria in materia di lavoro*, 63 ss.*;* F. CAPELLI, *Portata ed efficacia delle direttive comunitarie in materia di rapporti di lavoro*, 77 ss.*;* G. NICOLINI, *Normativa comunitaria in materia di lavoro e contrattazione collettiva*, 83 ss.*;* M.DE LUCA (consigliere della sezione lavoro della Corte di cassazione; docente nella scuola di specializzazione nelle discipline del lavoro dell'Università di Parma), *Normativa comunitaria in materia di lavoro e giurisprudenza dei giudici ordinari italiani*, 101 ss.

[291] Vedi gli interventi di L. GALANTINO; P. FABRIS, *Il principio di favor nel diritto comunitario;* R.PANZARANI; R. FOGLIA, *La parità di trattamento uomo-donna nel diritto comunitario*; L.SILVAGNA; E. TRAVERSA, *La direttiva del Consiglio 80/927/CEE* del 26 ottobre 1980 concernente il ravvicinamento delle legislazioni degli stati membri relative alla tutela dei lavoratori subordinati in caso di insolvenza del datore di lavoro*;* A. D'HAMANT FRANCOIS, *L'informazione e la consultazione dei lavoratori nel progetto comunitario e nella regolamentazione italiana*; A. CORTESE, *parità uomo-donna e giurisprudenza;* A. ADINOLFI; F. SALERNO; V. SIMI; M: FRANCESCHELLI, *Chiusura dei lavori.*

[292] Un *filo rosso* lega, tuttavia, il convegno di Parma del 1985 al convegno di Ascoli Piceno del 1989 (27 e 28 ottobre) – organizzato dallo stesso Centro nazionale studi di diritto del lavoro Domenico Napoletano – sul tema *Dimensione sociale del mercato unico europeo,* con la partecipazione (di molti) degli stessi relatori ed interventori (Tizzano, De Luca, Mancini, R. Foglia) oltre che di altri (quali: Treu, Garonna, Mortillaro, Flammia, P- Sandulli, Perone ed altri): vedine gli Atti, Milano, Giuffrè, 1990.

La Corte di giustizia, infatti, concorre con la nostra Corte costituzionale per la definizione del rapporto tra ordinamento delle Comunità europee, appunto, ed il nostro ordinamento nazionale.

Le interpretazioni proposte dalle stesse Corti – nell'ambito delle rispettive *competenze* – sono destinate, poi, ad integrare la disciplina del *caso concreto* – (anche) in materia di lavoro – che i *giudici comuni* nazionali sono chiamati ad applicare.

Alla data del *convegno di Parma*, tuttavia, il diritto comunitario del lavoro risultava ignorato dai nostri *giudici comuni* e, segnatamente, dai nostri giudici ordinari.[293]

Coerentemente, la coeva giurisprudenza della Corte di giustizia – in materia di lavoro – risultava formata, per quanto riguarda il nostro ordinamento, soltanto in procedure di infrazione.[294]

1.2. Alla data del *convegno di Parma* (30 e 31 ottobre 1985, appunto), risultava sostanzialmente condivisa dalla Corte di giustizia e dalla nostra Corte costituzionale – fin dalle remote sentenze *Simmenthal* e *Granital* (Corte giust. 9 marzo 1978, in causa C- 106/77, e, rispettivamente, Corte cost. 8 giugno 1984, n. 170) – la definizione del rapporto tra ordinamento comunitario e ordinamento nazionale degli stati membri.

Superata ogni altra divergenza pregressa, infatti, restava ancora (come resta tuttora) – ma pare di rilievo puramene teorico – soltanto la configurazione alternativa – proposta dalla Corte di giustizia e, rispettivamente, dalla nostra Corte costituzionale – tra confluenza in unico sistema e, rispettivamente, separazione – con reciproco coordinamento – dei due ordinamenti.

Condiviso risultava, invece, il riconoscimento della *speciale natura* dell'ordinamento comunitario – nel panorama degli ordinamenti sovrannazionali – in quanto fonte di disciplina giuridica non solo per i rapporti tra stati.

Parimenti condiviso risultava, altresì, il riconoscimento della *primazia* dell'ordinamento comunitario – rispetto agli ordinamenti nazionali degli stati membri – nonché della *efficacia diretta* di norme comunitarie immediatamente precettive, nonché delle implicazioni e dei limiti relativi.[295]

E tale è rimasto fino alla inversione, che pare avviata dalla c.d. *saga Taricco* (vedi *infra,* spec. § 3).

---

[293] Vedi M. DE LUCA, *op. cit.*

[294] Vedi TOLEDANO LAREDO, *op. cit.*

[295] Lo stabilisce lucidamente la sentenza Granital della nostra Corte costituzionale (n. 170 dell'8 giugno 1984), che – dopo avere sottolineato l'intervenuta convergenza con la Corte di giustizia (*alla conclusione testé enunciata perviene, per parte sua, anche la Corte del Lussemburgo*) – così prosegue;
"Detto Collegio considera, é vero, la fonte normativa della Comunità e quella del singolo Stato come integrate in un solo sistema, e quindi muove da diverse premesse, rispetto a quelle accolte nella giurisprudenza di questa Corte.
Quel che importa, però, é che col giudice comunitario si possa convenire nel senso che alla normativa derivante dal Trattato, e del tipo qui considerato, va assicurata diretta ed ininterrotta efficacia: e basta questo per concordare sul principio secondo cui il regolamento comunitario é sempre e subito applicato dal giudice italiano, pur in presenza di confliggenti disposizioni della legge interna".
La sentenza Simmenthal della Corte di giustizia (9 marzo 1978, in causa 108), infatti, stabilisce testualmente (punto 17):
"(…) in forza del principio della preminenza del diritto comunitario, le disposizioni del trattato e gli atti delle istituzioni, qualora siano direttamente applicabili, hanno l'effetto, nei loro rapporti col diritto interno degli stati membri, non solo di rendere "ipso iure" inapplicabile, per il fatto stesso della loro entrata in vigore, qualsiasi disposizione contrastante della legislazione nazionale preesistente, ma anche – in quanto dette disposizioni e detti atti fanno parte integrante, con rango superiore rispetto alle norme interne, dell'ordinamento giuridico vigente nel territorio dei singoli stati membri – di impedire la valida formazione di nuovi atti legislativi nazionali, nella misura in cui questi fossero incompatibili con norme comunitarie".

1.3. È ben vero, infatti, che Augusto Barbera[296] – in funzione della tesi, propugnata contestualmente[297] – prospetta una *"lettura aggiornata della sentenza Simmenthal da parte della Corte di giustizia e della sentenza Granital da parte della Corte (costituzionale) italiana".*

La fonda, bensì, su alcune sentenze della Corte di giustizia[298], che hanno interpretato *"l'articolo 267 TUFUE, relativo alla competenza della stessa (Corte di giustizia) in via pregiudiziale, (…) nel senso che questa (competenza) non preclude una normativa nazionale che preveda una domanda di annullamento erga omnes davanti ad una Corte costituzionale (sia pure) a quattro condizioni"* stabilite contestualmente[299] .

Perviene, tuttavia, alla conclusione che ne risulterebbe soltanto *"una possibile direzione di marcia più che un risultato già raggiunto".*

Peraltro non può prescindersi dal rilievo che assumono, in senso diametralmente opposto, le lucide – quanto incontestate – conclusioni della *sentenza Granital*[300], secondo cui il *fenomeno* della norma interna *incompatibile* con l'ordinamento comunitario (ed, ora, eurounitario) – senza alcuna distinzione, sia detto per inciso, tra *disposizioni* e *principi* dello stesso ordinamento – *"va distinto dall'abrogazione, o da alcun altro effetto estintivo o derogatorio"* e – soprattutto, per

---

[296] Vedi A, BARBERA, *La Carta dei diritti: per un dialogo fra la Corte italiana e la Corte di giustizi,* in Associazione italiana dei costituzionalisti (AIC), rivista n. 4/2017, pubblicata il 6 novembre 2017, spec. 8 e § 4 – intitolato, appunto, *Per un aggiornamento della sentenza Simmenthal* – 10 ss.

[297] Nei termini testuali seguenti: *"Dico subito, in breve, la mia opinione: allorché si tratti di puntuali antinomie di regole, spetta al giudice comune disapplicare la regola interna, costretta a ritirarsi, ma, allorché l'antinomia riguardi una norma nazionale in contrasto con principi (od obiettivi), diventa appropriato il coinvolgimento delle Corti costituzionali, ovviamente non escludendo il contributo della Corte di giustizia attraverso – ove necessario – il rinvio pregiudiziale ex art. 267 del TFUE. In tali casi le Corti costituzionali sarebbero chiamate a giudicare in termini di validità/invalidità e con effetto erga omnes delle proprie decisioni: Del resto, nel primo caso di antinomia fra regole – o si applica una o si applica l'altra – nel secondo caso di contrasto tra una regola ed un possibile "parametro"",*

[298] Vedi Cote cost.22 giugno 2010, in cause 188 e 189/10; 11 settembre 2014, in causa 112/13; 4 giugno 2015, in causa 5/14: nonché conclusioni dell'avvocato generale in causa 173/09.

[299] Nei termini testuali seguenti: *"che i giudici possano sottoporre alla Corte di giustizia, in qualsiasi fase del procedimento, "e finanche al termine del procedimento incidentale di controllo generai delle leggi", a qualsiasi questione pregiudiziale a loro giudizio necessaria; che essi possano adottare provvedimenti "provvisori per la tutela dei diritti conferiti dal diritto dell'Unione; che essi possano comunque disapplicare la disposizione nazionale al termine al termine del giudizio incidentale (immagino: se non dichiarata incostituzionale); che venga comunque mantenuta la facoltà del giudice comune di rivolgere una domanda di pronuncia pregiudiziale".*

[300] Nei termini testuali seguenti:

"D'altra parte, la garanzia che circonda l'applicazione di tale normativa é - grazie al precetto dell'art. 11 Cost., com'è sopra chiarito - piena e continua. Precisamente, le disposizioni della CEE, le quali soddisfano i requisiti dell'immediata applicabilità devono, al medesimo titolo, entrare e permanere in vigore nel territorio italiano, senza che la sfera della loro efficacia possa essere intaccata dalla legge ordinaria dello Stato. Non importa, al riguardo, se questa legge sia anteriore o successiva. Il regolamento comunitario fissa, comunque, la disciplina della specie. L'effetto connesso con la sua vigenza é perciò quello, non già di caducare, nell'accezione propria del termine, la norma interna incompatibile, bensì di impedire che tale norma venga in rilievo per la definizione della controversia innanzi al giudice nazionale. In ogni caso, il fenomeno in parola va distinto dall'abrogazione, o da alcun altro effetto estintivo o derogatorio, che investe le norme all'interno dello stesso ordinamento statuale, e ad opera delle sue fonti. Del resto, la norma interna contraria al diritto comunitario non risulta - é stato detto nella sentenza n. 232/75, e va anche qui ribadito - nemmeno affetta da alcuna nullità, che possa essere accertata e dichiarata dal giudice ordinario. Il regolamento, occorre ricordare, è reso efficace in quanto e perché atto comunitario, e non può abrogare, modificare o derogare le confliggenti norme nazionali, né invalidarne le statuizioni. Diversamente accadrebbe, se l'ordinamento della Comunità e quello dello Stato - ed i rispettivi processi di produzione normativa - fossero composti ad unità. Ad avviso della Corte, tuttavia, essi, per quanto coordinati, sono distinti e reciprocamente autonomi. Proprio in ragione, dunque, della distinzione fra i due ordinamenti, la prevalenza del regolamento adottato dalla CEE va intesa come si è con la presente pronunzia ritenuto: nel senso, vale a dire, che la legge interna non interferisce nella sfera occupata da tale atto, la quale é interamente attratta sotto il diritto comunitario.

quanto qui interessa – che *"la norma interna contraria al diritto comunitario non risulta (……) nemmeno affetta da alcuna nullità".*

1.4. La *efficacia diretta* delle norme *immediatamente precettive* – perché di *contenuto certo* ed *incondizionate* – riguardava, tuttavia, le norme di *fonti primarie*: trattati, regolamenti e, solo dopo il *trattato di Lisbona*, anche la *Carta.*

Per le direttive – che impongono agli stati membri soltanto un *obbligo di risultato* – la *efficacia diretta* era invece limitata – parimenti per le *norme immediatamente precettive* – ai rapporti con lo *stato* (c.d. *efficacia diretta verticale*), mentre era esclusa per i *rapporti tra privati* (c.d. *efficacia diretta orizzontale*).

In tale prospettiva, non può essere trascurato, tuttavia, che le sentenze della Corte di giustizia sono fonti ulteriori dell'ordinamento comunitario (ed, ora, eurounitario)[301] e, di conseguenza, l'interpretazione – che ne risulti – delle direttive non ne condivide i prospettati limiti alla *efficacia diretta*

1.5. In coerenza con la prospettata *natura speciale* dell'ordinamento comunitario (ora, eurounitario) e con la sua *primazia* – rispetto agli ordinamenti nazionali degli stati membri – l'*efficacia diretta* delle direttive, tuttavia, risulta successivamente estesa.

L'ampliamento della *nozione di stato* si coniuga, in tale prospettiva, con la identificazione dello stesso *stato* – in tutte le sue funzioni – ivi compresa quella giurisdizionale.

1.6. La *efficacia diretta* comporta, poi, l'applicazione delle norme comunitarie – che ne siano dotate – in luogo delle norme interne confliggenti.

Vi provvedono, quindi, i *giudici comuni.*

Ne risulta superata, di conseguenza, la pregressa necessità – imposta, in un remoto passato, dalla nostra corte costituzionale, in contrasto della Corte di giustizia – di sollevare, in tal caso, questione di legittimità costituzionale (in relazione all'art. 11 cost.).

Alle stesse conclusioni sembrava doversi pervenire con riferimento alle norme – dotate, appunto, di *efficacia diretta* – della Carta di Nizza, una volta che il trattato di Lisbona (art. 6) le ha riconosciuto lo *stesso valore del trattato.*

1.7. Rimasto finora sostanzialmente immutato – a far tempo, appunto, dalle sentenze *Simmenthal* e *Granital* – il prospettato assetto dei rapporti – tra ordinamento comunitario (ora eurounitario) ed il nostro ordinamento interno – pare investito, ora, da segni di inversione.

---

[301] Sulla attribuzione alle sentenze della Corte di giustizia del valore di ulteriore fonte del diritto comunitario (ed. ora, dell'Unione europea), vedi: Corte giust. 13 maggio 1981, causa 66/80, in Foro it., 1982, IV, 364; 6 luglio 1995, causa 62/93, Raccolta, 1995. I, 1883; Corte cost. 18 aprile 1991, n. 168, id., 1992, I, 660; 11 luglio 1989, n. 389, id., 1991, I, 1076; 23 aprile 1985, n. 113, id., 1985, I, 1600. Anche la Corte di cassazione attribuisce espressamente tale valore alle sentenze della Corte di giustizia, nel senso che esse ne indicano il significato ed i limiti di applicazione, con efficacia *erga omnes* nell'ambito della Comunità; tale efficacia andrebbe riconosciuta a tutte le sentenze della corte che siano emesse in sede contenziosa o pregiudiziale: v. Cass., sez. un., 11 novembre 1997, n. 11131, id., 1998, I, 57.

Risultano concentrati, essenzialmente, nella c.d. *saga Taricco* (vedi *infra*, spec. §3).

1.8. La c.d. *saga Taricco,* infatti, sembra innovare – almeno in parte – le raggiunte conclusioni.

Intanto una norma del trattato di Lisbona (art. 325) – della quale era stata, dalla Corte di giustizia, accertata la *efficacia diretta* (nella c.d. *sentenza taricco 1*) – risulta nuovamente investita, (anche) dalla Corte di cassazione, da questione di legittimità costituzionale.

Se ne pretende, infatti, una *interpretazione adeguatrice* che risulti rispettosa del *controlimite* – all'ordinamento eurounitario – costituito dal *principio costituzionale di legalità* in materia penale (art. 25 cost.): *nullum crimen, nulla poena sine lege.*

La Corte costituzionale adita, tuttavia, neanche si pone il problema circa l'ammissibilità della sollevata questione di legittimità costituzionale.

Eppure ne risulta investita una norma eurounitaria dotata di *efficacia diretta,* come tale affidata, da un lato, all'applicazione da parte del *giudice comune* – per quanto si è detto – e *prevalente,* dall'altro, rispetto alla *norma costituzionale* (art. 25 cost.) assunta quale *controlimite.*

La Corte costituzionale, infatti, dispone nuovo rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, che riecheggia – sostanzialmente – la questione di legittimità costituzionale – sollevata (anche) dalla Corte di cassazione – per ottenere una sorta di *interpretazione autentica* della pronuncia precedente, che risulti rispettosa, appunto, del principio costituzionale di *legalità in materia penale* (art. 25 cost.).

La Corte di giustizia, tuttavia, ribadisce l'efficacia diretta della diposizione (art. 325 del trattato di Lisbona, cit.) – già dichiarata dalla sentenza *Taricco 1*, a seguito di precedente rinvio pregiudiziale della stessa Corte costituzionale –ed impone, nel contempo, l'obbligo dei giudici nazionali di osservare anche il *principio di legalita,* come previsto da norma – parimenti dotata di efficacia diretta – della Carta di Nizza (art. 49).

1.9. Resta, quindi, il problema se fosse proprio necessario, nella specie, un secondo rinvio pregiudiziale ed, ancor prima la rimessione alla Corte costituzionale.

I *giudici comuni* nazionali, infatti, sono tenuti a *non applicare* – ed hanno, quindi, l'*obbligo di disapplicare* (per dirla con il linguaggio, forse meno rigoroso, delle due *sentenze Taricco*) – le norme interne confliggenti con norme dell'ordinamento comunitario (ed, ora, eurounitario), che siano dotate di *efficacia diretta.*

Mentre la necessità di investire, in tal caso, la Corte costituzionale – della questione di legittimità costituzionale (in relazione all'articolo 11 della costituzione) – risultava concordemente esclusa fin dalle remote sentenze *Simmenthal* e *Granital* (Corte giust. 9 marzo 1978, in causa C- 106/77, e, rispettivamente, Corte cost. 8 giugno 1984, n. 170).

1.10. Per superare ill problema prospettato, sembra soccorrere – a costo di innovare radicalmente, tuttavia, l'assetto raggiunto in punto di rapporto tra ordinamento eurounitario ed ordinamento interno – la proposta di *centralizzare* nella Corte costituzionale – avanzata dalla medesima Corte – ogni controllo sulle norme della Carta di Nizza.

Ne risulta palese un ritorno al passato remoto – anteriore, cioè, alle sentenze *Simmenthal* e *Granital*, che si riferivano alle fonti primarie allora esistenti (quali i trattati) – sia pure con riferimento alle sopravvenute norme della *carta,* che del trattato, tuttavia, ha lo stesso *valore.*

La sentenza della Corte costituzionale – a seguito, appunto, della sentenza *Taricco 2* della Corte di giustizia – esclude l'applicabilità della norma del *trattato* (art. 325 cit.) – sebbene dotata di *efficacia diretta,* come dichiarato dalla *sentenza Taricco 1* – non solo a *fatti anteriori all'8 settembre 2015* (data della *sentenza Taricco 1*), ma anche quando il giudice nazionale ne ravvisi *contrasto con il principio di legalità in materia penale e, coerentemente,* dichiara non fondate – in relazione allo stesso *principio di legalità in materia penale* – le questioni di legittimità costituzionale della legge di autorizzazione alla ratifica del trattato di Lisbona (legge n. 130 del 2008, articolo 2).

Sebbene improduttiva, allo stato, di effetti immediati, resta, comunque, la prospettata *centralizzazione* – in capo alla Corte costituzionale – del controllo su questioni concernenti il rapporto tra ordinamento dell'Unione ed il nostro ordinamento nazionale.

Ne risulta invertito, per quanto si è detto, il decentramento dello stesso controllo – in capo ai *giudici comuni* nazionali – sia pure con riferimento, almeno inizialmente, alla *Carta di Nizza,* che, tuttavia ha lo stesso *valore* del trattato.

1.11. Alla data del *convegno di Parma*, tuttavia, il diritto comunitario del lavoro – come è stato anticipato – risultava ignorato dai nostri *giudici comuni* e, segnatamente, dai nostri giudici ordinari.[302]

Eppure la materia del lavoro – alla data di quel convegno (30 e 31 ottobre 1985, appunto) – aveva già formato oggetto non solo di norme dei trattati, ma anche – tra l'altro – delle importanti *direttive sociali* della seconda metà degli anni '70 (in materia di licenziamento per riduzione del personale, trasferimento d'impresa, insolvenza del datore di lavoro).

Di conseguenza, non aveva *seguito* la coeva giurisprudenza della Corte di giustizia nella stessa materia del lavoro, che – per quanto riguarda il nostro ordinamento – si era formata, coerentemente, soltanto in procedure di infrazione.[303]

1.12. Nel periodo successivo al *convegno di Parma* del 1985, la giurisprudenza dei giudici comuni – e segnatamente dei giudici ordinari – ha progressivamente acquisito sempre maggiore conoscenza del diritto comunitario – ed ora eurounitario – del lavoro.

Livelli diversi di *sensibilità*, talora di maturità culturale, degli stessi giudici – nella soggetta materia – pongono, tuttavia, problemi inediti di composizione.

---

[302] Vedi M. DE LUCA, *op. cit*.

[303] Vedi TOLEDANO LAREDO, *op. cit.*

1.13. Resta, infine, il problema della *cessione di sovranità*– al tempo dei *sovranismi.*

Eppure la *cessione* risulti radicata nella nostra costituzione (art. 11) – ancor prima della stessa istituzione delle Comunità europee – e costituisca l'esito dell'intenso dibattito che – a partire dall'emendamento Dossetti (divenuto, appunto, articolo 11 della costituzione) – si è svolto, sul punto, nell'Assemblea costituente.

Valga, tuttavia, il vero.

2. Il lavoro nel diritto comunitario (ora eurounitario) e l'ordinamento italiano: *stato dell'arte* a partire dal *convegno di Parma* del 1985.

Alla data del *convegno di Parma* (30 e 31 ottobre 1985, appunto) – come è stato ricordato – risultava già sostanzialmente condivisa dalla Corte di giustizia e dalla nostra Corte costituzionale – fin dalle remote sentenze *Simmenthal* e *Granital* (Corte giust. 9 marzo 1978, in causa C- 106/77, e, rispettivamente, Corte cost. 8 giugno 1984, n. 170) – la definizione del rapporto tra ordinamento comunitario e ordinamento nazionale degli stati membri.

Superata ogni altra divergenza pregressa, infatti, restava ancora (come resta tuttora) – ma pare di rilievo puramene teorico – soltanto la configurazione alternativa –proposta dalla Corte di giustizia e, rispettivamente, dalla nostra Corte costituzionale – tra confluenza in unico sistema e, rispettivamente, separazione – con reciproco coordinamento – dei due ordinamenti.

Condiviso risultava, già, il riconoscimento della *speciale natura* dell'ordinamento comunitario – nel panorama degli ordinamenti sovrannazionali – in quanto fonte di disciplina giuridica non solo per i rapporti tra stati.

Parimenti condiviso risultava, altresì, il riconoscimento della *primazia* dell'ordinamento comunitario – rispetto agli ordinamenti nazionali degli stati membri – nonché della *efficacia diretta* di norme comunitarie immediatamente precettive, nonché di implicazioni e limiti ad essa relativi.

La *efficacia diretta* delle norme *immediatamente precettive* – perché di *contenuto certo* ed *incondizionate* – riguardava, infatti, le norme di *fonti primarie*: trattati, regolamenti e, solo dopo il *trattato di Lisbona*, anche la *Carta.*

Per le direttive – che impongono agli stati membri soltanto un *obbligo di risultato* – la *efficacia diretta* era invece limitata – parimenti per le *norme immediatamente precettive* – ai rapporti con lo *stato* (c.d. *efficacia diretta verticale*), mentre era esclusa per i *rapporti tra privati* (c.d. *efficacia diretta orizzontale*).

In coerenza con la prospettata *natura speciale* dell'ordinamento comunitario (ora, eurounitario) e con la sua *primazia* – rispetto agli ordinamenti nazionali degli stati membri – l'*efficacia diretta* di norme delle direttive, tuttavia, è stata successivamente estesa.

L'ampliamento della *nozione di stato* si coniuga, in tale prospettiva, con la identificazione dello stesso *stato* – in tutte le sue funzioni – ivi compresa quella giurisdizionale.

2.1. In principio, è la configurazione della Comunità (ed ora Unione) europea – proposta dalla Corte di giustizia (fin dalla remota sentenza del 5 febbraio 1963, van Gend & Loos , in causa C-

26/62, EU:C:1963:1) – come *"ordinamento giuridico di nuovo genere nel campo del diritto internazionale, a favore del quale gli Stati hanno rinunziato, anche se in settori limitati, ai loro poteri sovrani, ordinamento che riconosce come soggetti, non soltanto gli Stati membri ma anche i loro cittadini".*

Coerentemente – è la stessa Corte di giustizia a stabilirlo – *"il diritto comunitario, indipendentemente dalle norme emananti dagli Stati membri, nello stesso modo in cui impone ai singoli degli obblighi, attribuisce loro dei diritti soggettivi. Si deve ritenere che questi sussistano, non soltanto nei casi in cui il Trattato espressamente li menziona, ma anche come contropartita di precisi obblighi imposti dal Trattato ai singoli, agli Stati membri o alle Istituzioni comunitarie"*

2.2. Coerente con la prospettata *specialità* dell'ordinamento comunitario – e con la sua *primazia* rispetto agli ordinamenti degli stati membri – risulta la *efficacia diretta* delle norme comunitarie, appunto, *immediatamente precettive*, perché di *contenuto certo* ed *incondizionate.*

Riguardava, infatti, le norme di *fonti primarie* (trattati, regolamenti) – che vincolano in ogni suo elemento – e la *Carta di Nizza,* dopo che il *trattato di Lisbona* (art. 6) le ha attribuito *lo stesso valore del trattato*.

Per le direttive – che impongono agli stati membri soltanto un *obbligo di risultato* – la *efficacia diretta* era invece limitata – parimenti per le *norme immediatamente precettive* – ai rapporti con lo *stato* (c.d. *efficacia diretta verticale*), mentre era esclusa per i *rapporti tra privati* (c.d. *efficacia diretta orizzontale*).

In tale prospettiva, va ricordato, tuttavia, che le sentenze della Corte di giustizia sono fonti ulteriori dell'ordinamento comunitario (ed, ora, eurounitario)[304] e, di conseguenza, l'interpretazione – che ne risulti – delle direttive non ne condivide i prospettati limiti alla *efficacia diretta*

2.3. La *efficacia diretta verticale* delle direttive – proposta dalla Corte di giustizia – è stata accolta *tiepidamente* (per dirla con un eufemismo) dalla dottrina – secondo cui *"le norme giuridiche, per loro natura, hanno uno scopo pratico"* – in base, essenzialmente, al rilievo seguente:

"Qualsiasi norma giuridica è concepita in modo da funzionare efficacemente (in questo caso, siamo soliti parlare, in francese, di effet utile). Se non è funzionale, non è una norma giuridica. (…) La funzionalità pratica per tutti gli interessati, che altro non è se non l'efficacia diretta, deve essere considerata la normale caratteristica di qualsiasi norma giuridica (…). In altri termini, "l'efficacia diretta" deve essere presunta, non deve essere accertata a priori".[305]

[304] Sulla attribuzione alle sentenze della Corte di giustizia del valore di ulteriore fonte del diritto comunitario (ed. ora, dell'Unione europea), vedi i riferimenti *retro.*

[305] In tal senso, vedi Pierre Pescatore (giudice della Corte di giustizia), *The doctrine of "direct effect": an infant disease of Community law,* ristampa in in E.L.Rev. 2015, 40(2), pagg. 135-153

2.4. Tuttavia la stessa Corte di giustizia – fin da quando ha elaborato la *dottrina della efficacia diretta verticale* delle direttive – ha ritenuto fondamentale conoscere i limiti della nozione di *Stato* ai fini dell'applicazione, appunto, della dottrina dell'efficacia diretta verticale.[306]

La *ratio* del *riconoscimento dell'efficacia diretta delle direttive*, infatti, *"si basa, in definitiva, su due obiettivi complementari: l'esigenza di garantire efficacemente i diritti conferiti ai singoli da tali atti e la volontà di sanzionare le autorità nazionali che non abbiano rispettato l'effetto obbligatorio e assicurato l'effettiva applicazione dei medesimi atti"*.[307]

2.5. Intanto la *emanazione dello Stato* – ai fini (dell'estensione) dell'*efficacia diretta verticale* delle direttive – deve essere una *nozione autonoma del diritto dell'Unione*, necessariamente formulata in termini astratti.

Ciò risulta, all'evidenza, funzionale alla applicazione uniforme del diritto dell'Unione in tutta l'Unione europea.[308]

Coerentemente, la Corte ne ha enunciato, in termini generali ed astratti, la definizione seguente:

"disposizioni incondizionate e sufficientemente precise di una direttiva potevano essere invocate dagli amministrati nei confronti di organismi o di enti che erano soggetti all'autorità o al controllo dello stato o che disponevano di poteri che eccedevano i limiti di quelli risultanti dalle norme che si applicano fra singoli".[309]

Del pari coerentemente, la Corte di giustizia ha identificato in termini astratti – sulla base di fonti dell'ordinamento comunitario (ora eurounitario), in materie affatto diverse tra loro (ivi compresi, ad esempio, *appalti pubblici, aiuti di stato* e *concorrenza*) – una serie di enti riconducibili alla *nozione di emanazione dello stato*[310] – ai fini della *efficacia diretta verticale* delle direttive, appunto – senza considerarli, tuttavia, *numero chiuso.*

---

306 Sul punto, vedi, per tutte, Corte giust. 12 luglio 1990, Foster, in causa C-188/89, EU:C:1990:313, punto 16 ss. e giurisprudenza ivi citata

307 Così, testualmente, Corte giust. 26 febbraio 1986, Marshall, in causa 152/84, punto 47.

Non risulta, talora, condiviso pienamente il secondo degli *obiettivi* prospettati – di *"sanzionare le autorità nazionali che non abbiano rispettato l'effetto obbligatorio e assicurato l'effettiva applicazione dei medesimi atti"* , appunto – in base al rilievo che *"enti che non avevano niente a che fare con la mancata trasposizione della direttiva da parte dello Stato (e non potevano in alcun modo influire su tale inosservanza) dovranno comunque rispettare le disposizioni direttamente efficaci di tale direttiva, secondo la dottrina dell'efficacia diretta verticale, qualora siano considerate un'emanazione dello Stato"*: così, testualmente, le conclusioni dell'avvocato generale Eleanor Sharpston, presentate il 22 giugno 2017, in causa C-413/15, Farrel, spec. nota 138.

308 In tal senso vedi, per tutte, le sentenze del 21 maggio 1985, Schul Douane-Expediteur (47/84, EU:C:1985:216, punto 17); del 3 luglio 2012, Used Soft (C-128/11, EU:C:2012:407, punto 40); del 9 novembre 2016, Wathelet (C-149/15, EU:C:2016:840, punto 29), e del 2 marzo 2017, J.D. (C-4/16, EU:C:2017:153, punto 24).

309 Così, testualmente, Corte giustizia, sentenza Foster 12 luglio 1990, in causa C-188/89, punto 18.

310 Quali, ad esempio: autorità fiscali: sentenza Becker 19 gennaio 1982, in causa C.8/81, e sentenza Busseni 22 febbraio 1990, in causa C- 221/88; enti territoriali (comune italiano): sentenza Costanzo, 22 giugno 1989, in causa 103/88; *autorità indipendenti sotto il profilo costituzionale, incaricate di mantenere l'ordine pubblico e la pubblica sicurezza*: sentenza Johnston. 15 maggio 1986, i causa C-222/84; pubbliche autorità che prestano servizi di sanità pubblica: sentenza Marshall, 26 febbraio 1986, in causa C-152/84; *azienda ospedaliera privata che costituisse un ente del settore pubblico collegato alla pubblica amministrazione*: sentenza Vassallo, 7 settembre 2006, in causa C-180/04; società Poste Italiane, interamente detenuta dallo Stato italiano mediante il suo azionista unico (Ministero dell'Economia e delle Finanze) e sottoposta al controllo dello Stato e della Corte dei Conti: sentenza Carratù, 12 dicembre 2013, in causa C-361/12.

Ne risulta che una *emanazione dello stato* – al fine dell'*efficacia diretta verticale* delle direttive – è configurabile – a prescindere dalla sua *forma giuridica,* dalla *quotidianità* dell'esercizio dei poteri di direzione e controllo e dal finanziamento dello stato – nelle seguenti ipotesi:

- *proprietà o controllo dell'organismo* da parte dello stato;
- autorità comunali, regionali o locali o organismi analoghi;
- assegnazione all'organismo del compito di svolgere un *servizio pubblico*, che altrimenti lo Stato stesso avrebbe potuto svolgere direttamente, e contestuale conferimento allo stesso organismo di una qualche *forma di poteri supplementari.*

Tuttavia il singolo può far valere disposizioni precise e incondizionate di una direttiva nei confronti dello Stato – o di una sua emanazione – indipendentemente dalla veste in cui lo stato (o la sua *emanazione*) agisce, in quanto occorre evitare che lo Stato possa trarre vantaggio dalla sua inosservanza del diritto dell'Unione.

L'ampliamento della *nozione di stato* si coniuga – in funzione della estensione della efficacia diretta verticale delle direttive – con la identificazione dello stesso *stato* – in tutte le sue funzioni – ivi compresa quella giurisdizionale.

2.6. *"Se è vero che, con riferimento a una controversia tra privati, la Corte ha dichiarato in maniera costante che una direttiva non può di per sé creare obblighi a carico di un privato e non può, quindi, essere fatta valere in quanto tale nei suoi confronti (v., in particolare, sentenze Marshall, 152/84, EU:C:1986:84, punto 48; Faccini Dori, C-91/92, EU:C:1994:292, punto 20, nonché Pfeiffer e a., da C-397/01 a C-403/01, EU:C:2004:584, punto 108), essa ha parimenti dichiarato a più riprese che l'obbligo per gli Stati membri, derivante da una direttiva, di conseguire il risultato previsto da quest'ultima così come il loro dovere di adottare tutti i provvedimenti generali o particolari atti a garantire l'adempimento di tale obbligo s'impongono a tutte le autorità degli Stati membri, comprese, nell'ambito delle loro competenze, quelle giurisdizionali (v., in tal senso, in particolare, sentenze von Colson e Kamann, 14/83, EU:C:1984:153, punto 26, nonché Kücükdeveci, C-555/07, EU:C:2010:21, punto 47)".*[311]

2.7. La *efficacia diretta* – come è stato anticipato – comporta, poi, l'applicazione delle norme comunitarie – che ne siano dotate – in luogo delle norme interne confliggenti.

Vi provvedono, quindi, i *giudici comuni.*

Ne risulta superata, di conseguenza, la pregressa necessità – imposta, in un remoto passato, dalla nostra corte costituzionale, in contrasto della Corte di giustizia – di sollevare, in tal caso, questione di legittimità costituzionale (in relazione all'art. 11 cost.).

Alle stesse conclusioni sembrava doversi pervenire con riferimento alle norme – dotate, appunto, di *efficacia diretta* – della *Carta di Nizza*, una volta che il trattato di Lisbona (art. 6) le ha riconosciuto lo *stesso valore giuridico del trattato.*

[311] Così testualmente, Corte giust, (grande sezione) 19 aprile 2016, in causa C-441/14, punto 30.

La *saga Taricoo*, tuttavia, sembra recare segni di inversione, non solo con riferimento alla *Carta di Nizza* (vedi *infra*).

2.8. Per colmare la *lacuna creata dalla mancanza di efficacia diretta*, tuttavia, soccorrono:

- il principio di *interpretazione conforme* (*interprétation conforme*);

- e, come *extrema ratio*, la *responsabilità dello Stato per danni*.[312]

2.9. Il principio di *interpretazione conforme* (*interprétation conforme*) risulta ripetutamente enunciato dalla Corte di giustizia.[313]

La stessa Corte ha chiarito, tuttavia, che *"l'obbligo per il giudice nazionale di fare riferimento al contenuto di una direttiva nell'interpretazione e nell'applicazione delle norme pertinenti del diritto nazionale trova un limite nei principi generali del diritto e non può servire a fondare un'interpretazione contra legem del diritto nazionale"*.[314]

Pertanto – ove l'interpretazione conforme non sia *plausibile,* in dipendenza del tenore letterale della norma interna – soccorre, nel nostro ordinamento[315], la questione di legittimità costituzionale della stessa norma (in relazione all'articolo 117, primo comma, costituzione, integrato dalla norma eurounitaria congliggente, quale *fonte interposta*).[316]

---

[312] Un *"approccio ampio nel definire la nozione di emanazione dello Stato"* amplia – per quanto si è detto – il campo d'applicazione della *efficacia diretta verticale*, e risulta ne contempo funzionale – come risulta, talora, prospettato – allo scopo di *colmare la lacuna creata dalla mancanza di efficacia diretta orizzontale.*

[313] Vedine, per tutti, le sentenze seguenti: 2 luglio 1990, in casa C-188/89, Foster, cit.; 13 novembre 1990, Marleasing in causa C-106/89, EU:C:1990:395, punti da 8 a 14, che si basa, a sua volta, sulla sentenza del 10 aprile 1984, von Colson e Kamann in causa C-14/83, EU:C:1984:153, punto 26;5 ottobre 2004, Pfeiffer, in cause da C-397/01 a C-403/01, EU:C:2004:584, punti da 107 a 119; Corte giust, (grande sezione) 19 aprile 2016, in causa C-441/14, cit., punto 31.

[314] Così, testualmente, la sentenza del 24 gennaio 2012, Dominguez, in causa C-282/10, punto 25. e giurisprudenza conforme ivi citata.

[315] In tal senso è la giurisprudenza consolidata della Corte costituzionale. Vedi, per tutti, Corte Costituzionale, 24 giugno 2010, n. 227 (in Foro it., 2010, I, 2951, con nota di richiami; annotata da: CALVANO, PIATTOLI. in Giur. costit., 2010, 2598; FONTANELLI, in Giornale dir. amm., 2011, 47; MELONI, in Dir. pen. e proc., 2011, 191), che – per la parte che qui interessa – risulta così *massimata*: *"Premesso che il rapporto tra ordinamento nazionale e diritto comunitario trova sicuro fondamento nell'art. 11 cost., sulla base del quale si è riconosciuto il potere-dovere del giudice comune di dare immediata applicazione alle norme comunitarie provviste di effetto diretto in luogo di norme nazionali che siano con esse in contrasto insanabile in via interpretativa, ovvero di sollevare q.l.c. per violazione di quel parametro costituzionale quando il contrasto sia con norme comunitarie prive di effetto diretto, e che il novellato art. 117, comma 1, cost. ha confermato l'obbligo del legislatore, statale e regionale, di rispettare i vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario, il quale, nell'esercizio dei poteri normativi ad esso delegati, trova un limite esclusivamente nei principi fondamentali dell'assetto costituzionale e nella maggior tutela dei diritti inalienabili della persona, nel caso di specie il contrasto tra la normativa di recepimento e la decisione quadro in tema di mandato di arresto europeo, insanabile in via interpretativa, non poteva trovare rimedio nella disapplicazione della norma nazionale da parte del giudice comune, trattandosi di norma dell'Unione europea priva di efficacia diretta, ma doveva essere sottoposto alla verifica di costituzionalità, la quale si estende anche alla verifica di legittimità rispetto alle conferenti norme del trattato Ce, ora trattato FUE, che integrano a loro volta i parametri costituzionali - art. 11 e 117, comma 1, cost. - che a quelle norme fanno rinvio (sentenze. n. 14 del 1964, 98 del 1965, 183 del 1973, 232 del 1975, 170 del 1984, 389 del 1989, 168 del 1991, 126 del 1996, 284, 348, 349 del 2007, 102 del 2008, 28 del 2010)".*

Alla stessa sentenza – ed alle note relative – si rinvia per riferimenti ulteriori. Adde, Corte cost. 24 ottobre 2007, nn. 348 e 349 (in Foro it., 2008, I, 39, con note di R. ROMBOLI, L. CAPPUCCIO e F. GHERA); e, da ultimi, Corte cost., 24 maggio 2017, n. 94 (in Foro it., 2017, I, 2952, n. TRAVI); 24 febbraio 2017, n. 16 (in Ambiente, 2017, 203, n. SPINA).

[316] Di conseguenza, sembra non trovare applicazione – nel nostro ordinamento – quanto stabilito dalla Corte di giustizia, Grande sezione (sentenza 7 agosto 2018, in causa C-122/17), laddove (punto 57) si legge:

2.10. Quanto, poi, alla *responsabilità per danni* dello Stato – in dipendenza dell'inadempimento degli obblighi derivanti dall'appartenenza alla Comunità (ora Unione) europea – il principio ha origine nella *sentenza Fracovich*[317].

Ne risulta affermata, infatti, la *responsabilità obiettiva* dello stato, appunto, in presenza delle tre *condizioni,* contestualmente previste (ai punti da 39 a 41) nei termini testuali seguenti:

"40. La prima di queste condizioni è che il risultato prescritto dalla direttiva implichi l'attribuzione di diritti in favore dei singoli. La seconda condizione è che il contenuto di tali diritti possa esere individuato sulla base delle disposizioni della direttiva. La terza condizione è l'esistenza di un nesso di causalità tra la violazione dell'obbligo a carico dello stato e il danno subito dai soggetti lesoi.

41.Tali condizioni sono sufficienti per far sorgere a vantaggio dei singoli un diritto ad ottenere un risarcimento, che trova direttamente il suo fondamento nel diritto comunitario".

Tale conclusione risulta sostanzialmente confermata dalla successiva sentenza *Brasserie du pêcheur e Factortame*[318], sia pure limitatamente all'ipotesi in cui lo Stato membro sia soggetto all'obbligo di adottare, entro un certo termine, tutti i provvedimenti necessari per conseguire il risultato prescritto da una direttiva (punto 46).

Per la diversa ipotesi – in cui lo Stato membro disponga di un ampio potere discrezionale (punto 51) – è ritenuta necessaria, invece, una *violazione sufficientemente caratterizzata,* definita come *"violazione manifesta e grave, da parte di uno Stato membro (…) dei limiti posti al [suo] potere discrezionale"* (punto 55).

Una logica conclusione, poi, risulta – dalla sentenza Dillenkofer[319] – *"rispetto a ciò che la Corte aveva già affermato nella sentenza Francovich (punti da 39 a 41) e confermato nella sentenza Brasserie du pêcheur e Factortame (punto 46)".*[320]

2.11. L'incompatibilità della legislazione nazionale con le disposizioni comunitarie (ed, ora, eurounitarie) – ancorché *direttamente efficaci* e, come tali, da applicare in luogo delle norme interne confliggenti – può essere definitivamente soppressa, tuttavia, solo tramite disposizioni interne che abbiano lo *stesso valore giuridico* di quelle incompatibili, appunto, con il diritto comunitario.

"Alla luce di quanto precede, occorre rispondere alla questione pregiudiziale dichiarando che:
– il diritto dell'Unione, in particolare l'articolo 288 TFUE, dev'essere interpretato nel senso che un giudice nazionale, investito di una controversia tra singoli, che si trovi nell'impossibilità di interpretare le disposizioni del suo diritto nazionale contrarie ad una disposizione di una direttiva che soddisfa tutte le condizioni richieste per produrre un effetto diretto in un senso conforme a quest'ultima disposizione, non è tenuto, sulla sola base del diritto dell'Unione, a disapplicare tali disposizioni nazionali nonché una clausola contenuta, conformemente a queste ultime, in un contratto di assicurazione, e che
– in una situazione come quella di cui trattasi nel procedimento principale, la parte lesa dalla non conformità del diritto nazionale al diritto dell'Unione o la persona surrogata nei diritti di tale parte potrebbe tuttavia invocare la giurisprudenza scaturita dalla sentenza del 19 novembre 1991, Francovich e a. (C-6/90 e C-9/90, EU:C:1991:428), per ottenere eventualmente, da parte dello Stato membro, il risarcimento del danno subito".

317 Sentenza del 19 novembre 1991, Francovich, in causa C-6/90 e C-9/90, EU:C:1991:428

318 Vedi sentenza del 5 marzo 1996, in cause C-46/93 e C-48/93, EU:C:1996:79, spec. punti 46, 51 e 55.

319 Vedi sentenza dell'8 ottobre 1996, Dillenkofer e a., in cause C-178/94, C-179/94 e da C-188/94 a C-190/94

320 Così testualmente – al punto 34 – da Corte giust, (grande sezione) 19 aprile 2016, in causa C-441/14, cit., alla quale si rinvia per la ricostruzione dello *stato dell'arte* nella soggetta materia (punti 32 - 34).

Né possono considerarsi equivalenti, all'uopo, disposizioni di fonti interne di diverso valore – rispetto a quelle delle norme incompatibili – né, tantomeno, *prassi amministrative* – peraltro suscettibili di modifiche da parte dell'amministrazione – in quanto risultano, all'evidenza, inidonee a sopprimere definitivamente le norme interne confliggenti, appunto, con il diritto dell'Unione.

Lo stabilisce la Corte di giustizia, sia pure con riferimento a norme del trattato – sin dalla remota sentenza 15 ottobre1986, in causa C- 168/85 [321] – laddove sancisce:

"La facoltà degli amministrati di far valere dinanzi ai giudici nazionali disposizioni del trattato direttamente applicabili costituisce solo una garanzia minima e non è di per sé sufficiente ad assicurare la piena applicazione del trattato stesso; mantenere immutata, nella legislazione di uno stato membro, una disposizione interna incompatibile con una norma del trattato direttamente applicabile, crea una situazione di fatto ambigua in quanto mantiene gli interessati in uno stato di incertezza circa la possibilità di fare appello al diritto comunitario e costituisce quindi una trasgressione degli obblighi imposti dal trattato".

3. Segue: segni di inversione di tendenza a partire dalla c.d. *saga Taricco.*

A consuntivo – per così dire – la c.d. *saga taricco*[322] risulta un palese spreco di *giurisdizione* – diffusamente riconosciuta *risorsa non illimitata*[323] – non solo a livello nazionale, ma anche a livello eurounitario.[324]

Due sentenze della Corte di giustizia su rinvio pregiudiziale – anche da parte della nostra Corte costituzionale – nonché l'ordinanza di rinvio ed una sentenza della stessa Corte costituzionale sono state ritenute necessarie per raggiungere un risultato – che, forse, avrebbe potuto prescinderne – o, comunque, sarebbe stato agevole, quantomeno, dopo la prima sentenza della Corte di giustizia.

Nel processo evolutivo della *saga,* tuttavia, sono pure saltati alcuni punti di sintesi – che sembravano definitivamente acquisiti – nel rapporto tra ordinamento eurounitario ed ordinamento nazionale.

Lo scrutinio delle questioni – relative al rapporto tra gli stessi ordinamenti – pare, infatti, sottratto

---

321 Vedi Corte giust. 15 ottobre1986, in causa C- 168/85, Dir. comunitario scambi internaz., 1987, 105, n. ZILIOLI; Giust. civ., 1987, I, 2449

322 La *saga Taricco*) riguarda, invero, disposizione del trattato (art. 325) – in tema di tutela degli interessi finanziari dell'Unione – e la *disapplicazione,* che ne consegue, di norme interne confliggenti sulla prescrizione (art. 160 e 161 c.p.) dei reati in materia di imposta sul valore aggiunto, nonché il *principio di legalità dei reati e delle pene* (art. 25 cost. e 49 Carta di Nizza).
In coerenza con il tema d'indagine, tuttavia, la *saga* viene esaminata, in questa sede, soltanto sotto il profilo dell'incidenza – che ne risulta – sul rapporto tra l'ordinamento eurounitario ed il nostro ordinamento nazionale.

323 Sul punto, vedi, da ultima, Corte costituzionale 77 del 2018 (in tema di limiti alla compensazione delle spese processuali), spec. punto 13, laddove di legge: *"13. - Al fondo di questo contesto riformatore è la consapevolezza, sempre più avvertita, che, a fronte di una crescente domanda di giustizia, anche in ragione del riconoscimento di nuovi diritti, la giurisdizione sia una risorsa non illimitata e che misure di contenimento del contenzioso civile debbano essere messe in opera"*.
Sulla sentenza della Corte costituzionale, vedi L.DE ANGELIS, *Nuova compensazione delle spese processuali e controversie di lavoro tra vulgata e riflessioni critiche*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 367/2018.

324 Sulla esigenza di limitare il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia – per evitarne *spreco di giurisdizione,* appunto, e ritardo nelle decisioni – vedi M. De Luca, *Diritti di lavoratori flessibili, anche alle dipendenze di amministrazioni pubbliche: patrimonio costituzionale comune versus declino delle garanzie,* spec. § 1.1. ss., in CSDLE "Massimo D'Antona", 211, 2014; Lavoro nelle pubbliche amministrazioni, 2013, n. 6, 941 ss.

ai nostri *giudici comuni* – e *ricentralizzato* in testa alla Corte costituzionale – con un palese ritorno al passato remoto, non disgiunto dalla negazione della efficacia vincolante delle sentenze della Corte di giustizia.

3.1. La sequenza della *saga* può essere sintetizzata, per quel che qui interessa, nei termini essenziali seguenti.

In principio è la sentenza della Corte di giustizia (c.d. Taricco 1)[325], che ha dichiarato immediatamente efficace una disposizione del trattato [326] e, coerentemente, *disapplicato* norme confliggenti del nostro ordinamento interno.

La sentenza *Taricco 1* è stata direttamente investita, da questione di legittimità costituzionale, (anche) dalla nostra Corte di cassazione.[327], in relazione al *principio di legalità* in materia penale

---

[325] Vedi Corte giust. (Grande Sezione) 8 settembre 2015, in causa C-105/14 (in Foro it., 2015, IV, 609; annotata da GRISINI (in Guida al dir., 2015, fasc. 40, 94), CERIONI (in Corriere trib., 2015, 4233), MAZZA (in Rass. trib., 2015, 1537), PROIETTI (in Bollettino trib., 2015, 1662), CHIARAVIGLIO (in Riv. dott. commercialisti, 2015, 678), ROSSI (in Dir. pen. e proc., 2015, 1562), FRANCESCHINI (in Gazzetta forense, 2016, 389), AMBROSETTI (in Processo penale e giustizia, 2016, fasc. 1, 34), ALBANO (in Riv. dir. trib., 2016, IV, 31), ROSSI (in Riv. it. dir. e proc. pen., 2016, 373), FRANCO (in Rass. trib., 2016, 779), che ha così testualmente deciso:
"1)Una normativa nazionale in materia di prescrizione del reato come quella stabilita dal combinato disposto dell'articolo 160, ultimo comma, del codice penale, come modificato dalla legge 5 dicembre 2005, n. 251, e dell'articolo 161 di tale codice – normativa che prevedeva, all'epoca dei fatti di cui al procedimento principale, che l'atto interruttivo verificatosi nell'ambito di procedimenti penali riguardanti frodi gravi in materia di imposta sul valore aggiunto comportasse il prolungamento del termine di prescrizione di solo un quarto della sua durata iniziale – è idonea a pregiudicare gli obblighi imposti agli Stati membri dall'articolo 325, paragrafi 1 e 2, TFUE nell'ipotesi in cui detta normativa nazionale impedisca di infliggere sanzioni effettive e dissuasive in un numero considerevole di casi di frode grave che ledono gli interessi finanziari dell'Unione europea, o in cui preveda, per i casi di frode che ledono gli interessi finanziari dello Stato membro interessato, termini di prescrizione più lunghi di quelli previsti per i casi di frode che ledono gli interessi finanziari dell'Unione europea, circostanze che spetta al giudice nazionale verificare. Il giudice nazionale è tenuto a dare piena efficacia all'articolo 325, paragrafi 1 e 2, TFUE disapplicando, all'occorrenza, le disposizioni nazionali che abbiano per effetto di impedire allo Stato membro interessato di rispettare gli obblighi impostigli dall'articolo 325, paragrafi 1 e 2, TFUE.
2)Un regime della prescrizione applicabile a reati commessi in materia di imposta sul valore aggiunto, come quello previsto dal combinato disposto dell'articolo 160, ultimo comma, del codice penale, come modificato dalla legge 5 dicembre 2005, n. 251, e dell'articolo 161 di tale codice, non può essere valutato alla luce degli articoli 101 TFUE, 107 TFUE e 119 TFUE."

[326] Il *contesto normativo* dell'ordinamento dell'Unione europea può essere così sintetizzato.
L'articolo 325 TFUE prevede quanto segue:
"1. L'Unione e gli Stati membri combattono contro la frode e le altre attività illegali che ledono gli interessi finanziari dell'Unione stessa mediante misure adottate a norma del presente articolo, che siano dissuasive e tali da permettere una protezione efficace negli Stati membri e nelle istituzioni, organi e organismi dell'Unione.
2. Gli Stati membri adottano, per combattere contro la frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione, le stesse misure che adottano per combattere contro la frode che lede i loro interessi finanziari. (….)"

[327] Vedi Cassazione penale, sez. III, 30 marzo 2016, n. 28346 (in Critica del diritto, 2016, 299, con nota di BRIGANDÌ), che ha così testualmente deciso:
"Non è manifestatamente infondata la questione di legittimità costituzionale - in relazione agli artt. 3,11, 25 comma secondo, 27, comma terzo, 101, comma secondo, Cost. - dell'art. 2 della legge 2 agosto 2008, n.130, che ordina l'esecuzione del trattato sul funzionamento dell'Unione Europea, come modificato dall'art. 2 del trattato di Lisbona del 13 dicembre 2007 (TFUE), nella parte che impone di applicare l'art. 325, par.1 e 2 TFUE, come interpretato dalla Corte di Giustizia, Grande Sezione con la sentenza dell'8 settembre 2015, Taricco, da cui discende l'obbligo per il giudice nazionale - in presenza delle circostanze indicate nella sentenza, allorquando ne derivi la sistematica impunità delle gravi frodi in materia di IVA - di disapplicare le disposizioni in materia di prescrizione di cui agli artt. 160, comma terzo e 16, comma secondo cod. pen. "anche quando dalla disapplicazione e dal conseguente prolungamento della prescrizione, discendano effetti sfavorevoli per l'imputato".
Letto la L. 11 marzo 1953, n. 87, art. 23, solleva la questione di legittimità costituzionale della L. 2 agosto 2008, n. 130, art. 2, che ordina l'esecuzione del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea, come modificato dall'art. 2 del Trattato di Lisbona del 13 dicembre 2007 (TFUE), nella parte che impone di applicare l'art. 325, 1 e 2, TFUE, dalla quale - nell'interpretazione fornita dalla Corte di Giustizia, 08/09/2015, causa C - 105/14, Taricco - discende l'obbligo per il giudice

(art. 25 cost.).

La Corte costituzionale [328] ha disposto il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, che riecheggia – sostanzialmente – la proposta questione di legittimità costituzionale.

E la *sentenza Taricco 2* della Corte di giustizia (detta anche *sentenza M.A.S.*)[329] ha confermato, bensì, l'efficacia diretta della disposizione del trattato (art. 325) e la *disapplicazione* delle norme interne confliggenti sulla prescrizione (art. 160 e 161 c.p.) del reato in materia di imposta sul valore aggiunto – già stabilite dalla *sentenza Taricco 1* – ma ha fatto salva (*a meno che*), tuttavia, l'ipotesi che *"una disapplicazione siffatta comporti una violazione del principio di legalità dei reati e delle pene a causa dell'insufficiente determinatezza della legge applicabile, o dell'applicazione retroattiva di una normativa che impone un regime di punibilità più severo di quello vigente al momento della commissione del reato".*

La *sentenza Taricco 2*, poi, sembra la *ratio* o, comunque, l'occasione di un *obiter dictum* della Corte costituzionale, che prospetta – sostanzialmente – la *ricentralizzazione* del controllo – in testa alla stessa Corte – quando una questione investa (anche) la violazione di norme della *Carta*

---

nazionale di disapplicare l'art. 160 c.p., comma 3, e art. 161 c.p., comma 2, in presenza delle circostanze indicate nella sentenza, allorquando ne derivi la sistematica impunità delle gravi frodi in materia di IVA, anche se dalla disapplicazione, e dal conseguente prolungamento del termine di prescrizione, discendano effetti sfavorevoli per l'imputato, per contrasto di tale norma con gli artt. 3 e 11 Cost., art. 25 Cost., comma 2, art. 27 Cost., comma 3, art. 101 Cost., comma 2."

[328] Vedine l'ordinanza n. 24 del 26 gennaio 2017, (in Foro it., 2017, I, 393, annotata da BARBIERI (in Nuovo notiziario giur., 2017, 283), ROSSI (in Giur. it., 2017, 1424), DELLI PRISCOLI (Giust. pen., 2017, I, 83), SCARLATO (in Riv. pen., 2017, 617), CAMPODONICO (in Dir. e pratica trib., 2017, 799), CORSO, ANTONINI (in Riv. giur. trib., 2017, 197), FRANCO (in Riv. it. dir. pubbl. comunitario, 2017, 479), CELOTTO, ESPOSITO (in Giur. costit., 2017, 171), GAMBARDELLA (in Cass. pen., 2017, 1334)), che così sancisce:

"1) dispone di sottoporre alla Corte di giustizia dell'Unione europea, in via pregiudiziale ai sensi e per gli effetti dell'art. 267 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, le seguenti questioni di interpretazione dell'art. 325, paragrafi 1 e 2, del medesimo Trattato:

se l'art. 325, paragrafi 1 e 2, del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea debba essere interpretato nel senso di imporre al giudice penale di non applicare una normativa nazionale sulla prescrizione che osta in un numero considerevole di casi alla repressione di gravi frodi in danno degli interessi finanziari dell'Unione, ovvero che prevede termini di prescrizione più brevi per frodi che ledono gli interessi finanziari dell'Unione di quelli previsti per le frodi lesive degli interessi finanziari dello Stato, anche quando tale omessa applicazione sia priva di una base legale sufficientemente determinata;

se l'art. 325, paragrafi 1 e 2, del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea debba essere interpretato nel senso di imporre al giudice penale di non applicare una normativa nazionale sulla prescrizione che osta in un numero considerevole di casi alla repressione di gravi frodi in danno degli interessi finanziari dell'Unione, ovvero che prevede termini di prescrizione più brevi per frodi che ledono gli interessi finanziari dell'Unione di quelli previsti per le frodi lesive degli interessi finanziari dello Stato, anche quando nell'ordinamento dello Stato membro la prescrizione è parte del diritto penale sostanziale e soggetta al principio di legalità;

se la sentenza della Grande Sezione della Corte di giustizia dell'Unione europea 8 settembre 2015 in causa C-105/14, Taricco, debba essere interpretata nel senso di imporre al giudice penale di non applicare una normativa nazionale sulla prescrizione che osta in un numero considerevole di casi alla repressione di gravi frodi in danno degli interessi finanziari dell'Unione europea, ovvero che prevede termini di prescrizione più brevi per frodi che ledono gli interessi finanziari dell'Unione europea di quelli previsti per le frodi lesive degli interessi finanziari dello Stato, anche quando tale omessa applicazione sia in contrasto con i principi supremi dell'ordine costituzionale dello Stato membro o con i diritti inalienabili della persona riconosciuti dalla Costituzione dello Stato membro;

2) chiede che le questioni pregiudiziali siano decise con procedimento accelerato; (…)".

Sulla stessa ordinanza n.24 del 2017, la dottrina è infinita: vedine l'ampio elenco, (a margine del provvedimento) in Consulta online.

[329] La sentenza *Taricco 2* della Corte di giustizia 5 dicembre 2017, nella causa C-42/17 ha così sancito:

"L'articolo 325, paragrafi 1 e 2, TFUE dev'essere interpretato nel senso che esso impone al giudice nazionale di disapplicare, nell'ambito di un procedimento penale riguardante reati in materia di imposta sul valore aggiunto, disposizioni interne sulla prescrizione, rientranti nel diritto sostanziale nazionale, che ostino all'inflizione di sanzioni penali effettive e dissuasive in un numero considerevole di casi di frode grave che ledono gli interessi finanziari dell'Unione europea o che prevedano, per i casi di frode grave che ledono tali interessi, termini di prescrizione più brevi di quelli previsti per i casi che ledono gli interessi finanziari dello Stato membro interessato, a meno che una disapplicazione siffatta comporti una violazione del principio di legalità dei reati e delle pene a causa dell'insufficiente determinatezza della legge applicabile, o dell'applicazione retroattiva di una normativa che impone un regime di punibilità più severo di quello vigente al momento della commissione del reato".

di Nizza.[330]

Tuttavia è la sentenza della Corte costituzionale[331] – che dà *seguito*, appunto, alla stessa sentenza *Taricco 2* della Corte di giustizia – a dichiarare non fondate le questioni di legittimità costituzionale della legge di autorizzazione alla ratifica del trattato di Lisbona (legge n. 130 del 2008, articolo 2) – in relazione al *principio di legalità in materia penale* (art. 25 cost.) – risultando esclusa l'applicabilità della norma del *trattato* (art. 325 cit.) – sebbene dotata di *efficacia diretta,* come dichiarato sin dalla *sentenza Taricco 1* – non solo a *fatti anteriori all'8 settembre 2015* (data della *sentenza Taricco 1*), ma anche quando il giudice nazionale ne ravvisi, appunto, contrasto con lo stesso *principio di legalità in materia penale.*

3.2. La *centralizzazione* del controllo – in testa alla Corte costituzionale, appunto – sembra costituire il *filo rosso* che collega tra loro i passaggi essenziali dei contributi della stessa Corte alla *saga Taricco.*

Intanto una norma del trattato di Lisbona dotata di *efficacia diretta* (art. 325) – come dichiarato dalla Corte di giustizia (sin dalla *sentenza Taricco 1*) – risulta investita, (anche) dalla Corte di cassazione, da questione di legittimità costituzionale.

E la Corte costituzionale – come è stato anticipato – neanche si pone il problema circa l'ammissibilità della sollevata questione di legittimità costituzionale.[332]

---

[330] Vedi Corte costituzionale 14 febbraio 2017 n. 269 (In Foro it. 2018, I, 26 e 405 con nota di SCODITTI), laddove – in un *obiter dictum* – *"(.....)ritiene che, laddove una legge sia oggetto di dubbi di illegittimità tanto in riferimento ai diritti protetti dalla Costituzione italiana, quanto in relazione a quelli garantiti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea in ambito di rilevanza comunitaria, debba essere sollevata la questione di legittimità costituzionale, fatto salvo il ricorso, al rinvio pregiudiziale per le questioni di interpretazione o di invalidità del diritto dell'Unione, ai sensi dell'art. 267 del TFUE".*
All'evidenza, si tratta di un *obiter dictum,* in quanto non ne risulta integrata la *ratio decidendi* della declaratoria che *"sono inammissibili, per difetto di motivazione in ordine alla rilevanza, le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 10, 7° comma ter e 7° comma quater, l. 10 ottobre 1990 n. 287, aggiunti dall'art. 5 bis, 1° comma, d.l. 24 gennaio 2012 n. 1, conv., con modifiche, dalla l. 24 marzo 2012 n. 27, nella parte in cui prevede, al fine di assicurare il funzionamento dell'Agcm, l'applicazione di contributi a carico dei soli imprenditori con fatturato superiore a cinquanta milioni di euro, con un limite massimo per tale contributo, non superiore a cento volte la misura minima, in riferimento agli art. 3 e 53, 1° e 2° comma, cost."*
Sulla stessa sentenza n.269 del 2017, la dottrina è infinita: vedine l'ampio elenco (a margine del provvedimento) in Consulta online.

[331] Vedi Corte cost. numero 115 del 31 maggio 2018**),** che *"dichiara non fondate le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 2 della legge 2 agosto 2008, n. 130 (Ratifica ed esecuzione del Trattato di Lisbona che modifica il Trattato sull'Unione europea e il Trattato che istituisce la Comunità europea e alcuni atti connessi, con atto finale, protocolli e dichiarazioni, fatto a Lisbona il 13 dicembre 2007), sollevate dalla Corte di cassazione, in riferimento agli artt. 3, 11, 24, 25, secondo comma, 27, terzo comma, e 101, secondo comma, della Costituzione, e dalla Corte d'appello di Milano, in riferimento all'art. 25, secondo comma, Cost., con le ordinanze indicate in epigrafe".*
In relazione alla stessa sentenza, sono tati diffusi dalla Corte costituzionale ben due comunicati-stampa: uno alla data della decisione in camera di consiglio (10 aprile 2018) – volto ad anticipare l'informazione circa la decisione adottata (in coerenza con la prassi costante, per le sentenze di maggiore rilievo) – e l'altro, affatto inusuale (a quanto consta), coevo al deposito della sentenza (31 maggio 2018), che sembra oscillare, nella sostanza, tra una sorta di *interpretazione autentica* della sentenza e l'integrazione della sua motivazione.
Sulla stessa sentenza n. 115 del 2018, vedi: C. AMALFITANO, O. POLLICINO, *Jusqu'ici tout va bien… ma non sino alla fine della storia. Luci, ombre ed atterraggio della sentenza n. 115/2018 della Corte costituzionale che chiude (?) la saga Taricco*, in Diritti comparati, 5 giugno 2018 ;C.CUPELLI, *La Corte costituzionale chiude il caso Taricco e apre a un diritto penale europeo certo,* in Diritto Penale Contemporaneo, 4 giugno 2018; P. FARAGUTA, *Roma locuta, Taricco finita*, in Diritti Comparati, 5 giugno 2018.
Da ultimo vedi, altresì, A. RUGGERI, *Taricco, amaro finale di partita,* in Consulta online del 3 settembre 2018, al quale parimenti si rinvia per riferimenti ulteriori.

[332] Sul punto, vedi da ultima, Corte cost., ordinanza n. 95 del 4 maggio 2917, che ha dichiarato manifestamente inammissibile le

Eppure ne risulta investita una norma eurounitaria dotata di *efficacia diretta,* come tale affidata, da un lato, all'applicazione da parte del *giudice comune* – per quanto si è detto – e *prevalente,* dall'altro, rispetto alla *norma costituzionale* (art. 25 cost.) assunta quale *controlimite.*

Tanto più la conclusione ora proposta s'impone ove si consideri che – della stessa norma eurounitaria – il giudice rimettente pretende – del pari inammissibilmente – una *interpretazione adeguatrice* che risulti rispettosa del *controlimite* – allo stesso ordinamento dell'Unione – quale risulta dal *principio di legalità* in materia penale, come previsto dalla nostra costituzione (art. 25).

In altri termini, un principio dell'ordinamento interno – sia pure di fonte costituzionale (art. 25 cost.) – ne risulta prospettato quale parametro per *conformare* l'interpretazione di norma del diritto dell'Unione (art. 325 TUE), nonostante la *efficacia diretta* e la *prevalenza* di questa rispetto allo stesso principio dell'ordinamento interno (art. 25 cost., appunto).

La Corte costituzionale, infatti, dispone nuovo rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, che riecheggia – per quanto si è detto – la questione di legittimità costituzionale – sollevata (anche) dalla Corte di cassazione – per ottenere una sorta di *interpretazione autentica* della pronuncia precedente, che risulti rispettosa, appunto, del principio costituzionale di *legalità in materia penale* (art. 25 cost.) .[333]

3.3. La Corte di giustizia [334], intanto, ribadisce l'efficacia diretta della diposizione (art. 325 del trattato di Lisbona, cit.), già dichiarata dalla sentenza *Taricco 1*, a seguito di precedente rinvio pregiudiziale della stessa Corte costituzionale

Tuttavia impone l'obbligo dei giudici nazionali di osservare anche il *principio di legalita in materia penale,* come previsto da norma – parimenti dotata di efficacia diretta – della Carta di Nizza (art. 49) e non già dal principio – di contenuto sostanzialmente non dissimile – della nostra costituzione (art. 25), che risulta invocato dai giudici nazionali (Corte costituzionale, appunto, e giudici rimettenti).

3.4. Resta confermato, vieppiù, il problema se fosse proprio necessario, nella specie, un secondo rinvio pregiudiziale ed, ancor prima, la rimessione alla Corte costituzionale.

---

questione di legittimità costituzionale – *"dell'art. 74 del decreto legislativo 26 marzo 2001, n. 151 (Testo unico delle disposizioni legislative in materia di tutela e sostegno della maternità e della paternità, a norma dell'articolo 15 della legge 8 marzo 2000, n. 53), sollevate, in riferimento agli artt. 2, 3, 10, 31, 38 e 117, primo comma, della Costituzione, quest'ultimo in relazione agli artt. 14 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950, ratificata e resa esecutiva con legge 4 agosto 1955, n. 848, 1 del Primo Protocollo addizionale alla Convenzione stessa, 21 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000 e adattata a Strasburgo il 12 dicembre 2007, e 6 del Trattato sull'Unione europea"* – essenzialmente in base al rilievo seguente: *"questa Corte ha già avuto modo di chiarire che «il rimettente deve espressamente indicare i motivi che osterebbero alla non applicazione del diritto interno in contrasto con il diritto dell'Unione europea, venendo altrimenti meno la sufficienza della motivazione in ordine alla rilevanza della questione» (ordinanza n. 298 del 2011, che richiama le sentenze n. 288 e n. 227 del 2010, n. 125 del 2009 e n. 284 del 2007)".*

[333] Vedi Corte cost. ordinanza n. 24 del 26 gennaio 2017, cit.

[334] Vedi sentenza *Taricco 2*.

I *giudici comuni* nazionali, infatti, sono tenuti a *non applicare* – ed hanno, quindi, l'*obbligo di disapplicare* (per dirla con il linguaggio, forse meno rigoroso, delle due *sentenze Taricco*) – le norme interne confliggenti con norme dell'ordinamento comunitario (ed, ora, eurounitario), che siano dotate di *efficacia diretta.*

Mentre la necessità di investire, in tal caso, la Corte costituzionale – della questione di legittimità costituzionale (in relazione all'articolo 11 della costituzione) – risultava concordemente esclusa fin dalle remote sentenze *Simmenthal* e *Granital* (Corte giust. 9 marzo 1978, in causa C- 106/77, e, rispettivamente, Corte cost. 8 giugno 1984, n. 170).

3.5. Per superare il problema ora prospettato – sia pure a costo di un *ritorno al passato remoto*, per quanto si è detto – la Corte costituzionale propone in un obiter[335] – con riferimento specifico, tuttavia, alla *Carta di Nizza* – e, sostanzialmente, ribadisce – con la sentenza che dà *seguito* alla *Taricco 2*[336] – la *centralizzazione,* in testa alla stessa Corte*,* del controllo su qualsiasi contrasto tra norme del diritto dell'Unione e norme dell'ordinamento nazionale.

In funzione della *centralizzazione,* il *ritorno al passato remoto,* tuttavia, si coniuga con la sostanziale negazione della *competenza* della Corte di giustizia – sebbene contestualmente predicata – nella *interpretazione uniforme* del diritto dell'Unione e nella *specificazione* se *esso abbia effetto diretto*.

Peraltro il *principio di legalità* in materia penale – sebbene previsto (anche) dalla Carta di Nizza (articolo 49) – diventa parametro di legittimità costituzionale – per la legge che autorizza la ratifica del trattato di Lisbona – sia pure impiegando lo stesso principio – come previsto della nostra costituzione (art. 25) – apoditticamente elevato, tuttavia, a *principio supremo.*

3.6. Intanto è la stessa Corte costituzionale[337] a riconoscere (punto 12) che la *sentenza Taricco 2* ha ritenuto *"assorbito il terzo quesito[338] in forza della risposta data ai primi due[339]"* nei termini testuali seguenti:

---

[335] Vedi Corte cost. n. 269 del 14 febbraio 2917, cit.

[336] Vedi Corte cost. n. 115 del 31 maggio 2918, cit.

[337] Vedi Corte cost. n. 115 del 31 maggio 2918, cit.

[338] Così riferito dalla stessa Corte costituzionale:

"3) se la sentenza della Grande sezione della Corte di giustizia dell'Unione europea 8 settembre 2015, in causa C-105/14, Taricco, debba essere interpretata nel senso di imporre al giudice penale di non applicare una normativa nazionale sulla prescrizione che osta in un numero considerevole di casi alla repressione di gravi frodi in danno degli interessi finanziari dell'Unione europea, ovvero che prevede termini di prescrizione più brevi per frodi che ledono gli interessi finanziari dell'Unione europea di quelli previsti per le frodi lesive degli interessi finanziari dello Stato, anche quando tale omessa applicazione sia in contrasto con i principi supremi dell'ordine costituzionale dello Stato membro o con i diritti inalienabili della persona riconosciuti dalla Costituzione dello Stato membro",

[339] Così riferiti dalla stessa Corte costituzionale:

""1) se l'art. 325, paragrafi 1 e 2, del TFUE debba essere interpretato nel senso di imporre al giudice penale di non applicare una normativa nazionale sulla prescrizione che osta in un numero considerevole di casi alla repressione di gravi frodi in danno degli interessi finanziari dell'Unione, ovvero che prevede termini di prescrizione più brevi per frodi che ledono gli interessi finanziari dell'Unione di quelli previsti per le frodi lesive degli interessi finanziari dello Stato, anche quando tale omessa applicazione sia priva di una base legale sufficientemente determinata;

2) se l'art. 325, paragrafi 1 e 2, del TFUE debba essere interpretato nel senso di imporre al giudice penale di non applicare una normativa nazionale sulla prescrizione che osta in un numero considerevole di casi alla repressione di gravi frodi in danno degli interessi

"l'articolo 325, paragrafi 1 e 2, TFUE dev'essere interpretato nel senso che esso impone al giudice nazionale di disapplicare, nell'ambito di un procedimento penale riguardante reati in materia di imposta sul valore aggiunto, disposizioni interne sulla prescrizione, rientranti nel diritto sostanziale nazionale, che ostino all'inflizione di sanzioni penali effettive e dissuasive in un numero considerevole di casi di frode grave che ledono gli interessi finanziari dell'Unione europea o che prevedano, per i casi di frode grave che ledono tali interessi, termini di prescrizione più brevi di quelli previsti per i casi che ledono gli interessi finanziari dello Stato membro interessato, a meno che una disapplicazione siffatta comporti una violazione del principio di legalità dei reati e delle pene a causa dell'insufficiente determinatezza della legge applicabile, o dell'applicazione retroattiva di una normativa che impone un regime di punibilità più severo di quello vigente al momento della commissione del reato.".

In altri termini – chiarisce, esplicitamente, la stessa Corte costituzionale – *"la Corte di giustizia ha ribadito i contorni della "regola Taricco", ma ha confermato che essa può trovare applicazione solo se è rispettosa del principio di legalità in materia penale, nella duplice componente della determinatezza e del divieto di retroattività. Quanto alla prima ha sollecitato una verifica della competente autorità nazionale, mentre sulla retroattività ha sùbito specificato che la "regola Taricco" non si estende ai fatti compiuti prima dell'8 settembre 2015, data di pubblicazione della sentenza che l'ha enunciata".*

All'esito di tali premesse, tuttavia, la Corte costituzionale pronuncia su questione di legittimità costituzionale, che sembra riecheggiare, nella sostanza, la questione pregiudiziale ritenuta assorbita dalla Corte di giustizia (nella *Taricco 2*).

Resta da domandarsi, tuttavia, se ne risulti frainteso quanto stabilito dalla Corte di giustizia, anche nella *Taricco 2.*

3.7. Invero la motivazione della sentenza di rigetto della Corte costituzionale[340] si articola nei passaggi essenziali seguenti:

- resta fermo che *"compete alla sola Corte di giustizia interpretare con uniformità il diritto dell'Unione, e specificare se esso abbia effetto diretto"*;

- tuttavia, *"come ha riconosciuto la sentenza M.A. S.*(altro nome della *Taricco 2*)*, un esito interpretativo non conforme al principio di determinatezza in campo penale non possa avere cittadinanza nel nostro ordinamento";*

---

finanziari dell'Unione, ovvero che prevede termini di prescrizione più brevi per frodi che ledono gli interessi finanziari dell'Unione di quelli previsti per le frodi lesive degli interessi finanziari dello Stato, anche quando nell'ordinamento dello Stato membro la prescrizione è parte del diritto penale sostanziale e soggetta al soggetta al principio di legalità.".

[340] Vedi Corte cost. numero 115 del 31 maggio 2018, cit., che – come è stato ricordato –*"dichiara non fondate le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 2 della legge 2 agosto 2008, n. 130 (Ratifica ed esecuzione del Trattato di Lisbona che modifica il Trattato sull'Unione europea e il Trattato che istituisce la Comunità europea e alcuni atti connessi, con atto finale, protocolli e dichiarazioni, fatto a Lisbona il 13 dicembre 2007), sollevate dalla Corte di cassazione, in riferimento agli artt. 3, 11, 24, 25, secondo comma, 27, terzo comma, e 101, secondo comma, della Costituzione, e dalla Corte d'appello di Milano, in riferimento all'art. 25, secondo comma, Cost., con le ordinanze indicate in epigrafe".*

- *quanto appena rilevato concerne la "regola Taricco"*, che *non troverebbe una base legale sufficientemente determinata nell'art. 325 TFUE, dal quale una persona non avrebbe potuto, né oggi potrebbe, desumere autonomamente i contorni della regola Taricco",* appunto;

- pertanto *"ciò comporta la non fondatezza di tutte le questioni sollevate, perché, (……), la violazione del principio di determinatezza in materia penale sbarra la strada senza eccezioni all'ingresso della "regola Taricco"" nel nostro ordinamento".*

Resta, tuttavia, il problema – già prospettato – se ne risulti frainteso quanto stabilito dalla Corte di giustizia – nell'ambito della propria *competenza*[341] – anche nella *Taricco 2.*

3.8. Rispondendo alle prime due questioni pregiudiziali, infatti, la sentenza *Taricco 2* della Corte di giustizia ribadisce la *efficacia diretta* (dell'art. 325 TFUE, appunto) – già accertata dalla *Taricco 1* – ed impone, nel contempo, il rispetto del *principio di legalità in materia penale* – parimenti dotato di *efficacia diretta* – stabilito dallo stesso diritto dell'Unione (art. 49 Carta di Nizza), sia pure in termini non dissimili rispetto alla nostra costituzione (art. 25).

Pertanto il *principio di legalità* risulta radicato – con *efficacia diretta* – nel diritto dell'Unione.

Non pare, quindi, neanche configurabile un qualsiasi contrasto di tale ordinamento con lo stesso *principio di legalità,* come stabilito dalla nostra costituzione (art. 25).

La conclusione proposta si impone, vieppiù, ove si consideri la *prevalenza* del principio di legalità – stabilito dal diritto dell'Unione – rispetto al principio omologo previsto dalla nostra costituzione.

Palese ne risulta il rilievo ove si consideri il contenuto identico di tanti principi della Carta di Nizza e della nostra costituzione.[342]

Pare, invece, assorbita la questione attinente alla elevazione del *principio di legalità* da *principio fondamentale* a *principi supremo*[343]*,* come tale idoneo a costituire parametro di legittimità costituzionale per la legge di autorizzazione della ratifica del trattato di Lisbona.[344]

---

[341] Di *"interpretare con uniformità il diritto dell'Unione, e specificare se esso abbia effetto diretto"*: così, testualmente, la stessa Corte cost, 115 del 31 m1ggio 2018, cit.

[342] Vedi Corte cost. n. 269 del 14 febbraio 2017.

[343] Invero i *principi fondamentali* consistono in *orientamenti o criteri direttivi di così ampia portata e così fondamentali da potersi desumere, di norma, dalla disciplina legislativa di più settori materiali* (Corte cost. 6/56, Foro it., 1956, I, 1058; 68/61, id., 1962, I, 17; 87/63, id., 1963, I, 1338; 28/64, id., 1964, I, 875; 23/78, id., 1978, I, 801; 91/82, id., 1982, I, 2122) ovvero, eccezionalmente, di singole materie, sempreché, in quest'ultimo caso, *il principio sia diretto a garantire il rispetto di valori supremi, collocabili al livello delle norme di rango costituzionale o di quelle d'immediata attuazione della Costituzione* (Corte cost. 6/56, e 231/86, id., 1987, I, 2356).
Su un piano affatto diverso si collocano, tuttavia, i *principî supremi che non possono essere sovvertiti o modificati nel loro contenuto essenziale neppure da leggi di revisione costituzionale o da altre leggi costituzionali», ivi compresi gli statuti speciali (approvati, appunto, con legge costituzionale) di regioni e province ad autonomia differenziata* (così, testualmente, Corte cost. n. 1146 del 1988, in Foro it., 1989, I, 609, con nota di PIZZORUSSO, alla quale si rinvia; seguita da Corte cost. n. 366 del 1991, id., 1992, I, 3257).
Tali principi sono stati identificati, infatti, nel *principio repubblicano* (affermato con il referendum del 1946 e con l'articolo 139 della costituzione) – da intendere inclusivo del *principio democratico* e degli altri sostenuti dalla *ideologia del costituzionalismo* – ed in altri principi che la costituzione qualifica *Inviolabili.*
In dottrina, sui *principi supremi,* vedi A. PIZZORUSSO, *Fonti del diritto*. Bologna e Roma, 2011, al quale si rinvia per riferimenti ulteriori…

[344] Vedi Corte cost.11 arile 1997, n. 93 (in Foro it., 1998, I, 1382), secondo cui *"gli atti delle istituzioni comunitarie (sono) sindacabili alla luce del diritto interno solo se contrastanti con i principi supremi della Costituzione",*

Peraltro il contrasto con il *principio di legalità* – previsto dalla nostra costituzione (art. 25) – risulta prospettato, sotto il profilo della *indeterminatezza*. in relazione alla *regola Taricco* (di cui all'art. 325 TFUE).

Tuttavia la *indeterminatezza* non è compatibile con la *efficacia diretta* – che postula, appunto, contenuto normativo sicuro (oltre che incondizionato) – della stessa *regola Taricco.*

Mentre la verifica circa la *indeterminatezza* – che la Corte di giustizia demanda ai giudici nazionali – pare riferita alle norme interne con essa confliggenti.[345]

3.9. Al pari di ogni altra decisione di rigetto delle questioni di legittimità costituzionale, la sentenza della Corte costituzionale – che sembra concludere la *saga Taricco* – non produce alcun effetto giuridico al di fuori del giudizio *a quo.*[346]

Restano, tuttavia, i *messaggi* che la nostra Corte costituzionale ha ritenuto di dovere rivolgere ai *giudici comuni* – che ne risultano espropriati della *competenza* a decidere, su qualsiasi contrasto tra diritto dell'Unione ed ordinamento interno, attribuita agli stessi giudici fin dalle remote sentenze *Simmenthal* e *Granital* – in un *obter dictum* ed in una sentenza di rigetto.

Non vincolati dalla sentenza di rigetto né, tantomeno, *dall'obiter dictum* della Corte costituzionale i nostri *giudici comuni* potrebbero, quindi, continuare a *conformarsi* alle sentenze – che, invece, restano per loro vincolanti – *Simmenthal e Granital.*

Oppure potrebbero riproporre, direttamente, alla Corte di giustizia la stessa *questione pregiudiziale* – già decisa con la remota sentenza *Immenthal*, finora condivisa dai giudici nazionali a far tempo dalla sentenza *Granital* –concernente, appunto, il rapporto tra ordinamento dell'Unione e nostro ordinamento interno.

Ne potrebbe risultare – alla luce della giurisprudenza (anche attuale) della Corte di giustizia – una sorta di *sentenza Simmenthal del XXI secolo*, alla quale non potrebbe non seguire una sorta di *sentenza Granital,* parimenti *del XXi secolo*: con buona pace del *risparmio di giurisdizione* e dello stesso *dialogo tra le Corti.*

---

[345] Invero la *sentenza Taricco 2* della Corte di giustizia – come è stato ricordato – ribadisce l'efficacia diretta della disposizione del trattato (art. 325) e la *disapplicazione* delle norme interne confliggenti sulla prescrizione (art. 160 e 161 c.p.) del reato in materia di imposta sul valore aggiunto – già stabilite dalla *sentenza Taricco 1* – ma fa salva (*a meno che*), tuttavia, l'ipotesi che *"una disapplicazione siffatta comporti una violazione del principio di legalità dei reati e delle pene a causa dell'insufficiente determinatezza della legge applicabile, o dell'applicazione retroattiva di una normativa che impone un regime di punibilità più severo di quello vigente al momento della commissione del reato".*
La *'insufficiente determinatezza della legge applicabile* pare, tuttavia, riferita alle leggi interne confliggenti.
In nessun caso può, comunque, riguardare – per quanto si è detto – la *regola Taricco* dell'ordinamento dell'Unione (ne sono fonti, sia detto per inciso, anche le sentenze della Corte di giustizia).
La *efficacia diretta* della stessa *regola Taricco* (art. 325 TFUE), infatti, ne postula il contenuto normativo immediatamente precettivo – perché *cero ed incondizionato* – e, come tale, all'evidenza incompatibile con la *indeterminatezza.*

[346] Vedi, per tutti, G. ZAGREBELSKY, V. MARCENO', Giustizia costituzionale, Bologna, Il Mulino, 2012, 543 ss.

4. Segue: evoluzione della giurisprudenza dei nostri giudici ordinari a partire dal *convegno di Parma del 1985*.

Alla data del *convegno di Parma* – come è stato anticipato – il diritto comunitario del lavoro risultava ignorato dai nostri *giudici comuni* e, segnatamente, dai nostri giudici ordinari.[347]

Eppure la materia del lavoro – alla data di quel convegno (30 e 31 ottobre 1985, appunto) – aveva già formato oggetto non solo di norme dei trattati, ma anche – tra l'altro – delle importanti *direttive sociali* della seconda metà degli anni '70 (in materia di licenziamento per riduzione del personale, trasferimento d'impresa, insolvenza del datore di lavoro).

Di conseguenza, non aveva *seguito* la coeva giurisprudenza della Corte di giustizia nella stessa materia del lavoro, che – per quanto riguarda il nostro ordinamento – si era formata, coerentemente, soltanto in procedure di infrazione.[348]

4.1. Nel periodo successivo al *convegno di Parma* del 1985, la giurisprudenza dei giudici comuni – e segnatamente dei giudici ordinari – ha progressivamente acquisito sempre maggiore conoscenza del diritto comunitario – ed ora eurounitario – del lavoro.[349]

Coerentemente, hanno trovato applicazione – dinanzi ai nostri giudici comuni – i diritti che, ai lavoratoti subordinati, sono garantiti dal diritto comunitario (ed, ora, eurounitario) ed, in genere, dal *patrimonio costituzionale comune.*[350]

---

[347] Vedi M. DE LUCA, *Normativa comunitaria in materia di lavoro e giurisprudenza dei giudici ordinari italiani. cit.*

[348] Vedi TOLEDANO LAREDO, *op. cit.*

[349] Profetico risulta, in tale prospettiva, l'auspicio lucidamente espresso da Federico Mancini nelle conclusioni della sua relazione al *convegno di Parma del 1985* (*op, cit.,* spec. 39), laddove si legge;
"Ciononostante due fatti restano incontestabili; la Corte di giustizia è riuscita a far progredire in tutta Europa la codizione degli operai e degli impiegati, migranti o sedentari che siano; a tale risultato essa è giunta col contributo (meglio in ragione del contributo) che le hanno offerto i giudici nazionali.
Purtroppo, l'apporto della magistratura italiana a quest'opera collettiva è stato nel complesso magro e sembra addirittura in declino. La mia opinione è che a base di così sgradevole stato di cose siano non, come qualcuno dice, l'incultura o il provincialismo dei nostri giudici, ma i limiti che il formidabile sviluppo del diritto di casa ha posto al loro tempo e alle loro energie negli anni convulsi delle lotte operaie e poi nella fase dell'emergenza.
Quei giudici, tuttavia, hanno occhi per constatare che il quadro sta cambiando. Le fonti di casa sono vicine a seccarsi ed è facile prevedere che, per chi guardi ad esse, si preparano stagioni grame: sospirose ruminazioni sul passato, malinconiche scaramucce di retroguardia e forse (ce n'è già qualche avvisaglia) la nascita di un nuovo formalismo. Perché, dunque, non intraprendere, o non riprendere, un dialogo con Lussemburgo? Io non so se esso basterebbe ad evitare le grigie prospettive di cui ho detto; so però che darebbe fiato al diritto del lavoro italiano e, quel che più conta, aprirebbe nuove strade al diritto sul lavoro europeo".

[350] La garanzia del *diritto al lavoro* – nella nostra costituzione (art. 4) e nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (art. 15) – si coniuga, in tale prospettiva, con la tutela del lavoro, *in tutte le sue forme*, e con la *tutela differenziata* del lavoro subordinato.
La *tutela differenziata* si articola, poi, in una pluralità di diritti, che parimenti risultano garantiti – oltre che dalla costituzione (articoli 1, 2, 3 cpv., 4, 34, 35, 36 e 38 Cost.) – da fonti degli ordinamenti soprannazionali (eurounitario ed internazionale): norme di trattati e direttive in materie sociale e, segnatamente, di lavoro (quali: *parità di trattamento* e *divieto di discriminazioni* tra lavoratori – per ragioni di sesso e per altre ragioni – garanzia per i lavoratori in caso di *trasferimento d'azienda* e di *insolvenza del datore di lavoro* e *sicurezza sociale*) si coniugano, infatti, con le rispettive *Carte* (Carta sociale europea del Consiglio d'Europa, adottata a Strasburgo il 3 maggio 1996, e *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*).
Peraltro la *economia sociale di mercato* (di cui all'articolo 41 cost.) si coniuga con la *"economia sociale di mercato fortemente competitiva, che mira alla piena occupazione e al progresso sociale"* (di cui all'articolo 3, comma 3, TUE).
Concorrono, poi, i principi (quali, ad esempio, il principio di *effettività* e quello di *indisponibilità del tipo contrattuale di lavoro subordinato, appunto*) enunciati dalla giurisprudenza eurounitaria,

Del pari coerentemente, la giurisprudenza comunitaria (ed, ora, eurounitaria) proviene da sentenze della Corte di giustizia in sede – non solo di procedura d'infrazione[351], ma anche – di rinvio pregiudiziale.[352]

4.2. Livelli diversi di *sensibilità* degli stessi giudici – nella soggetta materia –pongono, tuttavia, problemi inediti di composizione.

Mi imito soltanto a qualche esemplificazione.

4.3. Su *eguaglianza e lavoro*, non posso che ribadire *quanto poco resta nel nostro diritto vivente*[353], pur non essendo mancata qualche indicazione di segno contrario.[354]

Una qualche timidezza, peraltro, sembra connotare il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia – peraltro obbligatorio per i *giudici di ultima istanza* – sebbene ne siano risultati, talora, esiti di palese ingiustizia in dipendenza della sopravvenienza di sentenze della Corte di giustizia, appunto, contrastanti con pronunce dei nostri giudici comuni passate in giudicato e di problematica revocazione.[355]

In palese controtendenza pare, tuttavia, il rinvio pregiudiziale – per asserita discriminazione fondata sull'età – della disposizione in materia di *lavoro intermittente*[356], che – per promuovere l'occupazione giovanile – stabilisce la cessazione automatica del rapporto di lavoro al raggiungimento di una certa età.[357]

---

che ha gli stessi effetti delle fonti, da essa interpretate: vedi M. De Luca, *Diritti dei lavoratori: patrimonio costituzionale comune versus declino delle garanzie*, in *Foro It.*, 2011, V, pag. 216, cit.
Né può essere trascurato che le norme di ordinamenti soprannazionali possono essere, di regola, derogate – soltanto *in melius*, a favore dei lavoratori – da norme degli ordinamenti nazionali.

[351] Vedi Corte giust. 13 febbraio 2014; causa C-596/12; Commissione europea c. Repubblica italiana in materia di licenziamenti collettivi.

[352] Vedi, per tutte, la sentenza Mascolo della Corte di giustizia, 24 novembre 2014, nelle case riunite 21/13, da 61/13 a 63 /13 e 418/13, in Foro it., 2014, IV, 569; annotata da: VALLEBONA, ROMEO, URSO, in Mass. giur. lav., 2015, 138; G. SANTORO PASSARELLI, in Argomenti dir. lav., 2015, 167; CALAFÀ, MENGHINI, in Riv. it. dir. lav., 2015, II, 309; GHERA, in Giur. costit., 2015, 157.

[353] Vedi M.DE LUCA, *Uguaglianza e lavoro: quanto (poco) resta nel nostro diritto vivente*, in Riv. It. Dir. Lav., 2016, I, 235.

[354] Vedi Cass. 5 aprile 2016, n. 6575, in Labor, 2016, 269, n. GALARDI; Riv. giur. lav., 2016, II, 469 (m), n. SCARPONI; Mass. giur. lav., 2017, 142, n. CAPONETTI; Argomenti dir. lav., 2016, 1221, n. PASQUALETTO.

[355] Sulla problematica revocazione di sentenze passate in giudicato di nostri giudici comuni, a seguito della sopravvenienza di sentenze della Corte di giustizia in senso contrario, vedi M. DE LUCA, *Un grand arrêt della Corte di giustizia dell'Unione europea sul nostro precariato scolastico statale: il contrasto con il diritto dell'Unione, che ne risulta, non comporta l'espunzione dal nostro ordinamento, né la non applicazione della normativa interna confliggente (prime note in attesa dei seguiti)*, spec- § 8, in: WP CSDLE Massimo D'Antona, n. 237/2015; Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni, 2014, 3-4, 499.

[356] Vedi articolo 34, comma 2, del decreto legislativo n. 276/2003, che – nel testo applicabile *ratione temporis* –, così dispone: *"Il contratto di lavoro intermittente può in ogni caso essere concluso con soggetti con più di cinquantacinque anni di età e con soggetti con meno di ventiquattro anni di età, fermo restando in tale caso che le prestazioni contrattuali devono essere svolte entro il venticinquesimo anno di età"*.

[357] Vedi Cass. ordinanza 29 febbraio 2016, n.3982, che ha sottoposto alla Corte di giustizia la seguente questione pregiudiziale: *"Se la normativa nazionale di cui all'articolo 34 del [decreto legislativo n. 276/2003], secondo la quale il contratto di lavoro intermittente può in ogni caso essere concluso con riferimento a prestazioni rese da soggetti con meno di venticinque anni di età, sia contraria al principio di non discriminazione in base all'età, di cui alla direttiva 2000/78 e alla [Carta] (articolo 21, paragrafo 1)"*.

La scontata sentenza della Corte di giustizia[358] – che ha escluso la denunciata discriminazione – ha dato luogo, tuttavia, ad un seguito – parimenti scontato – con sentenza della Corte di cassazione che rivela, tuttavia, elevata maturità culturale.[359]

4.4. Una qualche timidezza (per dirla, ancora una volta, con un eufemismo) sembra riguardare, altresì, l'applicazione del principio giurisprudenziale – costituzionale ed insieme eurounitario – di *indisponibilità del tipo contrattuale* di lavoro subordinato.[360]

Pur riposando su tale principio, la *sostanziale estensione* ai dirigenti della disciplina in materia di licenziamenti collettivi – stabilita dalla Corte di giustizia[361] – risulta dalla Corte cassazione[362] inviata, alla data di entrata in vigore della legge attuativa della sentenza[363], sebbene quel principio

---

[358] Vedi Corte giust. 19 luglio 2017. In causa C-143/16, che ha così deciso: *"L'articolo 21 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea nonché l'articolo 2, paragrafo 1, l'articolo 2, paragrafo 2, lettera a), e l'articolo 6, paragrafo 1, della direttiva 2000/78/CE del Consiglio, del 27 novembre 2000, che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro, devono essere interpretati nel senso che essi non ostano ad una disposizione, quale quella di cui al procedimento principale, che autorizza un datore di lavoro a concludere un contratto di lavoro intermittente con un lavoratore che abbia meno di 25 anni, qualunque sia la natura delle prestazioni da eseguire, e a licenziare detto lavoratore al compimento del venticinquesimo anno, giacché tale disposizione persegue una finalità legittima di politica del lavoro e del mercato del lavoro e i mezzi per conseguire tale finalità sono appropriati e necessari".*

[359] Vedi Cass. 21 febbraio 2018, n. 4223 (pres. Nobile, est. Bronzini), che – in accoglimento del ricorso del datore di lavoro – ha cassato con rinvio la sentenza impugnata.
Per una prima valutazione della stessa sentenza, vedi Valeria Piccone, *A prima lettura della sentenza della Corte di cassazione n. 4223 del 21 febbraio 2018. L'interpretazione conforme strumento di "sutura" post Corte costituzionale n. 269 /2017,* in Rivista diritti comparati n. 1/2018.

[360] Sul principio giurisprudenziale – eurounitario e costituzionale – di *indisponibilità del tipo contrattuale* di lavoro subordinato, vedi: M. DE LUCA, *Rapporto di lavoro subordinato: tra indisponibilità del tipo contrattuale, problemi di qualificazione giuridica e nuove sfide della economia postindustriale,* in Riv. It. dir. lav. 2014, I, 397; ID., *Subordinazione e autonomia dopo il recente riordino delle tipologie;* in Giurisprudenza italiana, 2016, I, 741 ed in www.europeanrigts.eu newsletter n. 66 del 15 gennaio 2018; ID. Legge sul *lavoro agile*: uno *sguardo dal ponte* sul sistema di tipologie contrattuali del lavoro dopo il recente *riordino,* spec. §3 in *Variazioni su temi di diritto del Lavoro,* 2018, n. 2, 547 ss.; CSDLE, Newsletter n. 7/2018; www.europeanrigts.eu, newsletter n.68 del 15 maggio 2018.

[361] Vedi Corte giust. 13 febbraio 2014; causa C-596/12;; Commissione europea c. Repubblica italiana, cit. – laddove *"dichiarare che, avendo escluso, mediante l'articolo 4, paragrafo 9, della legge n. 223/1991, la categoria dei «dirigenti» dall'ambito di applicazione della procedura prevista dall'articolo 2 della direttiva 98/59, la Repubblica italiana è venuta meno agli obblighi ad essa incombenti in forza dell'articolo 1, paragrafi 1 e 2, di tale direttiva"* – essenzialmente sulla base del rilievo (punto 17) che *"la caratteristica essenziale del rapporto di lavoro è la circostanza che una persona fornisca, per un certo periodo di tempo, a favore di un altro soggetto e sotto la direzione di quest'ultimo, prestazioni in contropartita delle quali percepisce una retribuzione (v., per analogia, sentenza dell'11 novembre 2010, Danosa, C-232/09, Racc. pag. I-11405, punto 39 e la giurisprudenza ivi citata)"*

[362] Vedi Cass. n. 5513 dellì8 marzo 2018, che ha rigettato il ricorso e confermato, sostanzialmente, la sentenza impugnata, che aveva limitato l'estensione della disciplina dei licenziamenti collettivi ai dirigenti solo a far tempo dalla entrata in vigore della legge (30 ottobre 2014, n. 161, art. 16), che ha dato attuazione alla sentenza della Corte di giustizia.

[363] Vedi l'articolo 16 – intitolato, appunto, *"Modifiche all'articolo 24 della legge 23 luglio 1991, n. 223, in materia di licenziamenti collettivi. Procedura di infrazione n. 2007/4652. Sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea del 13 febbraio 2014 nella causa C-596/12"* – della legge 30 ottobre 2014, n. 161, *Disposizioni per l'adempimento degli obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia all'Unione europea* (legge europea 2013-bis), che sancisce testualmente:
"1. All'articolo 24 della legge 23 luglio 1991, n. 223, e successive modificazioni, sono apportate le seguenti modificazioni:
a) al comma 1, primo periodo, dopo le parole: «più di quindici dipendenti» sono inserite le seguenti: «, compresi i dirigenti,»;
b) dopo il comma 1-quater è inserito il seguente:
«1-quinquies. Nel caso in cui l'impresa o il datore di lavoro non imprenditore, ricorrendo le condizioni di cui al comma 1, intenda procedere al licenziamento di uno o più dirigenti, trovano applicazione le disposizioni di cui all'articolo 4, commi 2, 3, con esclusione dell'ultimo periodo, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 11, 12, 14, 15 e 15-bis, e all'articolo 5, commi 1, 2 e 3, primo e quarto periodo. All'esame di cui all'articolo 4, commi 5 e 7, relativo ai dirigenti eccedenti, si procede in appositi incontri. Quando risulta accertata la violazione delle procedure richiamate all'articolo 4, comma 12, o dei criteri di scelta di cui all'articolo 5, comma 1, l'impresa o il datore di lavoro non imprenditore e' tenuto al pagamento in favore del dirigente di un'indennità in misura compresa tra dodici e ventiquattro mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto, avuto riguardo alla natura e alla gravità della violazione, fatte salve le diverse previsioni sulla misura dell'indennità contenute nei contratti e negli accordi collettivi applicati al rapporto di lavoro»;

abbia *efficacia diretta.*[364]

Alla stessa conclusione si perviene, tuttavia, in dipendenza della *efficacia diretta* – per quanto si è detto[365] – della ricordata sentenza della Corte di giustizia, sebbene non sia dotata (di *efficacia diretta*, appunto, nei rapporti tra privati) la norma di direttiva (articolo 2 della direttiva 98/59, cit.), che ne risulta interpretata.

L'esemplificazione sul punto potrebbe continuare.

Non può essere trascurata, tuttavia, la segnalazione che – sul principio di *indisponibilità del tipo contrattuale* di lavoro subordinato – riposa essenzialmente, tra l'altro, la questione pregiudiziale concernente il trattamento economico, normativo e previdenziale dei *giudici non professionali* (che pende, attualmente, dinanzi alla Corte di giustizia).[366]

4.5. Una maggiore attenzione meriterebbe, forse, anche la *condizionalità eurounitaria* per il divieto nazionale di conversione dei contratti a termine *abusivi* nel pubblico impiego.

Il *divieto* è subordinato, infatti, alla *condizione* che, negli ordinamenti interni, siano contestualmente previste misure alternative – alla *conversione*, appunto – dotate dei requisiti indefettibili stabiliti dal diritto dell'Unione: equivalenza – rispetto al trattamento garantito, per casi analoghi, dallo stesso ordinamento interno – si coniuga, in tale prospettiva, con effettività, proporzionalità ed efficacia dissuasiva.

La *discrezionalità* degli stati membri – nello stabilire *divieti di conversione* – non può, quindi, prescindere dalla *condizionalità* imposta dal diritto dell'Unione.[367]

La *condizionalità* potrebbe, quindi, comportare – nel difetto di idonee misure alternative alla *conversione vietata* – la *disapplicazione* dello stesso *divieto* – nel nostro ordinamento – sebbene riposi sul *principio costituzionale del pubblico concorso*.[368]

---

c) al comma 2, le parole: «commi 1 e 1-bis» sono sostituite dalle seguenti: «commi 1, 1-bis".

[364] Sulla *efficacia diretta* del principio giurisprudenziale eurounitario di *indisponibilità del tipo contrattuale* di lavoro subordinato, vedi M.DE LUCA, M. DE LUCA, *Rapporto di lavoro subordinato: tra indisponibilità del tipo contrattuale, problemi di qualificazione giuridica e nuove sfide della economia postindustriale,* cit., spec. § 1.4.

[365] Sulla *efficacia* delle interpretazioni della Corte di giustizia – in sede di rinvio pregiudiziale o, come nella specie, di procedura di infrazione – vedi *retro.*

[366] Vedi causa C-472/17 Di Girolamo contro Ministero della giustizia.

[367] Sulla *condizionalità eurounitaria per divieti nazionali di conversione* vedi M. DE LUCA, *Precariato pubblico: condizionalità eurounitaria per divieti nazionali di conversione,* in WP CSDLE Massimo D'Antona, newsletter n. 25 del 19/07/2017; www.europeanrigts.eu n. 62 del maggio 2017; Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni, 2016, 489 ; Labor, 2017, 4, 401 ss.; ID**.,** *Condizionalità eurounitaria per il divieto di conversione, nel pubblico impiego, previsto dall'ordinamento italiano: la parola alla Corte di giustizia*, in WP CSDLE Massimo D'Antona, n. /2017; Cassazione.net, 8 settembre 2017; www.europeanrigts.eu newsletter n. 64 del 15 settembre 2017.

[368] Vedi M. DE LUCA, *Condizionalità eurounitaria per il divieto di conversione, nel pubblico impiego, previsto dall'ordinamento italiano: la parola alla Corte di giustizia,* cit., che riproduce, con il corredo di note essenziali, l'intervento orale, per la parte privata, nella udienza della Corte di giustizia del 13 luglio 2017, nella causa C-419/16, Giuseppa Santoro/Comune di Valderice/Presidenza del Consiglio dei ministri, avente ad oggetto: *successione abusiva di contratti a termine nel pubblico impiego – Conseguenze*.

Né può farsi affidamento, *sine die,* sul *self restraint* – che è stato praticato, finora, dalla Corte di giustizia – nel non dare attuazione effettiva alla *disapplicazione*, appunto, dopo averla ripetutamente predicata.[369]

[369] Vedi, ad esempio, la *sentenza Santoro* della Corte di giustizia (7 marzo 2018, in causa 419/16).
È ben vero, infatti, che non affronta il problema della *disapplicazione*.
Eppure il problema risulta esplicitamente sollevato – non solo dalla difesa della parte privata (vedine riferimenti alla nota che precede) – ma anche dalla Commissione Europea (vedine le *osservazioni scritte,* depositate il 4 gennaio 2017, spec. punto 52), laddove di legge: *"in mancanza di (…) alternativa efficace l'accordo quadro osta ad una normativa che vieta (….), nel settore pubblico, la trasformazione in contratto a tempo indeterminato di una successione di contratti a tempo determinato, come la Corte ha chiaramente precisato in Adeneler"*).
Ed, ancor prima, risulta *implicitamente presupposto* dalla ordinanza di rinvio pregiudiziale (Trib. Trapani, 5 settembre 2016), che denuncia la inadeguatezza del risarcimento del danno – da successione *abusiva* di contratti a termine – quale alternativa inidonea, secondo l'ordinamento dell'Unione, alla *conversione* vietata nel pubblico impiego.
Funzionale – alla elusione del problema di *disapplicazione* dello stesso *divieto di conversione* – pare, tuttavia, l'interpretazione del nostro diritto interno, come proposta dalla Corte di giustizia – e ritenuta conforme al diritto dell'Unione – in luogo della diversa interpretazione dello stesso diritto interno, quale risulta dalla sentenza delle sezioni unite civili della Corte di cassazione (numero 5072 del 15 marzo 2016), direttamente investita dalla questione pregiudiziale.
La *sentenza Santoro,* infatti, ritiene conforme al diritto dell'Unione (clausola 5 dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato, concluso il 18 marzo 1999, che figura in allegato alla direttiva 1999/70/CE del Consiglio, del 28 giugno 1999, relativa all'accordo quadro CES, UNICE e CEEP sul lavoro a tempo determinato) *"una normativa nazionale che, da un lato, non sanziona il ricorso abusivo, da parte di un datore di lavoro rientrante nel settore pubblico, a una successione di contratti a tempo determinato mediante il versamento, al lavoratore interessato, di un'indennità volta a compensare la mancata trasformazione del rapporto di lavoro a tempo determinato in un rapporto di lavoro a tempo indeterminato bensì, dall'altro, prevede la concessione di un'indennità compresa tra 2,5 e 12 mensilità dell'ultima retribuzione di detto lavoratore, accompagnata dalla possibilità, per quest'ultimo, di ottenere il risarcimento integrale del danno dimostrando, mediante presunzioni, la perdita di opportunità di trovare un impiego o il fatto che, qualora un concorso fosse stato organizzato in modo regolare, egli lo avrebbe superato, purché una siffatta normativa sia accompagnata da un meccanismo sanzionatorio effettivo e dissuasivo, circostanza che spetta al giudice del rinvio verificare"*.
Mentre la sentenza delle sezioni unite civili della Corte di cassazione (numero 5072 del 15 marzo 2016, cit.) – direttamente investita, per quanto si è detto, dalla questione pregiudiziale – risulta così *massimata:*
"In materia di pubblico impiego privatizzato, nell'ipotesi di abusiva reiterazione di contratti a termine, la misura risarcitoria prevista dall'art. 36, 5º comma, d.leg. n. 165 del 2001, va interpretata in conformità al canone di effettività della tutela affermato dalla corte di giustizia Ue (ordinanza 12 dicembre 2013, in C-50/13), sicché, mentre va escluso - siccome incongruo - il ricorso ai criteri previsti per il licenziamento illegittimo, può farsi riferimento alla fattispecie omogenea di cui all'art. 32, 5º comma, l. n. 183 del 2010, quale danno presunto, con valenza sanzionatoria e qualificabile come «danno comunitario», determinato tra un minimo ed un massimo, salva la prova del maggior pregiudizio sofferto, senza che ne derivi una posizione di favore del lavoratore privato rispetto al dipendente pubblico, atteso che, per il primo, l'indennità forfetizzata limita il danno risarcibile, per il secondo, invece, agevola l'onere probatorio del danno subito".
Nella sentenza investita direttamente dalla questione pregiudiziale (Cass., sez un, civ. numero 5072 del 15 marzo 2016, cit.), pertanto, l'*indennità forfettaria* (di cui all'art. 32, 5º comma, l. n. 183 del 2010, cit.) assolve la funzione di *"agevola(re) l'onere probatorio del danno subito"*, a fronte della *"difficoltà della prova"* – che *"ridonda in deficit di adeguamento della normativa interna a quella comunitaria"* – di *"tutto il risarcimento del danno"*,
Mentre – nella interpretazione del nostro diritto interno, proposta dalla Corte di giustizia e ritenuta conforme al diritto dell'unione (nella *sentenza Santoro*, appunto) – la stessa *indennità forfettaria* dev'essere *"accompagnata dalla possibilità (….) di ottenere il risarcimento integrale del danno dimostrando, mediante presunzioni, la perdita di opportunità di trovare un impiego o il fatto che, qualora un concorso fosse stato organizzato in modo regolare"*, oltre che da *misure* ulteriori (quali *"misure destinate a prevenire e sanzionare il ricorso abusivo a contratti a tempo determinato (…….) nei confronti dei dirigenti responsabili"*, di cui all'articolo 36, comma 5, del decreto legislativo n. 165/2001: punto 52 della *sentenza Santoro*).
Ne potrebbero, forse, risultare violati i limiti imposti alla *competenza* della Corte di giustizia: vedine, da ultima, la sentenza 11 luglio 2018, in causa C-60/17, laddove (punto 44) si legge *"che, secondo una giurisprudenza costante, la competenza della Corte è limitata all'esame delle sole disposizioni del diritto dell'Unione. Spetta al giudice nazionale valutare la portata delle disposizioni nazionali e il modo in cui devono essere applicate (ordinanza del 23 maggio 2011, Rossius e Collard, C-267/10 e C-268/10, non pubblicata, EU:C:2011:332, punto 15)."*.
Restano, bensì, problemi ancora aperti – affidati, per la soluzione, ai *seguiti giurisprudenziali* della sentenza Santoro – a cominciare da una configurazione della *presunzione di danno* – da successione abusiva di contratti a termini nel pubblico impiego – che non *"ridond(i) in deficit di adeguamento della normativa interna a quella comunitaria",* in quanto *prova difficile.*
Tanto basta, tuttavia, per esemplificare, appunto, il prospettato *self restraint* della Corte di giustizia, nel non dare attuazione effettiva alla *disapplicazione* – ripetutamente predicata – del *divieto di conversione.*

4.6. Sembra pesare, tuttavia, sulle *timidezze giurisprudenziali* – che sono state prospettate, solo in parte, a titolo meramente esemplificativo – (anche) un problema culturale, che non risparmia neanche la nostra dottrina giuslavoristica.

La generazione di giuslavoristi immediatamente precedente, infatti, ha totalmente ignorato il diritto comunitario – come la nostra giurisprudenza, al tempo del *convegno di Parma del 1985* – talvolta invocando, a giustificazione, la *sufficienza delle garanzie* offerte dalla nostra costituzione.[370]

L'attuale generazione di giuslavoristi, invece, non ignora il diritto comunitario (ed, ora, eurounitario) del lavoro[371], al pari della giurisprudenza attuale dei nostri giudici ordinari.

Sembra condividerne, tuttavia, la inadeguata considerazione – lo si prospetta in termini problematici – della *specialità* dell'ordinamento comunitario ed, ora, eurounitario.

Forte risulta, infatti, la tentazione di configurarne le norme come mero *parametro di legittimità* (comunitaria ed, ora, eurounitaria) – ed, ancor prima, di *interpretazione conforme* – per le nostre norme interne.

Eppure ad opposte conclusioni sembra condurre, appunto, la *specialità* di quell'ordinamento.

4.7. Come è stato ricordato, infatti, la Comunità (ed ora Unione) europea risulta configurata dalla Corte di giustizia – fin dalla remota sentenza del 5 febbraio 1963 (van Gend & Loos, in causa C-26/62, EU:C:1963:1) – come *"ordinamento giuridico di nuovo genere nel campo del diritto internazionale, a favore del quale gli Stati hanno rinunziato, anche se in settori limitati, ai loro poteri sovrani, ordinamento che riconosce come soggetti, non soltanto gli Stati membri ma anche i loro cittadini".*

Coerentemente – è la stessa Corte di giustizia a stabilirlo – *"il diritto comunitario, indipendentemente dalle norme emananti dagli Stati membri, nello stesso modo in cui impone ai singoli degli obblighi, attribuisce loro dei diritti soggettivi. Si deve ritenere che questi sussistano, non soltanto nei casi in cui il Trattato espressamente li menziona, ma anche come contropartita di precisi obblighi imposti dal Trattato ai singoli, agli Stati membri o alle Istituzioni comunitarie"*

---

[370] Significativa risulta, a titolo di esempio, la scarsa attenzione che – al diritto comunitario del lavoro – viene riservata dall'ampio ed aggiornato manuale di G. PERA, *Diritto del lavoro,* quarta edizione, Padova, CEDAM, 1991, laddove si legge (pag. 53 e 54)
"In questi ultimi tempi si è posta di frequente, in giurisprudenza, la questione della immediata operabilità o no delle direttive comunitarie nelle materie non direttamente regolate dal nostro ordinamento (specialmente in tema di licenziamenti collettivi). Si è così discusso del preciso valore di codesti testi. Le soluzioni sono state contrastanti".
E, nella nota a pie' di pagina (numero 2) aggiunge: *"Nel senso della non immediata applicabilità della direttiva CEE sui licenziamenti collettivi, vedi Trib. Torino 26 novembre 1986, in Mass. Giur. Lav. 1986, 931; Trib. Torino 13 aprile 1985, in Foro it. 1986, I, 233; contra, invece, vedi Pret. Torino 4 aprile 1985, ibidem, e Pret. Rocereto 21 marzo 1986, 937. Sulla questione, vedi pure M.DE LUCA, Normativa comunitaria in materia di lavoro e giurisprudenza dei giudici ordinari italiani, in Foro it. 1986, I, 234* (si tratta della relazione al *convegno di Parma del 1985,* pubblicata anche negli atti del convegno: n.d.e.). *In generale, vedi F: POCAR, Diritto comunitario del lavoro, Padova CEDAM, 1983.".*
Ne risulta, infatti, palese la scarsa attenzione, che – al diritto comunitario del lavoro, appunto – veniva allora, riservata, dalla giurisprudenza (significativo a tale proposito, il richiamo alla *relazione parmigiana* di M. DE LUCA), al pari della dottrina.

[371] Sulla maggiore attenzione – che la dottrina giuslavoristica attualmente riserva al diritto dell'Unione europea – vedi, per tutti, l'ampio ed aggiornato manuale di R. DEL PUNTA, *Diritto del lavoro*, nona edizione, Milano, Giuffrè, 2017, spec. capitolo V – intitolato, appunto, *Il diritto del lavoro internazionale e dell'unione europea* – pag., 153-174, al quale si rinvia per ampi riferimenti ulteriori.

Sembra risultarne che sono le *fattispecie lavoristiche* – per così dire – il polo di attrazione per norme dell'ordinamento comunitario (ed. ora, eurounitario) – nei limiti, beninteso, delle materie *attribuite* alla *competenza* dello stesso ordinamento – e per (eventuali) norme del nostro ordinamento interno.

Le norme dell'ordinamento comunitario (ed, ora, eurounitario), poi, trovano applicazione – per quanto si è detto – *indipendentemente dalle norme emananti dagli Stati membri.*[372]

E *prevalgono* – sulle norme interne confliggenti – in forme diverse, a seconda che siano dotate o meno di *efficacia diretta.*

Nel primo caso, infatti, si applicano in luogo delle norme interne confliggenti.

Nel secondo caso, invece, impongono l'interpretazione conforme delle stesse norme interne.

Ove l'interpretazione conforme, poi, non risulti *plausibile* – in dipendenza del tenore letterale della norma interna – soccorre, nel nostro ordinamento, la questione di legittimità costituzionale della stessa norma (in relazione all'articolo 117, primo comma, costituzione, integrato dalla norma eurounitaria confliggente, quale *fonte interposta*).

Tutto risulta funzionale, in ogni caso, alla individuazione – in base ai criteri che governano, per quanto si è detto, i rapporti tra gli ordinamenti – la disciplina giuridica del *caso concreto,* che i *giudici comun*i nazionali sono chiamati ad applicare.[373]

4.8. L'auspicata maturazione culturale – di giurisprudenza e dottrina – sarebbe agevolata, forse, dalla intensificazione del *dialogo* con la Corte di giustizia.

Utile, in tale prospettiva, sarebbe una minore timidezza nel rinvio pregiudiziale.

Di utilità anche maggiore, se possibile, sarebbe l'anticipazione del dialogo in fase non contenziosa.

In tale prospettiva, si colloca la previsione – nel protocollo numero 16 alla convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali[374] – della domanda di *pareri non vincolanti,* che – in pendenza di giudizio – le *più alte giurisdizioni* nazionali possono rivolgere,

---

[372] Forte risulta, invece, la tentazione diffusa di considerare le norme comunitarie (ed, ora, eurounitarie) soltanto come parametro di *legittimità comunitaria o eurounitaria* – per le nostre norme interne – sulla falsariga del rapporto tra norme costituzionali e norme di leggi ordinarie, in funzione del giudizio di legittimità costituzionale – ed, ancor, prima, di interpretazione conforme – delle stesse norme.

[373] Sintetizzato fin dal titolo – *il lavoro,* appunto, *nel diritto comunitario (ora eurounitario) e l'ordinamento italiano* - Il *metodo,* prospettato nel testo, può trovare coerente applicazione – (anche) quale *metodo di trattamento della giurisprudenza* - in materie che rientrano nella *competenza* di entrambi gli ordinamenti (a titolo di esempio, vedi, per tutti: M. DE LUCA, *Salvaguardia dei diritti dei lavoratori, in caso di trasferimento d'azienda, nel diritto comunitario: una «condanna», una «assoluzione per insufficienza di prove» ed altri suggerimenti della corte di giustizia per l'adeguamento dell'ordinamento italiano*, in Foro it., 1989, IV, 11; ID., *Salvaguardia dei diritti dei lavoratori, in caso di «insolvenza» del datore di lavoro, nel diritto comunitario* , ivi, 1992, IV, 23; ID., *Salvaguardia dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimento d'azienda: «funzione» del diritto comunitario e della giurisprudenza della corte di giustizia nella interpretazione ed applicazione della nuova disciplina nazionale (prime considerazioni sull'art. 47 della «legge comunitaria per il 1990»*), ivi, 1991, IV, 287).

[374] Sul protocollo 16 (in vigore dal prossimo 1° agosto 2018), vedi: Dario Martire, *Il protocollo n. 16 alla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali entra finalmente in vigore*, in Diritti comparati, 2018, aprile; Ufficio del massimario della Corte di cassazione, *Novità legislative: protocollo aggiuntivo 16 alla CEDU, relazione del 10 ottobre 2013*

appunto, alla Corte europea dei diritti dell'uomo per l'interpretazione dello stesso diritto internazionale convenzionale.

Per la Corte di giustizia, invece, svolge la stessa funzione preliminare – con riferimento, tuttavia, alle procedure di infrazione – il *sistema Eu-pilot.*[375]

Peraltro non può essere trascurato il rilievo che – nella stessa prospettiva del *dialogo tra le Corti* – possono assumere i *protocolli sulla cooperazione* tra le Corti medesime.[376]

5. Notazioni conclusive: *cessione di sovranità* dello stato al tempo dei *sovranismi.*

Resta, infine, il problema – già segnalato – della *cessione di sovranità* dello stato al tempo dei *sovranismi*[377]*.*

Eppure la *cessione di sovranità* – sulla quale si fonda, appunto, il *primato* del diritto comunitario (ed, ora, eurounitario) rispetto agli ordinamenti nazionali degli stati membri – risulta radicata nella nostra costituzione (art. 11), ancor prima della stessa istituzione delle Comunità europee.

Non può essere trascurato, tuttavia, il rilievo che – in dipendenza della *efficacia giuridica* – assume la fonte comunitaria (ed ora eurounitaria) del *primato.*

Il principio del *favor* – immanente nel diritto comunitario (ed, ora, eurounitario) del lavoro – concorre, poi, a *governarne* il rapporto con gli ordinamenti nazionali.

Ne risulta, di conseguenza, garantito il livello più elevato di tutela per i diritti dei lavoratori.

Restano, comunque, problemi di *democratizzazione* e di *dimensione sociale* dell'unione europea.

Non risultano trascurati, tuttavia, dai critici dei *sovranismi.*

---

375 Sul *sistema Eu-pilot. Vedi Manuale di risposta alle infrazioni UE* della nostra rappresentanza permanente presso l'Unione.

376 Sul punto, vedi G. MAMMONE, primo presidente della Corte di cassazione, *La rete giudiziaria dell'Unione europea. La Corte di Cassazione,* in RIDL, 2018, II, 3 ss, ed, ivi, *Protocpllo di accordo sulla cooperazione tra la Corte di giustizia dell'Unione europea e la Corte suprema di cassazione* del 16 maggio 2017, con allegato, 11 ss.

377 Sui *sovranismi,* vedi, per tutti, le posizioni critiche di: Rino Genovese, *Sovranismi: perché essere contro,* in Il Ponte, 15 marzo 2018; ID., *Sovranismo; replica,* ivi, 22 marzo 2018; Sergio Fabbrini, *Forza e debolezza del sovranismo di Orban,* Sole 24 ore 11 aprile 2018; ID., *La sfida sovranista a Europa e costituzione*, ivi, 15 luglio 2018.
Vedi, altresì, Discorso sullo *stato dell'Unione 2018* del presidente della Commissione europea (12 settembre 2018), laddove conclude: *"Vorrei soprattutto che dicessimo no al nazionalismo malsano e sì al patriottismo illuminato. Non dobbiamo dimenticare che il patriottismo del XXI secolo ha una duplice dimensione, una nazionale e una europea, che non si escludono a vicenda".*
In senso favorevole ai sovranismi pare, invece, Università di Ferrara (a cura della). *Sovranismo e sovranism secondo diritto, economia e politica*, parere del 22 maggio 2018.
Vedi, altresì, E. SCODITTI, *Populismo e diritto. Un'introduzione* (in Questione Giustizia, newsletter del 14 settembre 2018), secondo cui *"Populismo e diritto rinviano a forme di legame sociale antitetiche (……)".*

5.1. Fin dalla sua prima formulazione in assemblea costituente[378], il principio di *autolimitazione della sovranità dello stato* è posto in relazione con l'*idea degli stati uniti di Europa*[379].

Palesi risultano le *suggestioni resistenziali*[380] della *prefigurazione*, nella nostra costituzione, del sopravvenuto ordinamento comunitario come *"ordinamento giuridico di nuovo genere nel campo del diritto internazionale, a favore del quale gli Stati hanno rinunziato, anche se in settori limitati, ai loro poteri sovrani (…).*[381]*"*

Coerente con la *cessione di sovranità,* la *primazia* dell'ordinamento comunitario (ed, ora, eurounitario)[382] ne comporta la *prevalenza* sugli ordinamenti interni degli stati membri.

---

[378] *"lo stato consente, a condizioni di reciprocità, le limitazioni di sovranità necessarie alla organizzazione ed alla difesa della Patria"* : è questo il testo – della parte, che qui interessa – dell'emendamento Dossetti, diventato articolo 11 della costituzione nei termini testuali seguenti: *"L'Italia (…….) consente, in condizioni di parità con gli altri Stati, alle limitazioni di sovranità necessarie ad un ordinamento che assicuri la pace e la giustizia fra le Nazioni; promuove e favorisce le organizzazioni internazionali rivolte a tale scopo"* .

[379] Fin dall'inizio della discussione sull'emendamento Dossetti (seduta 3 dicembre 1946 della prima sottocommissione della Commissione per la costituzione, Atti, 447 ss., spec.452 e 454), ne è stato riconosciuto *implicito* il riferimento agli *Stati uniti d'Europa* (vedi interventi del presidente Tupini e di Moro).

[380] Vedi, per tutti, GIACOMO DELLEDONNE, *La resistenza in assemblea costituente e nel testo costituzionale italiano del 1948,* relazione alla giornata di studio e memoria per il sessantesimo anniversario della Costituzione italiana, organizzato a Sant'Anna di Stazzena (Lucca) dalla Scuola Sant'Anna di Pisa (21 novembre 2008, in Historia costitucional numero 19, 2009, http//historia costitucional.com, pagine 217-241, *passim,* spec. § V, *Resistenza, risorgimento ed esperienze europee,* laddove conclude; *"(….). In questo modo la costituzione si salda con la resistenza e con i primi appelli europeisti, come quello di Ventotttene lanciato da Altiero Spinelli ed Ernesto Rossi.".*

Allo stesso saggio si rinvia per riferimenti ulteriori.

[381] Così, testualmente, Cote giust. 5 febbraio 1963, van Gend & Loos, in causa C-26/62, cit.

[382] Sulla *primazia,* vedi da ultimi:

Corte cost n. 142 del 5 luglio 2018 – in tema di *aiuti di stato* – laddove si legge:

"L'obbligatorietà vale per tutti gli organi dello Stato, compresi i giudici (Corte di giustizia, sentenza 13 febbraio 2014, in causa C-69/13, Mediaset spa), imponendo loro – in base al principio di "primazia" del diritto dell'Unione – di non applicare le norme interne contrastanti (in termini generali, Corte di giustizia, sentenza 21 maggio 1987, in causa 249/85, Albako).

Si tratta di conclusione recepita in modo uniforme anche dalla giurisprudenza della Corte di cassazione (tra le altre, sezione lavoro, sentenza 5 settembre 2013, n. 20413; sezione quinta civile, 12 settembre 2012, n. 15207; sezione quinta civile, 11 maggio 2012, n. 7319).

Ciò premesso, con particolare riguardo ai modi con i quali possono essere fatti valere eventuali vizi che inficino la decisione della Commissione, occorre muovere dal rilievo che, per costante giurisprudenza della Corte di giustizia, i giudici nazionali non sono competenti a dichiarare l'invalidità degli atti delle istituzioni dell'Unione (ex plurimis, Corte di giustizia, grande sezione, sentenza 18 luglio 2007, in causa C-119/05, Lucchini spa; grande sezione, sentenza 10 gennaio 2006, in causa C-344/04, International Air Transport Association e altro). Al fine di garantire l'uniforme applicazione del diritto dell'Unione, l'art. 263 TFUE attribuisce, infatti, in via esclusiva il controllo sulla legittimità di tali atti alla Corte di giustizia. Si tratta di una regola sulla giurisdizione che – lungi dall'attentare ai «principi supremi» di soggezione del giudice alla sola legge e di indipendenza della magistratura – si correla alla partecipazione dell'Italia all'Unione europea, trovando copertura nel quadro delle limitazioni di sovranità consentite dall'art. 11 Cost. ".

Cons. stato, Adunanza plenaria, n. 9 del 25 giugno 2018 – in tema di direttori stranieri per i musei italiani – laddove (punto 4.3) si legge:

"(…) il Collegio osserva che, almeno per il caso - che qui rileva – di regolamenti in contrasto con il diritto eurounitario, non risulta predicabile alcuna preclusione per il Giudice amministrativo nel rilevare la non applicabilità della disposizione in contrasto con il diritto UE. È noto al riguardo che la giurisprudenza costituzionale ha ammesso la disapplicazione ex officio della norma interna (anche di fonte regolamentare) in contrasto con il diritto UE, conformemente – del resto – a consolidati orientamenti della Corte di giustizia dell'UE.

Ne consegue che il problema dei limiti alla disapplicazione officiosa del regolamento illegittimo risulti al più confinato alle ipotesi – che qui non ricorrono- in cui il profilo di illegittimità derivi da profili diversi dal contrasto con il diritto UE. In particolare, con la sentenza 10 novembre 1994, n. 384 la Corte costituzionale ha chiarito che "[le] norme contrarie al diritto comunitario (…) dovrebbero comunque essere disapplicate dai Giudici e dalla P.A.". Con la successiva sentenza 7 novembre 1995, n. 482 la Corte costituzionale ha inoltre stabilito che le norme comunitarie muovono su un piano diverso da quello proprio delle norme nazionali (anche di rango regolamentare).

Conseguentemente, "il rapporto tra le due fonti è di competenza e non di gerarchia o di successione nel tempo, con l'effetto che la

5.2. La fonte eurounitaria del *primato*[383], tuttavia, risulta assistita dallo stesso *primato.*

Mentre il principio del *favor* immanente nel diritto comunitario (ed, ora, eurounitario) del lavoro – talora in forma esplicita[384] – pare, comunque, incompatibile con il rischio che ne possa derivare, per i diritti dei lavoratori appunto, una tutela minore rispetto a quella garantita dall'ordinamento nazionale.

Anzi tale rischio non è neanche configurabile in *materie lavoristiche* di sicuro rilievo – riservate alla *competenza esclusiva* degli stati membri, in quanto non *attribuite* alla *competenza dell'Unione europea* (art. 4 ss, TUE) – quali *retribuzioni, diritto di associazione, diritto di sciopero e diritto di serrata.* (art.153, comma 5, del trattato).[385]

5.3. Non mancano, tuttavia, problemi di *democratizzazione* [386] e di *dimensione sociale* [387] dell'Unione europea.

---

norma nazionale diviene non applicabile se e nei limiti in cui contrasti con le disposizioni comunitarie precedenti o sopravvenute (sentenze nn. 389 del 1989 e 170 del 1984)"

In definitiva, la piena applicazione del principio di primauté del diritto eurounitario comporta che, laddove una norma interna (anche di rango regolamentare) risulti in contrasto con tale diritto, e laddove non risulti possibile un'interpretazione di carattere conformativo, resti comunque preclusa al Giudice nazionale la possibilità di fare applicazione di tale norma interna.

I princìpi appena richiamati risultano tanto più pregnanti nelle ipotesi in cui – come nel caso in esame - non solo il Giudice nazionale debba astenersi dal dare applicazione nell'ordinamento interno a una disposizione in contrasto con il diritto UE, ma per di più possa (e anzi, debba) riconoscere diretta applicazione a una disposizione chiara e di fatto autoapplicativa quale il paragrafo 3 dell'articolo 45 del TFUE (il quale, come si avrà modo di rilevare, limita la possibilità di derogare al generale principio della libertà di circolazione dei lavoratori ad ipotesi nel complesso residuali).".

[383] Sul primato del diritto della Unione europea e la conseguente prevalenza – rispetto al diritto degli stati membri – vedi: - Dichiarazione 17 relativa al primato (allegata al trattato sul funzionamento dell'Unione europea): "La conferenza ricorda che, per giurisprudenza costante della Corte di giustizia dell'Unione europea, i trattati e il diritto adottato dall'Unione sulla base dei trattati prevalgono sul diritto degli Stati membri alle condizioni stabilite dalla summenzionata giurisprudenza. Inoltre, la conferenza ha deciso di allegare al presente atto finale il parere del Servizio giuridico del Consiglio sul primato, riportato nel documento 11197/07 (JUR 260)". - Articolo 11 comma 1, della Costituzione italiana: "L'Italia (…) consente, in condizioni di parità con gli altri Stati, alle limitazioni di sovranità necessarie ad un ordinamento che assicuri la pace e la giustizia fra le Nazioni (…)".
Sul punto, vedi M. DE LUCA, *Precariato pubblico: condizionalità eurounitaria per divieti nazionali di conversione*, in WP CSDLE Massimo D'Antona, newsletter n. 25 del 19/07/2017; www.europeanrigts.eu n. 62 del maggio 2017; Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni, 2016, 489; Labor, 2017, 4, 401 ss., spec. § 3.1, nota 14, al quale si rinvia per riferimenti ulteriori.
Molto ampie risultano, infatti, dottrina e giurisprudenza sul primato: Vedi, per tutti, A. RUGGERI., Il primato del diritto dell'Unione sul diritto nazionale: lo scarto tra il modello e l'esperienza e la ricerca dei modi della loro possibile ricomposizione, www.giurcost.org, 2016, fasc. 1; ID., Primato del diritto dell'Unione europea in fatto di tutela dei diritti fondamentali?. In Quaderni costituzionali, 2015, 931; M. LUCIANI, Il brusco risveglio - I controlimiti e la fine mancata della storia costituzionale. www.rivistaaic.it, 2016, fasc. 2.

[384] Come in tante *direttive sociali*: vedi M. DE LUCA, *Diritti di lavoratori flessibili, anche alle dipendenze di amministrazioni pubbliche: patrimonio costituzionale comune versus declino delle garanzie,* WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".*IT* – 211/2014; in Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni, 2013, n. 6, 941 ss., spec. § 4.

[385] Significativa, a tale proposito, pare la recente sentenza della Corte costituzionale (n,120 del 7 giugno 2018) – in tema di diritto di *associazione professionale di carattere sindacale* dei militari – che assume (soltanto) la convenzione EDU e la Carta sociale europea – in ossequio, beninteso, al principio di *corrispondenza tra chiesto e pronunciato* (che *governa* anche il giudizio dinanzi alla Corte costituzionale) – quali *fonti interposte* (in relazione all'art. 117, primo comma, cost.) per la decisione di legittimità costituzionale in relazione allo stesso parametro.

[386] Sul punto, vedi, da ultimo, Stephanie Hennette,Thomas Piketty,Guillaume Sacriste, *Democratizzare l'Europa! Per un trattato di democratizzazione dell'Europa*. La nave di teseo, 2017, *passim.*; F SAITTO, *L'«urgenza democratica» come sfida politica e istituzionale all'Unione europea: a proposito della proposta "Democratizzare l'Europa!" di Hennette, Piketty, Sacriste e Vauchez,* in Diritti comparati, 22 maggio 2017, al quale si rinvia per riferimenti ulteriori.

[387] Sul punto, vedi, da ultimo, Commissione europea, *Documento di riflessione sula dimensione sociale europea*, COM (2017) 206, 26 aprile 2017 *passim.*

All'evidenza, non possono essere trascurati.

Né risultano trascurati, tuttavia, dai critici dei *sovranismi.*[388]

5.4. Tanto basta per ribadire che l'ordinamento eurounitario resta indispensabile per garantire la salvaguardia contro il rischio – indagato dal *più classico dei classici* sulla democrazia[389] – di qualsiasi *dittatura della maggioranza* a livello nazionale.[390]

Né può essere trascurato, in tale prospettiva, che *base assiologica* – del rifiuto, appunto, della *dittatura della maggioranza* di ciascun popolo – è la *giustizia*, quale *"legge generale che è stata fatta, o perlomeno adottata, non solo dalla maggioranza di questo o quel popolo, ma dalla maggioranza di tutti gli uomini"*.[391]

Tanto basta per confutate le argomentazioni di segno contrario, che – in tema, appunto, di *dittatura della maggioranza* – vengono, talora, proposte da sostenitori dei *sovranismi.*[392]

---

[388] Vedi, per tutti, Genovese, *Sovranismi: perché essere contro,* cit., laddove si legge: *"un'Europa completamente riformata in senso sovranazionale (con un'imposizione fiscale progressiva identica o molto simile sull'intero continente, con regole unificate del mercato del lavoro che impediscano delocalizzazione delle imprese e dumping sociale, etc.), così da fare apparire i vari Stati nazionali europei come quei relitti del passato che sono, non meno di quanto lo fosse il ducato di Parma, Piacenza e Guastalla nell'Italia risorgimentale".*

[389] Vedi ALEXIS DE TOQUEVILLE, *La democrazia in America,* Milano, Rizzoli, 2003, spec. Libro secondo, capitolo VII (*l'onnipotenza della maggioranza negli Stati uniti ed i suoi effetti*), pag. 253 ss.

[390] Sul punto, vedi M. DE LUCA, *Flessibilità del lavoro, in funzione della competitività nel mercato globale, e garanzia costituzionale dei diritti dei lavoratori,* Foro it., 2009, VI, 442; ID., *Diritti dei lavoratori flessibili, anche alle dipendenze di amministrazioni pubbliche: patrimonio costituzionale comune versus declino delle garanzie,* spec. § 7.3, in CSDLE "Massimo D'Antona" n. 211/2014.

[391] Vedi ALEXIS DE TOQUEVILLE, *La democrazia in America, cit., spec.*257, laddove si legge:

"io considero empia e detestabile questa massima: che in materia di governo la maggioranza di un popolo ha diritto di far tutto; tuttavia pongo nella volontà della maggioranza l'origine di tutti i poteri. Sono forse in contraddizione con me stesso?
Esiste una legge generale che è stata fatta, o perlomeno adottata, non solo dalla maggioranza di questo o quel popolo, ma dalla maggioranza di tutti gli uomini.
Questa legge è la giustizia.
Una maggioranza è come una giuria incaricata di rappresentare tutta la società e applicare la giustizia che è la sua legge. La giuria rappresenta la società; deve avere più potenza della società stessa di cui applica l leggi.
Quando dunque io rifiuto di obbedire ad una legge ingiusta, non nego affatto alla maggioranza il diritto di com andare: soltanto mi appello non più alla sovranità del popolo ma a quella del genere umano".

[392] Vedi Università di Ferrara (a cura della). *Sovranismo e sovranismi secondo diritto, economia e politica*, parere del 22 maggio 2018, cit., laddove si legge: *"Non vi è pertanto motivo di sostenere che essa* (la *sovranità* di ciascun popolo, appunto: n.d.e.) *si risolva in una sorta di dittatura della maggioranza: formula peraltro cara a coloro i quali al principio del Novecento vollero denigrare la democrazia per aprire la strada all'involuzione fascista, successivamente riproposta da chi sostiene l'incompatibilità tra liberalismo e democrazia."*

Trasformazioni del lavoro: sfide per i sistemi nazionali di diritto del lavoro e di sicurezza sociale*

Tiziano Treu

1. Ricerche su temi di frontiera del diritto del lavoro. 132
2. Crisi delle categorie giuridiche. 134
3. I lavori della Gig Economy. 136
4. Dalla qualificazione giuridica alla modulazione delle tutele. 137
5. Criteri ordinatori delle tutele. 137
6. Valorizzazione dei basic standards. 138
7. La regolazione dell'economia e dei lavori informali. 139
8. Le trasformazioni della sicurezza sociale: sostenibilità finanziaria e adeguatezza sociale. 141
9. Oltre gli schemi assicurativi. 141
10. Reddito minimo e contrasto alla povertà. 143
11. Politiche del lavoro e politiche di welfare. 144
12. Il ruolo dello Stato nella globalizzazione. 145
13. Strumenti per la regolazione internazionale del lavoro: le clausole sociali dei trattati di commercio. 147
14. Continua: codici di condotta e contratti collettivi transnazionali. 148
15. Strumenti per rafforzare l'efficacia giuridica dei contratti collettivi transnazionali. 149
16. L'impatto del decentramento su natura e contenuti della contrattazione collettiva. 151
17. Retribuzioni a risultato e welfare aziendale. 153
18. Percorsi da approfondire. 155

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 371/2018

1. Ricerche su temi di frontiera del diritto del lavoro.

Al congresso mondiale di Capetown del 2015 la nostra Società Internazionale ha lanciato sette gruppi di ricerca su temi che abbiamo ritenuto particolarmente rilevanti per il futuro del lavoro e per le sfide che essi rappresentano per le nostre discipline.[393]

La scelta dei temi è stata operata tenendo conto dei nostri dibattiti di questi anni. Non ha pretese esaustive ma crediamo, anche alla luce dei lavori svolti dagli stessi gruppi di ricerca, che intercetti alcune delle questioni cruciali che si pongono non solo ai giuristi ma a tutti gli studiosi di scienze sociali.

L'obiettivo che ci siamo proposti in questa attività di ricerca, come del resto nella nostra tradizione, è di avvalersi dell'esperienza e della conoscenza dei sistemi nazionali, propria delle diverse associazioni, per offrire analisi comparate e interdisciplinari alla comunità internazionale degli studiosi e degli operatori.

Siamo convinti che solo ricerche approfondite, il più possibile oggettive, sui vari aspetti di tali questioni possano fare luce su un futuro che si presenta più che mai incerto; bisognoso di "critical thinking". Così si possono evitare controversie ideologiche e soluzioni semplicistiche che sono purtroppo comuni nel nostro campo così esposto a tensioni sociali e influenzato da interessi contrastanti. Ricerche analitiche e partecipate sono anche la base per poter avanzare, con tutti i *caveat* necessari, suggerimenti e proposte ai *policy makers* nazionali e sovranazionali.

Siamo convinti, io personalmente, che nonostante la radicalità dei cambiamenti introdotti nel mondo del lavoro e delle imprese dalla globalizzazione e dalle nuove tecnologie digitali, l'impatto di questi fattori non è predeterminato. Può essere influenzato dalle scelte delle istituzioni e degli attori pubblici e privati che operano nei vari ambiti. Le nostre analisi offrono esempi significativi di tale influenza e quindi dello spazio che si apre sia all'azione istituzionale e sociale sia ai nostri studi.[394]

Sottolineo qui, come ho fatto altre volte, l'importanza dell'approccio comparato. Anche se la nostra disciplina è stata costruita per un secolo su basi nazionali, ora il suo oggetto si sta trasformando ad opera della crescente interdipendenza non solo fra imprese e istituzioni finanziarie in diversi paesi, ma anche fra gli interi sistemi nazionali, giuridici e sociali.

Questo carattere multilivello della regolazione è un ulteriore sollecitazione a rinnovare i nostri studi e le nostre analisi nazionali e soprattutto comparate. La teoria, ancora sostenuta da alcuni, dell'incomparabilità dei sistemi è smentita nei fatti ed è scalfita anche dalle deboli autorità internazionali. Anzi la vicinanza e spesso l'osmosi fra istituti di diversi ordinamenti cambiano la stessa natura della comparazione; non si tratta più (solo) di guardare con occhi attenti e "distanti" i vari

[393] I principali contributi al Congresso sono pubblicati in *Labour Law and Social Progress*, *Bulletin of comparative labor relations,* 92, a cura di D'Arcy du Toit, W. Kluwer, 2016.

[394] La diversità delle reazioni dei vari sistemi europei alle trasformazioni del contesto economico e sociale è esaminata nel mio scritto *Employment for a sustainable society: what is to be done?,* Keynote speach to the ILERA World Congress, 23-27 July, 2018, Seoul, in corso di pubblicazione, www.ILERA.World.Congress.2018.org

modelli giuridici e sociali, ma di scandagliare gli intrecci e le influenze "ravvicinate" fra questi modelli e/o fra settori di essi, che si verificano giorno per giorno nella vita economica e sociale di tutti i paesi.

L'analisi comparata dei vari sistemi nazionali e delle soluzioni da essi apportate è non solo un essenziale strumento di conoscenza teorica, ma anche presupposto per risolvere i problemi con cui devono confrontarsi gli operatori delle imprese, dei sindacati e delle istituzioni. Tali problemi, che determinano le scelte economiche e sociali, sono sempre più spesso transnazionali - nonostante le reazioni nazionalistiche in atto anche nelle politiche del diritto di vari paesi.[395]

L'analisi comparata, se deve essere diversa dalla semplice giustapposizione descrittiva fra istituti nazionali, è difficile per studiosi e per *policy makers* che sono stati finora concentrati su problemi nazionali e convinti della specificità delle proprie soluzioni. La nostra Associazione, con le sue ricerche, i suoi seminari, può fornire alimento all'innovazione di questi studi e buoni esempi di pratiche comparate nell'ambito del Diritto del Lavoro e delle Relazioni Industriali.

La complessità delle sfide e delle esperienze presenti nei vari sistemi è tale che non permette soluzioni facili né conclusioni affrettate.

Anche analisi generali dei grandi trend economici e sociali possono essere inadeguate se non fuorvianti. Servono analisi in profondità, anche di dettaglio per afferrare la realtà complessa del diritto e delle relazioni di lavoro e per cogliere le diverse risposte dei vari sistemi nazionali alle sfide comuni.

Analisi specifiche di questo tipo sono importanti in un periodo di transizioni rapide e incerte in cui innovazioni parziali in certi ambiti, che non sono colte dalle indagini (troppo) generali, possono essere rilevanti per indicare le tendenze in atto.[396]

I temi di ricerca affrontati dai nostri gruppi sono significativi delle trasformazioni, qualcuno direbbe della crisi, che investono la nostra disciplina. In effetti le analisi mettono in discussione aspetti fondamentali delle strutture regolative ricevute dal passato. La sfida riguarda anzitutto il ruolo dello Stato regolatore dei rapporti e del mercato del lavoro che ora deve esercitarsi anche in ambiti più ampi dei confini nazionali dove operano soggetti privi dei tradizionali poteri statali e che agiscono con strumenti convenzionali ma di rilievo generale e, in senso lato, pubblico: dai contratti collettivi transnazionali alle clausole sociali degli accordi commerciali.

Inoltre il contesto internazionale è teatro di fenomeni epocali come le migrazioni di massa che presentano aspetti drammatici per la regolazione delle condizioni di lavoro, mettendo a dura prova la effettività dei diritti e minacciando la vita stessa delle persone. Altri aspetti di sicurezza, di accoglienza, di integrazione degli immigrati, sono oggetto di accordi interstatali fragili e inadeguati, come si è visto con le drammatiche vicende europee, riferite in particolare ai rifugiati e agli

[395] See similar remarks in R. Gumbrell-Mc Cormick, R. Hyman, Trade Unions in Western Europe: hard times, hard choices, OUP, 2016, p. 6; S. Lehndorff, H. Dribbush, T. Schulten (eds.), Rough waters European Trade Unions in a time of crisis, ETUI, 2017, p. 14 ff.

[396] ILO, *Transitioning from the informal to the formal economy*, International Labor Conference, 2014, *Reccomandation*, 2015 (n. 204). Le conclusioni dell'ILO danno conto delle *policies* adottate in vari paesi per favorire questa transizione e affermano che la promozione di un *decent work* nell'economia informale richiede un approccio integrato, che si basi sulla sanzione dei diritti fondamentali del lavoro, e sulla creazione di migliori opportunità di occupazione e di reddito, sulla estensione della protezione sociale e sulla diffusione del dialogo sociale.

immigrati irregolari. Il rapporto del gruppo di ricerca – presentata da Kubra Dogan Yenisey - affronta i complessi problemi posti da queste migrazioni, rilevando la scarsità degli strumenti internazionali di regolazione vincolanti e il ruolo decisivo degli stati nazionali che si è espresso finora con soluzioni fra loro contrastanti e spesso conflittuali. Segnala inoltre come le migrazioni portino al cuore del diritto del lavoro un conflitto fra lavoratori, fra i diritti dei migranti e quelli dei lavoratori locali. La composizione di tale conflitto è un compito difficile che spetta al diritto del lavoro ma essenziale se la nostra materia vuol adempiere alla sua missione di strumento di promozione della eguaglianza fra tutte le persone che lavorano. Esso va affrontato non con proposte nazionalistiche ma con soluzioni concordate fra i vari sistemi nazionali.

2. Crisi delle categorie giuridiche.

I temi della qualità dei rapporti di lavoro e della produttività in azienda hanno assunto una dimensione inedita e potenzialmente dirompente per la nostra materia, a seguito dei processi di decentramento che hanno investito le relazioni industriali come in generale i sistemi produttivi e sociali.

Si tratta di tendenze che accentuano gli aspetti di aziendalizzazione delle relazioni di lavoro collettivi ma anche individuali, con implicazioni far *reaching* più che mai su tematiche di frontiera come il welfare e i legami fra lavoro e produttività. D'altra parte le stesse tendenze aprono, sia nell'uso innovativo delle tecnologie sull'organizzazione aziendale sia nella regolazione del lavoro digitale, possibili spazi per l'azione sindacale e anche per un management innovativo.

Ma il tema posto al centro della nostra riflessione, che influisce su molti aspetti specifici come quello da ultimo ricordato, riguarda il concetto stesso di lavoro e le categorie giuridiche in cui inquadrarlo ai fini della regolazione.

Il tema emerge nelle riflessioni trasversali di vari gruppi e di quasi tutti i nostri convegni.

Le riflessioni che impegnano la nostra disciplina sono soprattutto incentrate sulle molteplici forme in cui si manifestano i lavori diversi da quelli prevalenti nel '900, su cui si è costruita la nostra materia, cioè il lavoro subordinato (in particolare quello inserito nell'impresa) Ma la espressione lavoro informale si riferisce anche a quelle attività che si sviluppano nei settori dell'economia informale. Di questo secondo aspetto si occupa il primo gruppo di ricerca, con la relazione di H. Villasmil. Il primo aspetto è oggetto di analisi della relazione di T. Araki e S. Laloum.

L'economia e il lavoro informale, come ricorda l'ILO, nei paesi e nelle società emergenti comprendono oltre il 75% delle attività di business e dei lavoratori occupati. Ma voglio sottolineare fin da ora che settori e lavori informali sono presenti anche nelle economie cd. avanzate.[397] Si tratta di una convivenza di moderno e di antico che costituisce uno dei *cleavages* più profondi dei sistemi economici e sociali e che interroga la effettività del nostro lavoro e della sicurezza sociale. Anzi,

[397] ILO, *Transitioning from the informal to the formal economy*, International Labor Conference, 2014, *Recommendation*, 2015 (n. 204). Le conclusioni dell'ILO danno conto delle *policies* adottate in vari paesi per favorire questa transizione e affermano che la promozione di un *decent work* nell'economia informale richiede un approccio integrato, che si basi sulla sanzione dei diritti fondamentali del lavoro, sulla creazione di migliori opportunità di occupazione e di reddito, sulla estensione della protezione sociale e sulla diffusione del dialogo sociale.

come sottolineano con preoccupazione i sindacati europei, le forme più recenti di *crowdworking* possono portare a una diffusione incontrollata di lavoro informale.[398]

Le nostre analisi comparate ci offrono un quadro di persistente incertezza[399] e di consistenti diversità delle soluzioni adottate dai vari paesi. L'impatto delle nuove tecnologie digitali sulla organizzazione del lavoro e dell'impresa è la manifestazione estrema di tale incertezza.

Lo è per quanto riguarda la quantità del lavoro. Probabilmente sono esagerate le stime che annunciano a breve la distruzione di maggior parte dei lavori tradizionali. Ma l'impatto è destinato a crescere. I lavori su piattaforma, quelli della Gig Economy che sono un esempio estremo di lavoro "*any time any where*", sono già esplosi in tutto il mondo. In California, che spesso anticipa alle tendenze dell'innovazione, già 400.000 autisti di Uber si sono mobilitati e hanno fatto causa alla piattaforma aziendale. E le stime parlano di oltre 14 milioni di lavoratori digitali già attivi negli USA.[400]

In ogni caso l'incidenza delle innovazioni digitali sull'occupazioni è destinata a crescere soprattutto in lavori tradizionali ripetitivi.[401]

È significativo che la minaccia della rivoluzione digitale per il lavoro ha riaperto in Europa il dibattito non solo sulla flessibilità degli orari, ma sulla loro riduzione. Il recente contratto dei metalmeccanici tedeschi ha riconosciuto il diritto dei lavoratori di ridurre (per due anni) l'orario settimanale a 28 ore (con parziale riduzione del salario) con il diritto a ritornare all'orario normale (di 35 ore). In cambio ai datori di lavoro è stata riconosciuta una maggiore flessibilità nell'organizzazione di tali orari. E il part time sta diffondendosi (non sempre volontario) configurandosi come un sistema diffuso di ridistribuzione del lavoro spesso all'interno della famiglia.[402]

Al di là delle dimensioni complessive dell'occupazione, le forme e la qualità del lavoro saranno investite da un cambiamento senza precedenti che riguarderà soprattutto lavori ripetitivi portando a una polarizzazione delle posizioni di lavoro. Il cambiamento è così profondo che sta manifestando la inadeguatezza non solo delle regole tradizionali ma delle stesse categorie fondative del diritto del lavoro, a cominciare da quella di lavoro subordinato.[403] Non si tratta solo di dubbi

---

[398] ETUC, Resolution on digitalisation: "towards fair digital work", del 8-9 giugno 2016, www.ETUC.org.

[399] M. Weiss, *Challenges for labor law and Industrial Relations*, paper presentato al Congresso Mondiale ILERA, 23-27 luglio 2018, Seoul, www.ILERA.World.Congress.2018.org.

[400] Cfr. il mio scritto *Rimedi, tutele e fattispecie: riflessioni a partire dai lavori della Gig Economy*, LD, 2017, p. 367 ss.

[401] Le analisi sul tema sono ormai molteplici: vedi fra tutte S. Scarpetta, *The future of work*, Conference INAPP- ANPAL- CNEL, 9 nov. 2017, www.CNEL.it; M. Arntz, T. Gregory, U. Zierahn, *The risk of automation for Jobs in OECD countries*, OECD Social, *Employment and migration*, WP, n. 189, 2016; Eurofound, *Automation, digitalization and platforms*: *implications for work and employment*, 2018; OECD, *The future of work*, Policy forum, Jan. 2016; European economic and social committee, 2017, *Impact of digitalization and on demand economy on labour market and the consequences for employment and industrial relations,* www.cesc.Europa.eu; World Bank, World development report 2018, The changing nature of work, ove si presentano anche molte proposte di policy; IMF, *Technology and the future of work,* Group of Twenty, 2018.

[402] In Olanda il part time riguarda ormai quasi metà dell'occupazione (47%), ma è cresciuto in tutti i paesi europei e nella maggior parte di quelli OCSE. V. Eurofound, *Part time work in Europe 2004*; *Working time*, July 2018, OEDC data, *Part time employment rate*, 2017.

[403] See already B. Hepple, B. Veneziani, *The transformation of labor law in Europe, a comparative analysis. Hart Publishing?;* E. Ales, O. Deiuert, J. Kenver, (eds.) 2009, *Core and contingent work in the European Union, a comparative analysis*, Hart Publ., 2017, *New forms of employment*, Eurofound 2015, Luxembourg.

espressi da giuristi teorici, ma da incertezze che pervadono il legislatore, le parti sociali e le stesse decisioni della magistratura.[404]

L'analisi del gruppo di ricerca presentata da T. Araki illustra e commenta le diverse soluzioni avanzate dagli ordinamenti dei vari paesi alla qualificazione e al trattamento dei nuovi lavori su piattaforma.

3. I lavori della Gig Economy.

I giudici europei, come quelli di Common Law, si dividono fra quelli che cercano di includere i lavori della Gig economy nell'ambito della subordinazione per riconoscere loro i relativi diritti e chi viceversa rileva la presenza prevalente di tratti di autonomia. Ma tutti rilevano la novità di tali fattispecie, dovuta al fatto che esse spesso combinano aspetti di autonomia e di subordinazione. Non a caso alcuni giudici, specie di Common law, evitano di inquadrare i loro casi nelle due categorie tradizionali e si concentrano sulla necessità di rispondere ai bisogni di tutela di questi lavoratori (tutela contro gli infortuni, standard minimi di salario e simili). I casi di Uber e Foodora enfatizzano una tendenza più generale. Probabilmente ci sarà un po' di autonomia nelle forme più avanzate di subordinazione e un po' di dipendenza nei lavori autonomi inventati dalla rete.[405]

Sono convinto da tempo che per cogliere bene questa tendenza e darvi risposte adeguate occorre guardare più alle esigenze di tutela dei nuovi lavori, senza dimenticare quelli vecchi che alle categorie tradizionali.

È una pista di ricerca già avviata anche da noi. Si tratta di ricercare una base comune di regole che risponda alle esigenze fondamentali delle persone che lavorano, ispirata agli standard del "decent work" fissati dall' Organizzazione Internazionale del Lavoro; e di integrare tale base con regole specifiche adatte alle diverse situazioni del lavoro e dell'impresa.

In realtà in molti ordinamenti la regolazione del diritto del lavoro, una volta compatta, si è già diversificata per iniziative sia della legge sia dei contratti collettivi, per tener conto della diversità delle forme del lavoro e della loro variabilità e ha portato non solo a variazioni interne ai singoli tipi di rapporti rompendone la unità ma anche a una osmosi fra tipi diversi.[406]

La variabilità di questi lavori sconsiglia soluzioni affrettate, come suggeriscono anche le nostre riflessioni comparate, e non è utilmente contrastata moltiplicando i tipi di contratti, come hanno fatto alcuni paesi, fra cui l'Italia.

---

[404] This type of work has attracted a great number of legal analysis: see e.g. M.A. Cherry, *A taxonomy of virtual works*, in Georgia Law Review, 2011, vol, 45, p. 951; C. Degryse, *Digitalization of the Economy and its impact on labour markets,* Working Papers, 2016, 2; V. De Stefano, *The rise of the just in time workforce: on demand work. Crowdwork and labor protection in the gig economy*, in ILO. Working Papers, *Conditions of working series*, n. 71, 2016 b; J. Prassl, M. Risak, Uber, *Taskrabbit amnd Co.: Platforms as employers? Rethinking the legal Analysis of Crowdwork,* in CLLPJ, 2016, vol. 37, p. 619; G. Davidov, *The status of Uber drivers: a purposive approach*, in Spanish Labor Law and Employment Relations Journal, to be published; Eurofound *Working anytime, anywhere. The effects on the world of work*, (www.eurofound. Europa.eu/publications/report/2017/working-anytime-anywhere-the-effects-on –the-world-of-work), 2017.

[405] Cfr. T. Treu, *Rimedi, tutele, fattispecie,* cit.

[406] Così la relazione di T. Araki-Laloum al Congresso di Torino: vedi per queste osmosi nell'ordinamento italiano T. Treu, *Rimedi, tutele, fattispecie*, cit., p. 388 ss.

Molti giudici europei hanno interpretato in un modo elastico la nozione una volta rigida di subordinazione per adattarla a molti di questi lavori che, pur non inseriti formalmente nelle organizzazioni dell'impresa, manifestano tratti di dipendenza ancorchè combinati con margini di autonomia.

Altrettanto diversificati sono gli atteggiamenti dei legislatori nazionali. Alcuni hanno creato categorie intermedie di contratti di lavoro variamente denominate: lavori parasubordinati, (Italia) economicamente dipendenti, (Spagna) rapporti simili al lavoro subordinato, (Germania) workers (nel Regno Unito). Ad essi sono applicate non tutte ma parte delle tutele tradizionali del lavoro subordinato: in particolare i minimi salariali, norme sulla sicurezza del lavoro, tutele previdenziali e infortunistiche, ecc. Ma la creazione di queste nuove categorie non ha reso più certi i confini fra gli stessi, anzi ne ha reso talora più difficile la individuazione. Prova ne è che tali normative si sono rivelate di difficile applicazione.[407]

4. Dalla qualificazione giuridica alla modulazione delle tutele.

Mi sembra più opportuna la soluzione adottata dal legislatore francese, (legge 8 agosto 2016 n. 1088 art. 6) che ha fornito una risposta generale concentrata su alcune tutele e diritti essenziali senza pretese di fornire definizioni legali del lavoro digitale e abbandonando la logica del tutto o niente, propria delle categorie tradizionali per se stesse rigide.[408]

Una strada possibile in parte praticata dal legislatore italiano è stata di riconoscere alla contrattazione collettiva il potere di ridefinire e precisare i confini fra forme di lavoro, anche adattandone la disciplina alle specifiche esigenze delle singole forme di attività e di business (dlgs 81/2015, art 2, 2° comma).

Analoghe difficoltà si incontrano nella individuazione degli inquadramenti delle varie qualifiche professionali, perché le tecnologie digitali stanno cambiando il rapporto fra macchine intelligenti e i lavoratori che con esse operano, con la conseguenza di modificare in radice il contenuto delle mansioni tradizionali e di rendere obsoleto il concetto stesso di inquadramento contrattuale.[409] Tali trasformazioni confermano la convinzione, non solo mia, che il rafforzamento dell'identità professionale e degli *skills* dei lavoratori, con investimenti mirati di formazione è la strategia fondamentale per agire positivamente alle sfide dell'innovazione tecnologica e promuovere eguaglianza di opportunità nell'era digitale.[410]

5. Criteri ordinatori delle tutele.

La categoria lavoro subordinato corrisponde ancora a una parte consistente delle attività lavorative presenti nei vari settori della economia, e non si può semplicemente dichiararla superata per un esasperato senso di nuovismo. Ma considerarla un filtro qualificatorio esclusivo oscurerebbe

---

[407] I diversi tipi di risposta degli ordinamenti a questi nuovi problemi di regolazione sono ben evidenziati dal rapporto di T. Araki e S. Laloum. Così anche M. Weiss, *La platform economy e le principali sfide per il diritto del lavoro*, DRI, 2018, p. 718 ss.

[408] A. Jammaud, *Uber, deliveroo: requalification des contrats ou denunciation d'une fraude à la loi,* Semaine Sociale Lamy*, 178*, 4 sept. 2017, p. 4 ss.

[409] M. Faioli, *Mansioni e macchine intelligenti*, di prossima pubblicazione da Giappichelli, 2018.

[410] Su questo punto convergono molte delle ricerche ricordate a nota 8. Quella dell'FMI enfatizza in particolare l'importanza dell'educazione, osservando che "*education spending may be a particularly effective policy tool*", op. cit., p. 20.

le diverse forme di svolgimento delle attività di lavoro che si moltiplicano nelle economie attuali e le diverse esigenze di regolazione e di tutela di queste attività.

I materiali giuridici offerti dalla nostra comparazione confermano quanto si accennava, cioè che la variazione delle forme di lavoro ha ricevuto risposte regolative e sociali diverse dai vari ordinamenti, spesso lontane dalla tradizione.

In tal senso è significativa la indicazione della commissione europea circa le forme di lavoro digitale oggi più controverse. Pur richiamando i possibili criteri identificativi della subordinazione per risolvere i casi e il contenzioso dei cd. *platforms workers*. La Commissione si limita a invitare gli Stati membri a garantire a questi *fair working conditions* e *adequate and sustainable social protection* da individuarsi considerando "*the different needs and the innovative nature of collaborative business models*".[411]

Come si vede si tratta di una indicazione aperta che suggerisce di incentrare la ricerca più che sulle tradizionali categorie qualificatorie sulle esigenze di regolazione proprie di questi lavori. E si segnala che vanno considerati al riguardo due elementi principali: da una parte i bisogni delle persone di avere condizioni di lavoro eque e una protezione adeguata e dall'altra la novità di questi modelli di impresa. L'accenno al loro carattere collaborativo sembra alludere a certi aspetti della *sharing economy,* che peraltro sono lungi dall' essere presenti in tutti i casi oggetto di discussione e di controversia.

Qui si apre un campo di ricerca per i giuristi e per i *policy makers* che permetta di individuare alcuni criteri ordinatori di tale nuova regolazione, al di là del richiamo alla fairness e alla adeguatezza sociale. Questi criteri sono necessari per evitare che, abbandonato l'ancoraggio alle categorie qualificatorie tradizionali, ci si limiti a registrare la esistenza di confini mobili fra diverse fattispecie e a distribuire le tutele con la casualità di una prassi senza dottrina.

La mobilità e variabilità delle fattispecie rendono poco efficaci come si è visto rigidi interventi qualificatori della legge. Può essere più funzionale una regolazione flessibile da parte dei contratti collettivi, a condizione che essi sappiano rappresentare le esigenze di questi nuovi lavori.

In ogni caso i criteri guida della regolazione devono ispirarsi ai principi generali dell'ordinamento sanciti dalle costituzioni nazionali e dalle Carte europee e internazionali dei diritti.

6. Valorizzazione dei basic standards.

Per questi nuovi lavori che rappresentano una zona di confine del nostro diritto assume particolare rilievo la valorizzazione dei *basic standards* di trattamento, quelli che corrispondono alla concezione del *decent work* propugnata dalla organizzazione internazionale del lavoro.

I *basic standards* dell'OIL sono di diversa natura. Alcuni si riferiscono a diritti come quelli di libertà e di autotutela sindacale riconosciuti in molti paesi, ma spesso ancora controversi. Molti diritti sociali richiedono di essere specificati con norme attuative di legge o di contratto collettivo che ne determinino i contenuti, *in primis* il diritto a una equa retribuzione per il lavoro svolto. Esso ha assunto un rilievo centrale in tutti I paesi a fronte delle pressioni competitive sulle imprese e sul costo del lavoro che hanno fatto emergere il fenomeno tradizionalmente sconosciuto dei *working poors*.

[411] European Economic and Social Committee (2017), *Impact of digitalization*, cit.

Più di recente hanno assunto crescente importanza nuovi diritti insieme individuali e sociali, come quello alla formazione continua e a seguito del diffondersi delle nuove tecnologie digitali; il diritto alla protezione della *privacy* (anche) sul lavoro e quello dei lavoratori che operano in connessione digitale di potersi disconnettere dalla rete a certe condizioni. E si è rilevata la necessità di riconoscere o rafforzarne un altro diritto di carattere non solo difensivo come quello di disconnessione, ma positivo, quello di "voice" ai lavoratori come singoli e tramite le loro organizzazioni: un diritto essenziale per far emergere i nuovi bisogni e le proposte dei lavoratori ed evitare che restino oscurati dalla frenesia della competizione e dall'operare delle macchine intelligenti.

I *basic rights* acquistano un rilievo nuovo nel momento attuale, perché la diversificazione dei lavori in forme spesso sfuggenti alle qualificazioni giuridiche tradizionali rafforza l'esigenza, da tempo avanzata in dottrina, di individuare un nucleo fondamentale di regole e di tutele applicabili a tutte le attività dell'uomo che lavora, quale che sia la loro qualificazione giuridica. Si tratta di una base comune espressione di principi universali di dignità del lavoro umano la cui traduzione concreta nei vari ordinamenti è un obiettivo di policy essenziale se si vuole fornire una base unificante ai lavori frammentati del futuro e sottrarli al rischio di deregolazione o di anomia regolativa.[412]

In realtà un'opera di adattamento e di selezione delle tutele si richiede anche per molti lavori che si collocano entro o vicino agli ambiti della subordinazione, ma che presentano caratteri nuovi tali da rendere inapplicabili molte regole tradizionali. Si pensi alle forme di *smart working* già diffuse in molte imprese che non solo accentuano i tratti di autonomia delle prestazioni ma le sottraggono ai tradizionali vincoli di spazio e di tempo.

La mutata geografia del lavoro postula una pluralità di soluzioni innovative nella regolazione dei rapporti di lavoro e anche in altre aree della nostra disciplina, dalla gestione dei mercati del lavoro alla sicurezza sociale. La complessità dei nuovi lavori richiede un diritto del lavoro differenziato e a più livelli, o come si è detto, "*tailor made*", che poggi su una base di regole comuni e inoltre si adatti alle specifiche esigenze delle varie forme di attività.[413]

7. La regolazione dell'economia e dei lavori informali.

La prospettiva dei *basic standards* più essere significativa anche per affrontare il fenomeno dei lavori nella economia informale che sono diffusi fuori o al margine degli ordinamenti legali. In buona parte anche della portata dei contratti collettivi. Le esperienze di vari paesi confermano la difficoltà di raggiungere l'obiettivo di formalizzare l'informale e la debolezza degli strumenti sia di incentivazione sia di controllo e repressione fin qui utilizzati a tale fine.

I tentativi operati in alcuni paesi, fra cui l'Italia di perseguire un avvicinamento e una armonizzazione variamente incentivata per via contrattuale delle condizioni del lavoro informale a quelle prevalenti nel mercato del lavoro regolare non hanno avuto successo.

---

[412] Cfr. i miei rilievi in *Labor Law and social policy; an agenda for international research*, testo presentato a seguito del XXI Congresso mondiale ISLSSL a Capetown, 2015, ora in WP M. D'Antona, INT, 128/2016.

[413] M. Weiss, *The challenges*, cit.; e il rapporto di T. Araki, S. Laloum al Congresso di Torino, cit.

In realtà per perseguire con successo questo obiettivo serve un approccio integrato di *policies*, come propone l'ILO, cioè interventi che vanno oltre le misure e le regole del lavoro, riguardanti il contesto economico e sociale in cui matura la economia informale, che riguarda non solo aree arretrate ma anche settori moderni investiti dalle nuove tecnologie come la logistica.[414]

Si tratta di interventi per lo sviluppo sia economico sia istituzionale e sociale; di azioni per il sostegno alla legalità, alla formazione di capitale e al rafforzamento delle reti sociali. Iniziative specifiche sono raccomandate dall'OIL per rimuovere gli ostacoli che si frappongono alla formalizzazione e alla crescita delle attività in questione. Fra queste si menzionano in particolare la semplificazione degli adempimenti burocratici per la costituzione e lo svolgimento delle attività e per la gestione dei lavoratori, nonché le misure per favorire l'accesso agli strumenti necessari a tal fine: servizi finanziari, informazioni e consulenze sulle opportunità di business e di lavoro, possibilità di competere per gli appalti pubblici, sostegno alla formazione manageriale.

Nelle materie direttamente attinenti al lavoro è sottolineata l'importanza di rafforzare i servizi ispettivi che sono quasi dovunque sottodimensionati rispetto alle necessità, qualificandone il personale per adeguarlo al difficile compito di prevenzione e controllo dell'illegalità. Peraltro si riconosce che questo tipo di interventi non è sufficiente e va integrato con un insieme di misure preventive e di incentivi alla regolarità.

Un intervento più diretto può configurarsi nei confronti di quel lavoro informale o irregolare che si manifesta nei processi di decentramento produttivo (catene di appalti e subappalti) diffusi in settori avanzati dell'economia. Molti ordinamenti giuridici hanno introdotto forme di corresponsabilità variamente estesa in capo alle imprese capofila del decentramento per la inosservanza dei trattamenti standard lavoristici e di sicurezza sociale da parte degli appaltatori e subappaltatori.[415]

Anche gli interventi per la regolarizzazione dei lavori informali vanno adattati alle condizioni del contesto economico e sociale, che possono richiedere gradualità nel processo di adeguamento e anche livelli diversi di armonizzazione, che puntino all'*enforcement* degli standard di base piuttosto che a un irrealistico allineamento ai trattamenti delle aree forti dell'economia. La accettazione di un certo grado di differenziazione delle regole può essere necessaria per ottenere risultati effettivi e per poterli migliorare nel tempo.

Le trasformazioni del lavoro che hanno messo in crisi le categorie tradizionali del diritto del lavoro hanno avuto un impatto non meno diretto sugli assetti della sicurezza sociale.

I motivi e le implicazioni di questo cambiamento della sicurezza sociale sono oggetto di uno specifico gruppo di ricerca; sono stati presentati dal collega prof. Marhold già al Congresso Europeo di Praga del settembre 2017 e sono ora ripresi qui a Torino.

---

[414] See the *ILO recommendation 2015*, cit.

[415] La recente legge francese 2017-399 del 27 marzo 2017 sul dovere di vigilanza delle imprese madri, sopra ricordata, ha esteso tale responsabilità anche per inadempienze compiute fuori dal territorio nazionale.

8. Le trasformazioni della sicurezza sociale: sostenibilità finanziaria e adeguatezza sociale.

Mi limito a segnalare alcune linee di tendenza di questo cambiamento che sono più direttamente connesse alle trasformazioni fin qui analizzate delle regole del rapporto di lavoro.

Anche nella sicurezza sociale i legislatori di molti paesi hanno introdotto a più riprese varie riforme dei sistemi tradizionali per rispondere alle nuove condizioni di contesto. Anzitutto alla riduzione delle risorse finanziarie disponibili per la spesa sociale riscontrabile già prima della crisi e da questa aggravata.[416] Quindi alla crescente volatilità dei percorsi di lavoro che riduce la base imponibile e contributiva su cui si sono basati molti istituti, dalle pensioni, ai sostegni del reddito in caso di disoccupazione. Infine ai radicali cambiamenti demografici consistenti nell'allungamento delle aspettative di vita combinato spesso con decrescenti tassi di natalità.

Le riforme nazionali hanno risposto a queste sfide con strategie e risultati diversi, ma con l'obiettivo prevalente di garantire la sostenibilità finanziaria dei principali istituti e del sistema sociale complessivo.[417]

I risultati sono stati meno soddisfacenti nel garantire la sostenibilità sociale e la adeguatezza delle misure di protezione sociale. Anzi in molti casi, come rilevano le indagini ufficiali dell'ILO ed europee, la sostenibilità finanziaria è stata raggiunta a scapito della adeguatezza delle prestazioni per i beneficiari attuali e ancora più per quelle destinate ai beneficiari futuri.[418]

Ne sono drammatiche conseguenze le diseguaglianze e la povertà che sono cresciute in modo particolare fra le giovani generazioni fino al punto di mettere a rischio quel patto intergenerazionale che ha retto finora i nostri sistemi di welfare.[419]

Gli interventi necessari per soddisfare entrambe le condizioni, di sostenibilità finanziaria e di adeguatezza sociale, degli istituti di sicurezza sociale richiedono strategie complessive: anzitutto economiche per una crescita e qualità della occupazione in grado di sostenere gli istituti della sicurezza sociale che da questa dipendono. Il nesso fra occupazione e sicurezza sociale può essere più o meno diretto a seconda delle strutture dei vari istituti ma è in ogni caso decisivo.

9. Oltre gli schemi assicurativi.

D'altra parte gli schemi tradizionali di questi istituti, in particolare quelli a base assicurativa, vanno modificati. Tali schemi, come le regole tradizionali dei rapporti di lavoro, sono stati costruiti sul presupposto di un mercato e di lavori stabili. Oggi devono essere ricalibrati per riflettere i cambiamenti del lavoro, *in primis* la loro frammentazione e le frequenti interruzioni e transizioni dei

---

[416] Anche se la quota complessiva della spesa sociale nella maggior parte dei paesi europei non ha subito significative riduzioni.

[417] V. in particolare per le pensioni, J. Visser, *Neither convergence nor frozen paths: bounded learning international diffusion of reforms, and the open method of coordination*, in M. Heidenreich, I. Zeitein, *Changing European employment and welfare regimes*, Routledge, p. 37 ff., the title is significant because the author indicates that the EU has experienced a higher intensity of reforms than other OECD countries.

[418] European Commission, *Pension adequacy report*, vol. I, 2018, p.17 ss.; *World social protection report*, 2017-2019, p. 157 ss.

[419] La *total age dependancy ratio*, misurata dalla quota della popolazione non attiva sul totale della popolazione è cresciuta, specie nei paesi europei e in Giappone, in modo così drastico da alterare in profondità gli equilibri tradizionali del welfare: il *total age dependency ratio* in Europa, era già nel 2010 a livelli alti (46,6%) ma è destinato a salire a 64,7% nel 2030 (dati OCSE).

percorsi lavorativi. Mantenere immutati i vecchi schemi è destinato a mettere a rischio, come già si sta verificando, la adeguatezza della protezione sociale per tutti i lavori non standard.

Le modifiche necessarie, in parte avviate in alcuni paesi, sono molteplici e presentano non pochi paralleli con quelle sopra segnalate per le regole dei rapporti di lavoro.[420]

Una prima linea di riforma è stata di superare la impostazione categoriale di molti istituti di protezione sociale propria di alcuni paesi europei, per adottare un approccio universalistico volto ad estendere alcuni trattamenti di base a tutte le forme di lavoro, comprese quelle non standard.

Un altro intervento, attuato da tempo ma via via esteso, ha reso rilevanti in particolare a fini pensionistici, vari periodi di interruzione del lavoro dovuti a motivi personali (malattia, infortuni, congedi parentali, ecc.) e a ragioni economiche (disoccupazione).

Una previsione analoga è stata adottata in qualche paese per sostenere la base contributiva dei lavoratori part time. Questo tipo di lavoro è stato finora trascurato non solo in ambito di sicurezza sociale, perché ritenuto marginale. Ma la sua crescente diffusione nelle economie moderne impone di rivederne lo statuto al fine di garantire anche ai *part timers* trattamenti adeguati di retribuzione e di protezione sociale.

Una correzione ulteriore e più radicale degli schemi tradizionali è stata di svincolare in larga misura le prestazioni della sicurezza sociale dalla dipendenza con il lavoro prestato dal beneficiario.

Alcuni paesi hanno garantito prestazioni pensionistiche legate solo allo stato di cittadinanza, o altre volte commisurate agli anni di lavoro svolto, ma a prescindere dalla misura dei contributi versati.[421]

Tali interventi hanno in comune il superamento del principio commutativo proprio degli schemi di protezione assicurativi, che è stato integrato con il principio solidaristico, introducendo così nel sistema elementi redistributivi volti a garantire una migliore sostenibilità non solo finanziaria ma sociale delle prestazioni.

Queste correzioni degli schemi di sicurezza sociale dirette a sostenere la adeguatezza delle prestazioni e specie per lavoratori atipici e con percorsi lavorativi irregolari, sono mirati a frenare la tendenza presente in molti paesi la generalità o gran parte delle forme di protezione sociale verso l'area della assistenza sociale.[422]

La distinzione fra i due sistemi di sicurezza e di assistenza sociale resta importante, ancorché i confini siano andati sfumando. Essa è sancita da alcune Costituzioni, fra cui quella italiana che

---

[420] Cfr. *Pension adequacy report*, European Commission, cit., p. 27 ss.; il rapporto di F. Marhold al congresso di Torino e il mio rapporto *Sustainable social security*, per il convegno dell'Associazione Europea di Sicurezza Sociale, Venezia, 11-12 ottobre 2018.

[421] Vedi esempi nei testi citati alla nota precedente e OCSE, *Pensions at a glance*, 2017, p. 86.

[422] Tutti i documenti internazionali in materia segnalano anche la necessità di integrare le pensioni pubbliche di base con sistemi di pensioni complementari, variamente configurate e spesso rese obbligatorie: cfr. OCDE, *Pensions at a glance*, 2017, cit., p. 87 ss. Per altro verso la sostenibilità del sistema pensionistico, come in genere del welfare pubblico, richiede interventi a monte rivolti a sostenere i livelli e la qualità della occupazione e più specificamente per il caso delle pensioni, azioni di *active ageing* in grado di rispondere alla elevazione dell'età pensionabile anche con misure di sostegno alla impiegabilità dei lavoratori anziani: cfr. *L'importanza di essere vecchi. Politiche attive per la terza età,* a cura di T. Treu, Mulino, Arel, 2012; Eurofound, *Employment trends and policies for older workers in the recession,* Report, Dublin, 2012.

distingue il diritto dei cittadini inabili al lavoro e sprovvisti di mezzi necessari per vivere al mantenimento e alla assistenza sociale aver garantiti, dal diritto dei lavoratori di avere assicurati mezzi adeguati alle loro esigenze di vita in caso di infortunio, malattia, invalidità e vecchiaia, disoccupazione involontaria.

La differenza è rilevante per il livello delle prestazioni garantite, perchè quelle della assistenza sono di norma minori; e non sono state adeguate negli anni recenti.[423] Ma lo è anche per le condizioni di fruizione delle prestazioni. Quelle assistenziali sono condizionate a test di mezzi che in alcuni paesi sono diventati così rigorose da ridurre di fatto l'accessibilità ai benefici o a indurre i beneficiari a rinunciare a richiederli.[424]

10. Reddito minimo e contrasto alla povertà.

La inadeguatezza dei sistemi esistenti di sostegno al reddito a rispondere ai bisogni delle persone in difficoltà e la crescente diffusione delle varie forme di povertà hanno stimolato la previsione in quasi tutti i paesi europei di forme di reddito minimo. Pur nella loro varietà, questi istituti di contrasto alla povertà hanno mantenuto l'approccio comune ad altre forme di assistenza e di welfare di combinare la loro erogazione con politiche dirette a impegnare i beneficiari in modo più o meno vincolante in prestazioni di lavoro, nella propria formazione o in altre attività socialmente utili.

Le proposte di istituire un reddito di cittadinanza (o di base) generalizzato e svincolato da ogni condizione sono state ampiamente discusse; hanno avuto sperimentazioni limitate e di esito ancora incerto; ma non sono state finora adottate come misura generale.[425]

Una questione dirimente è quella dei costi di una simile misura, tanto più se come illustra il rapporto del Prof. Marhold, essa è vista in rapporto con le altre misure di welfare presenti nell'ordinamento. L'adozione del reddito minimo in aggiunta alle misure esistenti comporterebbe un aumento della spesa sociale difficilmente sostenibile. Viceversa la sua introduzione in sostituzione delle altre misure rischierebbe di aumentare, invece che di diminuire, le diseguaglianze sociali, in quanto le persone ricche sono più in grado dei poveri di accedere alle varie prestazioni di protezione sociale.

L'analisi fin qui svolta conferma la complessità dei nessi fra le varie prestazioni di sicurezza sociale e le dinamiche del mercato del lavoro, e segnala la necessità di approfondire il significato di tali nessi al fine di stabilire forme efficaci di coordinamento fra le misure di policy da adottare nei due ambiti.[426]

La crescente frammentazione dei percorsi lavorativi richiede alle politiche del lavoro di adottare misure nuove per garantire alle persone continuità di occupazione nella variabilità dei lavori. D'altra parte dovrebbe stimolare il welfare a sostenere le transizioni fra lavori con strumenti più efficaci di quelli attuali: in particolare con ammortizzatori sociali finalizzati a favorire la ricollocazione lavorativa dei disoccupati e l'inserimento degli inoccupati, con congedi pagati per rendere utili periodi di inattività per motivi personali (non solo genitorialità, malattia, infortunio, ma anche

---

[423] F. Berton, M. Richiardi, S. Sacchi, *The political economy of work security*, cit., p. 16.

[424] A. Atkinson, *Inequality*, Harvard Univ. Press., 2015, p. 229 ss.

[425] Per una rassegna delle varie proposte e misure cfr. A. Atkinson, *Inequality*, cit., p. 230 ss. Sul reddito minimo italiano cfr. *Il reddito di inclusione sociale*, a cura di C. Gori, Mulino, 2016 e *Nuove (e vecchie) povertà: quale risposta? Reddito d'inclusione, reddito di cittadinanza e oltre,* a cura della Fondazione Astrid e della Fondazione Rosselli, Mulino, 2018.

[426] F. Berton, M. Richiardi, S. Sacchi, *The political economy of work security and flexibility*, cit., p. 16.

riqualificazione professionale) e in generale con servizi alle persone fiscalmente agevolati volti a facilitare la conciliazione fra vita e lavoro nonchè la mobilità professionale e territoriale. Così le prestazioni di welfare si integrano con le politiche del lavoro per sostenerle nel difficile compito di combattere le precarietà e favorire una occupazione di qualità.

11. Politiche del lavoro e politiche di welfare.

Mi limito a segnalare come esempio della contiguità dei due ambiti e della necessità di coordinare le strategie, la diffusione in quasi tutti i paesi di forme di salario legale minimo.[427] Si tratta di un istituto che integra la funzione corrispettiva della retribuzione con la funzione sociale di garantire livelli di compenso adeguati alle esigenze di vita dei lavoratori e quindi di prevenzione e di contrasto della povertà. Come si vede è questa una funzione convergente con quella degli istituti di sicurezza sociale ora esaminati, ispirata anche qui non più solo a principi commutativi ma solidaristici.

La convergenza fra queste diverse strategie si può avvertire anche nella funzione degli istituti di reddito minimo. Il loro obiettivo di contrasto alla povertà riguarda ora non pochi lavoratori che sono in condizioni di indigenza, o e per avere salari bassi o per aver esaurito il diritto alle indennità di disoccupazione previste dagli istituti assicurativi dei lavoratori.

Come si diceva gli istituti di tutela previdenziale dei lavoratori restano distinti dalle generali misure di assistenza sociale; ma i confini tendono a sfumare. Alcune tutele previdenziali vedono allentarsi i nessi con i percorsi lavorativi e d'altra parte istituti assistenziali come il reddito minimo coinvolgono ampie fasce di lavoratori a rischio di povertà. E si è ritenuto che le forme di reddito minimo hanno acquisito sempre più la funzione di sostegno al lavoro povero, oltre e più che di contrasto alla povertà. Questo nuovo compito induce a considerare il disegno e l'applicazione del reddito minimo non solo per i suoi effetti sulla povertà ma per l'impatto che può avere sulle dinamiche del mercato del lavoro.

Va considerato che i livelli di reddito garantito nella maggior parte dei paesi europei (con poche eccezioni) non sono sufficienti a far uscire i beneficiari dalle condizioni di povertà, ma ne riducono solo l'intensità; e questa carenza permane anche nel caso dei lavoratori poveri, come mostra la esperienza tedesca dei mini jobs.

Tanto è vero che, proprio per rimediare a tale difetto, il legislatore tedesco ha deciso di introdurre anche in quel paese il salario minimo: cioè una misura specifica che opera non sul welfare, come il reddito minimo, ma direttamente sul contenuto del rapporto di lavoro. Tale scelta conferma che i due strumenti di protezione sociale e di regolazione del mercato operano in ambiti diversi, ma richiedono di essere coordinati nel funzionamento oltre che nei livelli quantitativi delle prestazioni.

Tale incrocio di funzioni e la loro crescente rilevanza aprono una questione più generale che qui si può solo accennare. Richiedono cioè che si analizzino a fondo la diffusione e le nuove manifestazioni del lavoro povero nei moderni mercati del lavoro per valutare l'impatto delle diverse opzioni di policy.

---

[427] Cfr. Eurofound, *Statutory minimum wages in the EU*, 2018.

Le analisi comparate sui salari minimi legali hanno mostrato la infondatezza dei timori che essi possano influire negativamente sulle dinamiche dell'occupazione.

Analisi simili sono necessarie per verificare se e come i sostegni al reddito influiscono sui mutamenti dei lavori poveri; come si possa evitare il rischio che essi contribuiscano a perpetuarne la diffusione e come invece possano essere utili, combinati con politiche attive e di sviluppo, a favorire una uscita dalla trappola della povertà.

La contiguità delle funzioni fra questi istituti opera anche in una diversa accezione, cioè nel senso che alcuni istituti di sicurezza sociale assumono oltre la tradizionale funzione risarcitoria anche quella di stimolare la attivazione dei beneficiari sul mercato del lavoro.

In realtà le funzioni tradizionali degli istituti di welfare sono suscettibili di arricchimenti ulteriori, in parte prospettati in parte realizzati: quelli che configurano tali istituti come forme di *social investment* finalizzate non solo a difendere certi livelli di reddito, ma anche a promuovere le capacità delle persone e lo sviluppo umano.[428]

12. Il ruolo dello Stato nella globalizzazione.

Si è più volte rilevato che le questioni di regolazione e di policy oggetto della nostra analisi hanno ricevuto soluzioni diverse nei vari paesi e che queste diversità confermano la importanza delle scelte delle istituzioni e degli attori nazionali nel rispondere alle trasformazioni del contesto globale.

Negli anni recenti si è anche registrato un crescente interventismo statale in molti settori del diritto del lavoro, della sicurezza sociale, e financo nelle relazioni industriali che sono da sempre un'area particolarmente resistente a interventi eteronomi.

Questi interventi legislativi hanno solo in parte seguito traiettorie comuni. Per lo più hanno accentuato le divergenze normative e di policy anche in aree relativamente omogenee e da tempo impegnate alla convergenza come la Unione Europea, fino al punto di profilare inedite tendenze al nazionalismo anche in ambito sociale.[429]

Le analisi comparate presentate dal prof. Cruz confermano che il ruolo dello Stato come attore di regolazione e di policy continua ad essere decisivo e senza *competitors*, (anche) per il fatto che la globalizzazione non ha portato ad emergere organizzazioni pubbliche dotate di poteri regolatori simili a quelli statali.

Ma le stesse analisi mostrano che tale ruolo risulta indebolito per il convergere di motivi diversi. Da una parte la concorrenza fra Stati e il trasferirsi di molte decisioni essenziali per il vivere comune in ambiti più vasti di quelli ove operano le istituzioni e delle politiche statali riducono gli spazi per scelte autonome degli Stati nazionali. I fattori alla base delle trasformazioni in atto sono senza frontiere e agiscono con una intensità senza precedenti nell'accrescere la interdipendenza fra i vari sistemi nazionali.

---

[428] Cfr. M. Ferrera, *From the welfare state to the social investment state*, in Riv. Int. Sc. Sociali, 2009, 3-4, p. 513 ss.; *Investire nel sociale. La difficile innovazione del welfare italiano*, a cura di M. Ascoli, C. Ranci, G.B. Sgritta, Mulino, 2015, spec. p. 7 ss.

[429] Cfr. R. Pedersini, *European industrial relations between old and new trends*, in Stato e Mercato, 2014, p. 345 ss.; e il Reflection Paper della Commissione Europea, *On the social dimension of Europe*, (COM 2013), p. 206-7.

Inoltre le trasformazioni tecnologiche e sociali hanno inciso sulla efficacia degli strumenti di regolazione e di policy con cui gli Stati hanno operato, la legge *in primis* e in parte la contrattazione collettiva. Si può ritenere che l'indebolimento della autorità degli Stati nazionali riflette anche la crisi degli strumenti tradizionali di regolazione e delle categorie giuridiche. Non solo le fonti tradizionali, quelle legislative, "perdono smalto" a favore di normative soft o di principi generali, ma le fonti "nuove" transnazionali sopra ricordate si sviluppano secondo traiettorie incerte che risentono delle debolezze e/o delle discordanze fra gli attori.

Una manifestazione fra le più discusse di tale crisi è la trasformazione delle fonti legislative, con l'emergere di varie forme di *soft law*. Non a caso queste nuove forme regolative sono state utilizzate con particolare ampiezza nella regolazione di vari tipi di rapporti sovranazionali, non solo di lavoro, dove non si può esercitare la autorità normativa degli Stati. Nell'ordinamento dell'Unione europea le tecniche di *soft law*, sono state ritenute le più adatte a fornire linee guida proprio per la regolazione delle nuove forme di lavoro emergenti alla frontiera dei mercati del lavoro.[430]

La crisi della regolazione ha investito anche i contratti collettivi, specie nazionali, che hanno tradizionalmente riprodotto le tecniche normative della legge. Mentre nella contrattazione aziendale prendono piede forme di intervento a mezzo fra la regolazione "micro" e la gestione spesso bilaterale dei rapporti di lavoro nella amministrazione quotidiana dei contratti.

La conseguenza da molti rilevata è che nella nostra materia sono venute a operare una pluralità sia di forme sia di livelli di regolazione, quelli nazionali e internazionali oltre che nel nostro continente quelli europei. Inoltre si sono sviluppate anche sui temi del lavoro fonti regolative regionali e locali sollecitate dalle tendenze al decentramento dell'economia e dei rapporti sociali.[431]

Se è vero che l'origine e la ricaduta delle regole del lavoro si manifestano sul piano nazionale, la loro efficacia, oggi e ancor più in prospettiva, non è assicurata se tali regole e l'azione dello Stato non dimostrano di reggere alla sfida dei mercati internazionali.

D'altra parte la proiezione delle norme, oltre i confini nazionali trova un limite di efficacia nel fatto che gli strumenti di definizione e di implementazione delle regole dipendono ancora dalla autorità e dai poteri statali.

---

[430] Ma il loro significato e l'impatto effettivo sono sempre stati oggetto di valutazioni contrastanti: v. i diversi scritti raccolti in M. Barbera, (a cura), *Nuove forme di regolazione: il metodo aperto di coordinamento delle politiche sociali*, Milano, Giuffrè, 2006; B. Caruso, *Il diritto del lavoro fra hard e soft law: nuove funzioni e nuove tecniche normative*, in WP CSDLE "Massimo D'Antona", INT., 39/2005; S. Sciarra, *Is Flexicurity a European policy?,* in G. Bronzini e a. (a cura di), *Le scommesse dell'Europa. Diritti, istituzioni, politiche*, Roma, Ediesse, 2009, p. 293 ss.

[431] La eterogeneità degli ambiti entro cui si muovono queste nuove fonti e la loro diversa natura, trasformano dall'interno gli istituti ricevuti dalla tradizione del '900. La mutazione è già visibile nei prodotti della contrattazione collettiva transnazionale di settore e soprattutto di impresa. Questi accordi - specie quelli stipulati fra le Imprese multinazionali e i CAE - hanno contenuti più circoscritti di quelli spesso onnicomprensivi della contrattazione tradizionale di categoria e sono per lo più specializzati in rapporto alle tematiche di interesse prioritario per le aziende stipulanti. Inoltre l'enfasi principale è sulla parte cd. obbligatoria e sui rapporti fra varie entità del gruppo, piuttosto che sulla regolazione dei rapporti individuali di lavoro, che sono per lo più lasciati alla gestione delle risorse da parte del management locale dei vari Paesi. La distanza rispetto alla contrattazione operante entro i singoli paesi è ancora più netta per quanto riguarda i meccanismi di efficacia degli accordi transnazionali. Essi non possono poggiare su strumenti giuridici (diretti), data la eterogeneità delle regole vigenti nei vari paesi ove agiscono le multinazionali; e quindi l'influenza si esprime più che mai sul piano dell'effettività, garantita dalle regole e decisioni proprie delle stesse imprese. Analogamente peculiari, come si vedrà, sono i contenuti e i meccanismi di efficacia delle clausole sociali dei trattati di commercio.

In conclusione su questo punto voglio sottolineare che nell'attuale rapporto fra globalizzazione e iniziativa degli Stati è insita una contraddizione o una tensione che non viene di solito colta in tutte le sue implicazioni

Come rilevano anche autori non prevenuti, l'azione degli Stati è importante, anzi necessaria, per fronteggiare gli effetti negativi che una globalizzazione non regolata può avere sulle condizioni di vita e sulla stessa identità dei cittadini. Non aver fatto abbastanza per proteggere i cittadini e i lavoratori, specie di quelli che sono stati definiti i "perdenti della globalizzazione" ha alimentato le proteste e le reazioni popolari di stampo populista e nazionalista, diffuse in molti paesi e che si sono scaricate sulla politica.

Di qui nasce un problema nuovo e critico, definire quali siano le misure adeguate in difesa dagli effetti negativi della globalizzazione e quale sia il confine con le pratiche di chiusura protezionistica e con le forme di nazionalismo economico e sociale contrarie ai principi di universalità e di collaborazione fra paesi iscritte nelle Carte internazionali, a cominciare da quelle dell'OIL. Tali principi indicano la strada non della mera difesa dei propri patrimoni nazionali nè tanto meno della chiusura, ma di un maggiore impegno degli Stati anche sullo scenario internazionale per rafforzare le deboli forme di regolazione internazionale dei rapporti sociali.

13. Strumenti per la regolazione internazionale del lavoro: le clausole sociali dei trattati di commercio.

Le nostre analisi comparate segnalano come si siano sperimentati diversi vettori e tecniche per la regolazione dei rapporti sovranazionali di lavoro.

Le clausole sociali dei trattati internazionali di commercio sono uno strumento largamente utilizzato e coinvolgono direttamente il ruolo regolativo e amministrativo dello Stato. Si può dire, mutuando una nota formula, che tali clausole hanno la forma consensuale del contratto, ma una sostanza, interstatale che si accentua nella fase della implementazione. Questa infatti si avvale essenzialmente dei rapporti fra burocrazie pubbliche; è priva di interventi giudiziari e, quando prevede momenti di verifica di terzi, ricorre ad arbitrati che sono incardinati nella procedura pubblica, ma mantengono anima privata, spesso di parte.

Come illustrano i rapporti del prof. Perulli e della prof.ssa Bellace, esse si sono diffuse in un numero crescente di trattati internazionali e si sono evolute nei contenuti, esprimendo impegni via via più stringenti delle parti, in particolare all' osservanza dei *core labor standards* dell'OIL.[432] Ma, come osserva J. Bellace, il link delle clausole sociali con le convenzioni OIL sui diritti fondamentali è in molti casi ancora incerto e va rafforzato. Anche le procedure per la Implementazione di tali impegni si sono articolate in formule complesse.

Da ultimo accordi come quello fra Europa e Canada (CETA) e quello col Giappone (EPA) hanno introdotto significative innovazioni nelle procedure prevedendo panel di esperti con il coinvolgimento della società, covile per fornire osservazioni e pareri sulla implementazione delle clausole

[432] Cfr. anche T. Treu, *Globalizzazione e diritti umani: le clausole sociali dei trattati commerciali e negli scambi internazionali fra imprese,* Stato e Mercato, 2017, p. 7 ss.; ID, *Globalization and human rights. Social clauses in trade agreements and in International exchanges among companies,* in A. Perulli, T. Treu (eds.), *Sustainable development. Global Trade and social rights,* W. Kluwer, 2018, p. 99 ss.

e istituendo anche un tribunale specializzato imparziale per dirimere le controversie con privati investitori riguardanti il Trattato, ovviando agli inconvenienti da molti rilevati nel sistema cd. ISDS.[433]

Ma tali procedure continuano a essere la parte più debole di questa strumentazione, perché il loro *enforcement* dipende essenzialmente dalla iniziativa dei governi stipulanti i trattati (in realtà dalle loro burocrazie); e le prassi applicative indicano diversi gradi di effettività applicativa.

Inoltre la pubblica opinione di molti paesi continua a guardare con sospetto i trattati di commercio, perché le modalità della loro conclusione sono spesso poco trasparenti e perché si dubita che le clausole sociali siano in grado di proteggere dal rischio che tali trattati aprono la strada a una concorrenza al ribasso negli standard sociali e ambientali.

D' altra parte la stessa esistenza e utilità delle attuali forme di negoziazione multilaterale delle regole sul commercio internazionale sono ora messe in dubbio da un rinascente protezionismo propugnato da molti Stati, in primis dagli USA.

In realtà, come nota il rapporto di Perulli, la giustificazione delle clausole sociali non può essere solo economica, ma va vista in un quadro più ampio che le consideri come strumento di promozione di uno sviluppo sostenibile e dei diritti umani.

14. Continua: codici di condotta e contratti collettivi transnazionali.

Altri veicoli di regolazione internazionale dei rapporti di lavoro sono attivati dalle parti sociali. Alcuni come i codici di condotta rispecchiano l'iniziativa unilaterale delle imprese multinazionali, altri come i vari tipi di contratti collettivi sono di natura bilaterale.

I codici di condotta si sono andati diffondendo e arricchendo di contenuti fino a includere principi coincidenti con quelli delle carte internazionali dei diritti.[434] Ma restano privi di efficacia giuridica vincolante e il loro impatto dipende dalle procedure di monitoraggio interne alle imprese, quindi dalla loro effettiva volontà di *compliance.* Più di queste procedure si e rivelata efficace la pressione della opinione pubblica e delle organizzazioni civile dei paesi coinvolti, le cui denunce possono danneggiare la reputazione delle aziende.

Prospettive diverse e potenzialmente più rilevanti, sono offerte dallo sviluppo delle varie forme di contratti collettivi transnazionali. La relazione di F. Guarriello mostra una positiva evoluzione sia dei contenuti sia delle procedure di applicazione di tali contratti.

---

[433] Cfr. M. Faioli, *The quest for a new generation of labor. Chapter in the TTIP*, Economia & Lavoro, 2015, p. 101 ss., spec. p. 111 ss.; in generale L. Compa, *Labor rights and labor standards in transatlantic trade and investment negotiations. A UE perspective*, Economia & Lavoro, 2015, p. 87 ss.

[434] Cfr. in generale N. Rogovsky, *Socially sensitive enterprise recstructuring*, ILO, Geneve, 2005; A. Perulli, (a cura), *La responsabilità sociale dell'impresa. Idee e prassi,* Mulino, Bologna, 2013 e da ultimo, D. Gottardi, *CSR da scelta unilaterale datoriale a oggetto di negoziazione collettiva: la responsabilità sociale contrattualizzata*, in F. Guarriello, C. Stanzani, (a cura di), *Sindacato e contrattazione nelle multinazionali*, F. Angeli, 2018, p. 59 ss.

Alcune aziende multinazionali in particolare europee, forse influenzate dal contesto sociale e istituzionale, hanno consultato le organizzazioni sindacali nella predisposizione dei loro codici di condotta, e hanno concluso un numero crescente di accordi collettivi con le stesse organizzazioni o più spesso con i consigli aziendali europei (CAE).[435]

La moltiplicazione di tali accordi è stata favorita dalla tendenza al decentramento delle relazioni industriali a livello aziendale. Ma un limite alla loro efficacia consiste nel fatto che i contratti collettivi non hanno uno statuto legale comune in Europa. D'altra parte le organizzazioni sindacali internazionali che firmano i contratti collettivi, come quelle datoriali, nonostante parziali iniziative in tal senso, non hanno ricevuto dalle loro associazioni nazionali sufficienti poteri di rappresentarli con effetti vincolanti.

Anche a questo proposito il ruolo dello stato può essere decisivo per ovviare alla debolezza di questi contratti con strumenti innovativi di regolazione e di promozione.

L'efficacia di tali accordi internazionali come di altre fonti internazionali, si esercita in ogni caso all'interno degli ordinamenti nazionali. In mancanza di uno statuto giuridico comune di fonte sovranazionale, gli Stati possono riconoscere a tali accordi rilevanza giuridica secondo le norme valide per i contratti collettivi nazionali. Lo possono fare con interventi regolativi e di sostegno, tenendo conto dei caratteri degli accordi sovranazionali che presentano spesso contenuti diversi e specializzati rispetto a quelli nazionali.

Molti ordinamenti, non solo europei, riconoscono ai contratti collettivi stipulati dalle parti sociali più rappresentative effetti oltre l'ambito delle stesse parti (*erga omnes*). Riconoscere ai contratti stipulati da organizzazioni sovranazionali effetti giuridici in capo alle associazioni nazionali a queste aderenti e ai loro associati sarebbe una forma di estensione diversa, ma giustificabile se ritenuta utile per la regolazione di rapporti riferibili all'ambito di rappresentanza delle parti stipulanti, ancorché operanti in diversi contesti nazionali.

Un simile intervento garantirebbe una effettività alle regole sovranazionali maggiore di quella realizzabile con l'esercizio da parte delle organizzazioni internazionali dei loro (deboli) poteri di influenza sulle associazioni nazionali ad esse aderenti.

Gli accordi collettivi conclusi dalle imprese multinazionali con i sindacati o con i consigli aziendali possono incidere direttamente sulla regolazione dei rapporti di lavoro tramite le decisioni applicative prese dalle stesse imprese nell'esercizio del loro potere direttivo ma in adempimento degli obblighi assunti con gli stessi accordi.

15. Strumenti per rafforzare l'efficacia giuridica dei contratti collettivi transnazionali.

Il sostegno degli ordinamenti statali alla contrattazione multinazionale di impresa si può esercitare riconoscendo la vincolatività di tali accordi per le parti stipulanti, in particolare degli obblighi

[435] Cfr. in generale European Commission*, Industrial relations in Europe*, 2014, p. 117 ss.; M. Peruzzi, *L'autonomia del dialogo sociale europeo,* Mulino, 2011; S. Sciarra, *Transnational and European way forward for collective bargaining*, in WP CSDLE "M. D'Antona", INT., 73/2009, p. 20 ss.; U. Rehfeldt, *La posta in gioco. La contrattazione collettiva aziendale transnazionale,* in M. Carrieri, T. Treu, *Verso nuove relazioni industriali,* Mulino, 2015, p. 159 ss.; G. Casale, *Collective bargaining at the transnational level*, in A. Perulli, T. Treu, *Enterprise and social rights,* cit., p. 161 ss.

assunti dalle imprese multinazionali Gli effetti di tale riconoscimento e l'*enforcement* degli obblighi contrattuali dipenderanno delle singole normative statali e possono essere variamente configurati. Tali modalità andrebbero esplorate con analisi giuridiche specifiche che attendono di essere intraprese.

Inoltre il sostegno statale si può configurare a monte della contrattazione, nelle modalità già seguite da alcuni ordinamenti, cioè attribuendo alle rappresentanze dei lavoratori in queste imprese poteri negoziali e partecipativi del genere previsto dalla normativa sulla cogestione tedesca.[436]

Una simile normativa rafforzerebbe la capacità di tali rappresentanze di codeterminare le condizioni di lavoro nelle varie unità delle imprese multinazionali e darebbe sostegno alla proiezione su scala transnazionale di relazioni di lavoro virtuose come quelle ampiamente sperimentate nella storia delle relazioni industriali e riscontrabili anche in alcuni recenti accordi fra imprese multinazionali e consigli aziendali europei (CAE).

La possibilità di verificare sul piano giuridico gli effetti di questi accordi transnazionali ha avuto pochi test pratici, perché le parti rendono a risolvere le controversie relative alla applicazione degli accordi tramite procedure compositiva interne. I tribunali nazionali sono riluttanti a decidere questioni sorte in altri ordinamenti, perché questo implicherebbe riconoscere efficacia extraterritoriale alle leggi del lavoro.

La contrattazione collettiva presente nei gruppi di imprese può essere un terreno adatto per sperimentare soluzioni innovative in argomento, perché gli accordi di gruppo possono influire sui comportamenti delle varie unità del gruppo, anche situate in diversi paesi, facendo leva sui vincoli interni al gruppo presidiati dai poteri dell'impresa posta in posizione dominante.[437]

Tali vincoli possono essere sostenuti anche sul piano giuridico esterno, facendo leva sulla tendenza, già presente per vari aspetti in molti ordinamenti, a riconoscere rilevanze giuridica unitaria al gruppo di imprese, in particolare al fine di attribuire alla impresa dominante responsabilità variamente configurate per i comportamenti delle aziende del gruppo. La normativa più esplicita in questa direzione è la legge francese del 2017, richiamata da F. Guarriello nel suo rapporto, che impone all'impresa madre (e anche all'impresa appaltatrice) il dovere di supervisione sulle attività delle unità periferiche e delle imprese legate da contratti di appalto o fornitura, stabilisce inoltre la responsabilità delle stesse imprese per i danni causati dalle violazioni dei diritti umani e degli standard ambientali anche avvenuti fuori dello Stato.

Non a caso uno dei pochi casi di efficacia transnazionale di accordi collettivi riguarda una controversia di gruppo avviata dal ricorso di un sindacato coreano contro un licenziamento deciso da un'azienda in violazione di un accordo collettivo di gruppo, ricorso presentato contro la casa madre americana della azienda coreana. Il giudice di New York ha ammesso la propria competenza,

---

[436] Cfr. sugli ultimi sviluppi di tale normativa M. Weiss, *Workers participation in the enterprise in Germany*, in A. Perulli, T. Treu (eds.), *Enterprise and social rights*, cit., p. 293 ss.

[437] Cfr. S. Leader, *Enterprise Network and enterprise groups. Trends and national /international experience*, in A. Perulli, T. Treu, *Enterprise and social rights*, cit., p. 121 ss.; V. Speziale, *Groups companies and employment contracts,* in A. Perulli, T.Treu, Enterprise and social rights, cit., p. 147,ss.; M. Barbera, *Trasformazioni della figura del datore di lavoro e flessibilizzazione delle regole del diritto,* in GDLRI, 2010, p. 203 ss.; L. Corazza, O. Razzolini, *Who is an employer*, in M. Finkin, G. Mundlak, (eds.), *Comparative Labor Law*, Edward Elgar, 2015.

riconoscendo la violazione del contratto collettivo e la indebita interferenza dell'azienda capogruppo sul management locale, anche se non ha ritenuto di confermare la responsabilità della società madre adducendo una particolare eccezione procedurale.[438]

Se una simile indicazione si confermasse, la rilevanza unitaria del gruppo, già riconosciuta per vari aspetti dalla giurisprudenza, anche italiana, all'interno dell'ordinamento nazionale, verrebbe estesa "attraverso i confini". Si tratterebbe di un'innovazione di grande rilievo, perché sancirebbe la capacità degli accordi transnazionali di gruppo di operare come una fonte di regolazione dei rapporti di lavoro, senza i limiti e il tramite giuridico degli ordinamenti statali.

Per concludere su questo punto l'esperienza indica che lo sviluppo di più efficaci regole sociali nei rapporti economici globali deve avvalersi, in mancanza di una autorità sovranazionale, di una molteplicità di strategie e di strumenti applicativi diversi. Questi sono attivabile sia dalle istituzioni pubbliche, Stati nazionali e istituzioni internazionali con le forme giuridiche loro proprie, trattati, convenzioni e regolamenti, sia dalle organizzazioni sociali, con codici di condotta, *guidelines* e accordi collettivi. La debolezza degli attuali organismi internazionali competenti in materia sociale limita la loro capacità di contribuire alla regolazione sociale della globalizzazione; per questo è importante utilizzare al meglio gli strumenti esistenti per fare avanzare per via convenzionale la convergenza e l'applicazione internazionale almeno dei principi e degli standard sociali fondamentali.[439]

16. L'impatto del decentramento su natura e contenuti della contrattazione collettiva.

Il gruppo di ricerca su "*organization productivity wellbeing* at *work*" coordinato da T. Araki e S. Laloum, ha confermato come le trasformazioni in atto nel mondo del lavoro e dell'impresa abbiano esercitato forti pressioni a decentrare la contrattazione collettiva, in paesi come i maggiori europei tradizionalmente provvisti di un assetto contrattuale incentrato sulla contrattazione nazionale di categoria o comunque *multiemployer.*[440] Questo sistema si è sempre distinto da quello dei paesi anglosassoni e di molti paesi asiatici, dove il livello prevalente o esclusivo di contrattazione è tradizionalmente quello aziendale.[441]

Le tendenze al decentramento produttivo e contrattuale hanno implicazioni generali che segnalano una (rinnovata o acquisita) centralità della impresa nell' economia nazionale e globale. Tanto più che tale decentramento non è solo 'spaziale' e tecnico, ma diventa anche normativo e attribuisce all'impresa o all'azienda un ruolo centrale anche nel 'sistema regolativo del mercato'.[442]

---

[438] Cfr. ulteriori elementi in T. Treu, *Globalizzazione e diritti umani*, cit., p. 35 ss.; L. Compa, *Pursing international labor rights in US courts. New uses for old tools*, in Ind. Relations 2002, vol. 57, I, p. 48 ss.

[439] La difesa dei diritti fondamentali acquisiti in alcuni paesi è essenziale, ma non basta; anzi rischia di esporsi, come si è già verificato, alle critiche di protezionismo da parte dei paesi meno sviluppati: cfr. le mie considerazioni in *Globalizzazione e diritti umani*, cit., p. 45 ss.

[440] Per una recente panoramica comparata sulla contrattazione vedi *The role of collective bargaining in labor law regimes,* U. Liukkunen, Report al XXth Congress of the International Academy of Comparative Law.

[441] Sulle tendenze e criticità della contrattazione in Giappone, cfr. T. Araki, Japan's decentralized industrial relations, internal flexicurity and challenges Japan faces, in A. Perulli, T. Treu, Enterprise and social rights, cit., p. 173 ss.

[442] A. Bavaro, *L'aziendalizzazione nell'ordine giuridico-politico del lavoro*, Lavoro & Diritto, 2013, p. 213 ss.

Il rapporto del gruppo di ricerca mostra come i legislatori nazionali che sono intervenuti in materia abbiano incoraggiato il processo di decentramento contrattuale sia pure a varie condizioni e con diversi impatti sul sistema.[443]

Alcuni ordinamenti (es. la Spagna) hanno modificato radicalmente, fino a sovvertirla, la gerarchia tradizionale del sistema riconoscendo ai contratti collettivi aziendali una rilevanza primaria e poteri modificativi generali dei contratti superiori. Altri, come quello francese, hanno adottato posizioni più sfumate, attribuendo agli accordi aziendali decentrati priorità nella regolazione di alcune materie non riservate ai contratti nazionali; ma nel contempo hanno stabilito l'obbligo del datore di contrattare collettivamente sulla gran parte delle condizioni di lavoro.

Anche la capacità delle organizzazioni centrali delle parti di controllare i processi di decentramento è risultata diversa. In alcuni paesi come Germania e Italia è stata significativa almeno nelle aree economiche forti e nelle aziende medio grandi e ha potuto contenere la portata delle deroghe aziendali peggiorative.

Ma in ogni caso questa tendenza ha comportato una sostanziale alterazione del sistema e della natura dei contratti. Quelli nazionali tendono a diventare simili a contratti quadro che si concentrano sulla regolazione di livelli salariali e di standard minimi.

Il ruolo della contrattazione centrale nel coordinare le regole fondamentali del lavoro dei vari settori, in particolare dei salari, resta comunque importante, perché un sistema contrattuale coordinato, come rileva l'Ocse, comporta minore squilibri retributivi e porta a migliori risultati occupazionali, in particolare per i gruppi più vulnerabili[444]. E, come rileva il rapporto presentato da T. Araky, risponde meglio all'esigenza di contemperare flessibilità e sicurezza delle regole e riduce il rischio che il decentramento porti a una decollettivizzazione delle relazioni di lavoro.

La contrattazione decentrata tende a essere più gestionale che normativa in senso proprio e in ogni caso *firm –specific,* cioè a riflettere temi prioritari ed esigenze proprie della azienda.

Le condizioni di contesto e la qualità delle relazioni industriali sono decisivi per determinare il senso di questa evoluzione della contrattazione decentrata; per valutare se essa fornisca una regolazione dei contratti di lavoro meglio capace di contemperare gli interesse delle parti perchè più vicina alle esigenze di entrambe quale si esprimono nei luoghi di lavoro, ovvero se gli accordi aziendali conclusi in presenza di rapporti di potere squilibrati avallino una prevalenza della razionalità aziendale sulle ragioni del lavoro, e un peggioramento dei trattamenti economici e normativi. Anche qui come il Giappone con una contrattazione tradizionalmente aziendale hanno sviluppato prassi come lo *shunto* di periodica rivendicazione contrattuale nazionale diretta a compensare i risultati della contrattazione aziendale.

[443] Cfr. per le varie posizioni F. Guarriello, *Legge e contrattazione collettiva in Europa, verso nuovi equilibri*, DLRI, 2017, p. 97 ss. T. Treu, *La contrattazione collettiva in Europa*, DRI, 2018, p. 371 ss., e da ultimo F. Guarriello, C. Stanzani, (a cura di), *Sindacato e contrattazione nelle multinazionali*, cit.

[444] L'importanza di un Sistema di decentramento organizzato è riconosciuta da molti studiosi di Relazioni industriali, vedi: C. Crouch, F. Traxler, (eds.), *Organized Industrial Relations, in Europe, what future?,* Ashgate, 1995; e ora OECD, *Employment Outlook 2018.*

Nelle aziende più avanzate la contrattazione collettiva e in genere l'azione sindacale si trovano spesso a competere con un management innovativo nella definizione di condizioni di lavoro e di welfare e nella creazione di un clima relazionale capace di attrarre la fedeltà dei dipendenti.[445]

17. Retribuzioni a risultato e welfare aziendale.

Due aree particolarmente significative su questo versante sono i sistemi di retribuzione premianti e le varie forme di welfare aziendale.

Forme di retribuzione a risultato appartengono alla storia delle relazioni industriali, dai cottimi tradizionali che si riproducono con nuove modalità nei lavori della *gig economy*, alle molteplici variante di premi legati a indicatori anche alquanto sofisticati di produttività e redditività aziendale fino a varie forme di *profit sharing* e azionariato dei dipendenti.

Queste forme retributive sono state sempre oggetto di valutazioni contrastanti, perché se da un lato possono stimolare la motivazione dei lavoratori e contribuire a una gestione flessibile dei costi aziendali, dall'altra trasferiscono parte del rischio dell'impresa sugli stessi lavoratori.[446]

In realtà il significato e l'impatto di questi istituti retributivi incentivanti dipendono da fattori diversi: dal tipo di indicatori prescelti, dalla dimensione quantitativa della parte variabile rispetto a quella fissa della retribuzione, dal grado di influenza e di partecipazione dei lavoratori alla definizione e alla amministrazione degli stessi istituti. [447]

Le tendenze al decentramento contrattuale ne enfatizzano la importanza e la criticità, perché è in sede aziendale che questi sistemi di retribuzione si sono maggiormente sviluppati. E la qualità delle relazioni fra le parti in azienda è l'elemento decisivo per determinarne gli esiti.

Le ricerche in materia confermano questo dato. Anzi specificano che la efficacia dei sistemi premianti rispetto agli obiettivi di promozione della produttività aziendale, non può valutarsi osservando solo il disegno e le dinamiche interne dei premi, ma deve tener conto del contesto complessivo delle relazioni fra le parti, cioè del grado di partecipazione di tutti gli interessati alla gestione del sistema incentivante.

Anche le forme di welfare integrativo di quello pubblico sono risalenti nel tempo in molti sistemi; ma hanno acquisito contenuti diversi e nuova rilevanza in anni recenti anche in conseguenza delle

---

[445] L'importanza di pratiche manageriali innovative capaci di promuovere una via alta alla competizione è sottolineata da T. Kochan, *Challenges and opportunities facing ILERA and our field*, paper presented at the ILERA World Congress, Seoul, July 2018, in corso di pubblicazione.

[446] Cfr. in generale T. Treu, *Le forme retributive incentivanti*, in RIDL, 2010, n. 4, p. 637 ss., P. Campanella, *Decentramento contrattuale e incentivi retributivi nel quadro delle politiche di sviluppo alla produttività del lavoro*, in WP M. D'Antona, IT, 185/2013; M. Gandiglio, *Partecipazione agli utili; azionariato dei dipendenti e salario di produttività*: *dialoghi con le aziende sulla partecipazione finanziaria*, in M. Carrieri, T. Treu, *Verso nuove relazioni industriali*, cit., p. 113 ss.

[447] Cfr. in general M. Carrieri, P. Nerozzi, Introduzione, *Partecipazione e democrazia nelle imprese: un'altra via è possibile,* in M. Carrieri, P. Nerozzi, T. Treu (a cura*), La partecipazione incisiva,* Mulino, 2015, p. 7 ss.; L. Zoppoli, R. Santagata, *Il coinvolgimento dei lavoratori nella gestione delle imprese e l'azionariato di base collettiva*, ivi, p. 299 ss.; L. Pero, A. Ponzellini, *Il nuovo lavoro industriale tra innovazione organizzativa e partecipazione diretta*, ivi, p. 45 ss.; e per un caso particolare P. Pini (a cura), *Innovazione, relazioni industriali e risultati di impresa*, Milano, F. Angeli, 2008.

limitazioni intervenute nella sicurezza sociale pubblica e per altro verso del diffondersi fra i lavoratori di bisogni nuovi e personalizzati.[448]

In molti paesi, compresi quelli con un sistema consolidato di welfare pubblico, forme di benefits aziendali, unilaterali o contrattati, sono diventate una componente importante del sistema di protezione sociale. Cosicchè questo sistema poggia ormai su due o più pilastri, oltre che su quello pubblico su un welfare collettivo e su una previdenza privata. Questi due pilastri hanno contribuito a mobilitare quote crescenti di spesa sociale privata destinate a soddisfare bisogni che in molti casi sarebbero destinati a rimanere insoddisfatti.

Le ricerche testimoniano che i benefits del welfare integrativo possono contribuire non solo al benessere dei lavoratori e alla produttività aziendale, ma, se adeguatamente diffusi e orientati, anche alla efficienza complessiva del sistema, in particolare con la promozione di una economia mista di servizi. In generale risulta che tali effetti positivi dipendono dalla loro destinazione a rispondere a bisogni sociali prioritari non sodisfatti dal sistema pubblico e per altro verso da una diffusione equilibrata nel sistema, in particolare nelle piccole imprese.

Una selezione delle priorità nelle scelte di questo welfare e una distribuzione equilibrata delle risorse necessarie a sostenerlo sono condizioni necessarie affinché la diffusione di tali istituti integri in modo socialmente equilibrato il sistema delle tutele e non aumenti le disparità nella loro fruizione.

Il realizzarsi di tali condizioni dipende dalla regia delle parti sociali e dalle scelte di policy dei vari ordinamenti. In molti paesi lo sviluppo degli istituti di welfare aziendale è stato sostenuto dal legislatore con diversi tipi di incentivi fiscali; In alcuni casi come in Italia la condizione posta è che tali istituti siano negoziati fra le parti o gestiti in forme partecipative, nel qual caso gli incentivi sono incrementati. In effetti queste forme di welfare si prestano per loro natura a essere gestite con modalità collaborative e si dimostrano particolarmente apprezzate se i beneficiari sono informati e coinvolti nel loro funzionamento (vedi le recenti leggi finanziarie: l. 208/2015 art. 1 co 189 e successive; l. 205/2017, nonchè art. 25 d.lgs.80/2015).

Le innovazioni introdotte nelle due aree sopra segnalate hanno implicazioni non solo per la concezione dell'impresa ma anche per il contenuto del rapporto di lavoro.

Lo schema di scambio tradizionale, retribuzione fissa contro lavoro stabile, si è andato modificando a seguito delle variazioni intervenute sia nelle forme di lavoro, sempre più variabili, sia nelle modalità delle controprestazioni. L'alterazione rispetto allo scambio tradizionale è particolarmente accentuata quando i parametri di queste forme retributive sono riconducibili non direttamente alla qualità e qualità del lavoro, ma a fattori esterni legati all'andamento economico e/o finanziario dell'azienda, come negli istituti di partecipazione agli utili, realizzata anche attraverso la distribuzione di azioni e le *stock opinions*.

---

[448] Cfr. in generale S. Malandrini, *Contrattazione di prossimità e welfare aziendale*, RIDL, 2013; T. Treu, (a cura), *Welfare aziendale 2.0*, IPSOA, Walter Kluwer 2016; e F. Maino, G. Mallone, *Welfare aziendale contrattuale e territoriale. Trasformazioni in atto e prospettive di sviluppo*, ivi, p. 73 ss.*; Terzo rapporto sul secondo welfare*, a cura di M. Ferrera, F. Maino, 2017; E. Pavolini, U. Ascoli, M.L. Mirabile, *Il welfare delle aziende in Italia,* Mulino, Bologna, 2013., p. 13 ss.; A. Tursi, *Il welfare aziendale. Profili "costituzionali",* Riv. Politiche Sociali, 2012; B. Caruso, *The bright side of the moon*. *Politiche del lavoro personalizzate e promozione del welfare occupazionale*, in RIDL, 2016, p. 177 ss.; ID, *Recenti sviluppi normativi e contrattuali del welfare aziendale (nuove strategie di gestione del lavoro o neoconsumismo?),* in RIDL, 2018, in corso di stampa.

Le misure di welfare contrattuale introducono un'ulteriore variante nel rapporto, perché esse non si traducono in prestazioni monetarie ma introducono controprestazioni in servizi. A differenza dei premi, esse non sono direttamente incentivanti. Sono pur sempre apportatrici di utilità al lavoratore, ma in riferimento a bisogni, personali o collettivi, attinenti al benessere della persona ed alla sua famiglia. In tal modo si può dire che arricchiscono il contenuto del rapporto con elementi di scambio sociale e non solo di mercato.

Questa innovazione corrisponde a un'evoluzione generale del concetto di retribuzione, da tempo intervenuto, che la distingue da un semplice corrispettivo quale conosciuto negli altri rapporti sinallagmatici.

La crescita del welfare costituisce una manifestazione ulteriore dell'arricchimento in senso sociale del cambio proprio del rapporto di lavoro, in quanto lo correla a bisogni personali e familiari del lavoratore che possono essere soddisfatti anche all'interno dell'azienda e del rapporto di lavoro. Questa evoluzione riflette i cambiamenti nei caratteri non solo dei rapporti individuali, ma delle relazioni collettive di lavoro, orientandole verso forme, in senso lato partecipative.

18. Percorsi da approfondire.

Le osservazioni qui proposte inducono a riflettere sui nuovi problemi che ci stanno davanti. Forniscono solo indicazioni di possibili percorsi da approfondire, perché le attuali vicende del lavoro e della sua regolazione presentano più incertezze che tendenze definite. Le tessere del nuovo mosaico del lavoro sono chiare solo in parte e rendono problematici tutti i profili di novità derivanti dalle nostre ricerche.

Gli obiettivi e le funzioni del diritto del lavoro si presentano più articolati di quelli protettivi dei lavoratori propri della sua storia e non sono facilmente componibili fra di loro. La nostra materia, con i suoi diversi protagonisti e ora sempre più con plurimi livelli di regolazione, è chiamata a soddisfare bisogni materiali e immateriali più complessi di quelli propri dei lavoratori dell'industrialismo.

Le esigenze di protezione dei lavoratori continuano a essere essenziali; ma esse stesse si articolano, perché devono rispondere a bisogni e condizioni diverse sia dei vari tipi di lavori, subordinati, autonomi e di contenuto meno definito o misto, sia dei contesti produttivi in cui si svolgono. Anche gli attuali sistemi produttivi sono lontani dal modello dell'impresa fordista, che è stata disarticolata dalle tecnologie digitali e limitata nelle sue decisioni dalla competizione globale.

Gli obiettivi e le tecniche di protezione, per essere ancora efficaci, vanno modulati tenendo conto delle varietà del lavoro digitale e delle esigenze di funzionalità dell'impresa globale. Tale composizione di interessi, da sempre richiesta al diritto del lavoro, implica scelte innovative, esse stesse da svolgersi in condizioni di incertezza.

Per questo la nostra materia è sollecitata a differenziare i suoi interventi e a valorizzare uno zoccolo comune di standard di trattamento da applicarsi a tutti i lavori. In tale sua area applicativa più vasta, essa è indotta a misurarsi con i diritti della persona.[449]

[449] Alcune di queste riflessioni sono già abbozzate nel mio scritto *Il diritto del lavoro: realtà e possibilità*, ADL, 2000, spec. p. 520 ss.

Inoltre la accresciuta mobilità e variabilità sia dei lavori sia delle organizzazioni produttive richiedono alla nostra materia di attrezzarsi con nuovi strumenti giuridici e gestionali per il governo delle transizioni fra lavori diversi che sempre più di frequente caratterizzano i percorsi lavorativi.

Per questo aspetto il diritto del lavoro assume il ruolo di istituzione del mercato del lavoro in grado di renderlo economicamente e socialmente più efficiente. Anche su questo versante la nostra materia dovrà svolgere compiti nuovi: quello di ottimizzare le occasioni di lavoro, di tutti i lavori, da quelli subordinati a quelli autonomi e associativi fino a quelli di servizio e di rilevanza sociale che il mercato penalizza perché è incapace di valutarli. Per altro verso, avrà il compito di migliorare la qualità del capitale umano offrendo sostegno alla continuità professionale nella mobilità dei lavori e fra lavori.

Nelle migliori pratiche internazionali il sostegno alle transizioni lavorative non si dirige solo ai disoccupati, ma si realizza già durante il corso dei rapporti di lavoro per anticipare i cambiamenti e le crisi aziendali coinvolgendo le stesse imprese in politiche di valorizzazione e riconversione professionale dei lavoratori.

Così la regolazione dei rapporti di lavoro si integra con compiti di promozione dei lavori sul mercato e di garanzia della continuità e delle opportunità di occupazione.

In questa visione, che invero è appena delineata nelle varie prassi, il diritto del lavoro può diventare per la sua parte uno strumento in grado di contribuire alla efficienza delle imprese e del mercato nonché allo sviluppo economico.[450]

In tale direzione sono significativi gli istituti sopra ricordati delle retribuzioni incentivanti e del welfare complementare, specie se inseriti in un contesto di relazioni di lavoro partecipative. Col diffondersi di simili orientamenti Il compito della nostra materia, da sempre chiamata a bilanciare gli interessi e i valori contrapposti (o non coincidenti) del lavoro e dell'impresa, si svolgerebbe con un obiettivo principale: dovrebbe perseguire entrambi in una prospettiva di sviluppo comune orientato a una crescita di qualità e alla equità distributiva.

Le incertezze e la volatilità dei mercati danno nuova centralità alle politiche di welfare e della sicurezza sociale e ne postulano più stretti legami con le politiche del lavoro. Ambedue le politiche sono chiamate a soddisfare bisogni di sicurezza di tutti i lavoratori subordinati e autonomi, quelli occupati e quelli disoccupati. Tali bisogni sono diversi e più diffusi dei rischi coperti dalle tradizionali assicurazioni sociali e che richiedono forme di tutela adatte alla instabilità dei mercati e capaci di realizzare una sicurezza attiva in contesti economici instabili.

Le relazioni industriali sono investite anche più direttamente del diritto individuale del lavoro dalle mutate condizioni economiche e dai cambiamenti dei rapporti di forza fra le parti. Come si è visto, lo spostamento del baricentro della contrattazione collettiva a livello di impresa costringe le parti, *in primis* i sindacati, ad affrontare i nuovi problemi del lavoro e dell'impresa senza gli schermi della regolazione nazionale, legale e contrattuale, spesso in competizione con iniziative di un management innovativo. Un coordinamento regolato fra contrattazione di impresa e contrattazione nazionale serve a dare stabilità al sistema ed evitare rischi di "decollettivizzazione".

[450] P. Davies, *Lavoro subordinato e lavoro autonomo,* in DRI, 2000, p. 208 ss.

Gli ambiziosi obiettivi che si pongono ai protagonisti della nostra materia sono perseguiti in condizioni diverse all'interno dei vari contesti nazionali, e spesso anche fra i vari settori produttivi, perché questi sono variamente esposti agli shock competitivi.

La ricerca di nuove soluzioni procede come si è visto non solo con tempistiche diverse, ma secondo orientamenti divergenti. Tali divergenze si verificano anche fra paesi vicini come quelli europei, che pure hanno creato istituti di regolazione comune, i quali non hanno retto al crescente protagonismo e spesso nazionalismo statale.

La diversità dei sistemi regolativi coesiste con spinte contrastanti alla omogeneizzazione dei trend globali, che secondo alcuni porterebbero a una convergenza in senso deregolativo degli ordinamenti lavoristici tradizionali.[451]

La dimensione transnazionale sempre più incombente delle vicende del lavoro e della impresa sollecita ricerche e azioni che sappiano cogliere fino in fondo le implicazioni della crescente interdipendenza fra i sistemi nazionali.

La regolazione di queste vicende si è appoggiata finora su una rete di strumenti di origine convenzionale sviluppatisi nel tempo, ma ancora fragili anche perché privi di appoggi adeguati da parte dei governi nazionali.

Se tutti i settori degli ordinamenti nazionali sono messi in difficoltà dalla loro territorialità, la crisi dell'ordinamento del lavoro è aggravata dalla asimmetria strutturale fra la crescente mobilità delle imprese e la limitata mobilità del lavoro.

In mancanza di regole transnazionali efficaci delle condizioni di lavoro, le tendenze alla competizione e alla divaricazione fra i sistemi nazionali sono destinate ad accrescersi. Tali tendenze sono rafforzate dal crescere delle diseguaglianze nelle condizioni economiche e sociali fra paesi e all'interno dei singoli paesi.

Le vicende degli ordinamenti del lavoro non hanno ancora esiti predeterminati, come si è riscontrato nella nostra analisi. Gli Stati nazionali, che sono stati decisivi nel secolo scorso per costruire al loro interno sistemi giuridici e sociali capaci di migliorare le condizioni di lavoro e di vita dei loro cittadini, sono ora chiamati a cimentarsi nella diffusione di regole e di istituzioni sovranazionali in grado di promuovere con strumenti efficaci per tutti i cittadini del mondo gli stessi obiettivi di benessere e di progresso sociale.

Accettare le attuali disparità nelle vicende globali del lavoro concentrando i poteri statali sulla difesa dell'esistente, accrescerebbe gli squilibri e le ingiustizie e tradirebbe la missione della nostra materia, che è di regolare con equità le condizioni di lavoro e di vita di tutte le persone che lavorano.

---

[451] Cfr. la nota tesi L. Baccaro, C. Howell, 2011, *A common neoliberal trajectory. The Transformation of industrial relations in advanced capitalism,* Politic and Society, n. 3, 521-563, e da ultimo L. Baccaro, C. Howell, *The trajectories of neoliberal transformation*, Cambridge Univ. Press, 2018.

The EU and the Industrial Relations Systems – A Critical Appraisal*

Stefano Giubboni

1. Law in books and law in action. 159

2. The European social dialogue: the institutional framework. 161

3. Autonomous agreements. 164

4. Inborn weakness of the autonomous social dialogue (and the relentless decline of the institutional social dialogue). 169

5. New economic and financial governance, and common 'neoliberal trajectories'. 172

* Previously published as WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".INT – 144/2018

1. Law in books and law in action.

At a quick and rather impressionistic glance, the sources of what can be defined as 'European Union (EU) industrial relations law'[452] may appear to disclose a quite strong promotional institutional framework. EU law, at least at first sight, features a number of institutional – and properly promotional – principles concerning the role of social partners and, in particular, of European-level collective bargaining. From a comparative perspective, and even assuming as a point of reference those Member States' constitutional systems that the 'variety of capitalism' approach classifies as 'coordinated market economies',[453] such promotional institutional infrastructure is indeed quite unique. Commenting on the EU legal framework consolidated in the Treaty of Lisbon, Bruno Veneziani defined it as an 'institutional ideal type of auxiliary legislation',[454] identifying – in the provisions on the role of the social partners within EU institutional mechanisms – at least the seeds of a model of pluralist and participative democracy based on the constitutional guarantee of collective autonomy.[455]

By virtue of the innovative provisions contained in the Treaty of Lisbon, the framework of primary law sources of such promotional pattern is based today mainly on Article 152 of the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU), which obliges the EU – and no longer the European Commission only – to promote dialogue between the social partners, including at a European level, while 'respecting their autonomy'.[456] Such provision – which is linked to Article 11 of the Treaty on European Union (TEU), inspired by the principle of participative democracy – is strengthened and complemented, from a subjective perspective, by Article 28 of the EU Charter of Fundamental Rights. Such provision grants workers and employers, or their respective organisations, 'the right to negotiate and conclude collective agreements at the appropriate levels and, in cases of conflicts of interest, to take collective action to defend their interests, including strike action'.

The legislative framework specifically governing European-level collective bargaining is even richer (and more complex), as it is based on several different sources that are prescriptive in nature: from the abovementioned constitutional-level provisions of the TFEU and the EU Charter of Fundamental Rights, to the interpretative communications of the European Commission and the Interinstitutional Agreement on Better Law-Making of 2003.[457] The pillars of such promotional system, since the conclusion in 1991 of the Agreement on Social Policy annexed to the Protocol

---

[452] '*Diritto sindacale unitario*' is the definition suggested by M. Magnani, *Diritto sindacale europeo e comparato*, Torino, 2017, p. XIX.

[453] As is known, the reference model of such systems can be found in Germany and in the Nordic countries: cf. P.A. Hall, D. Soskice, *An Introduction to Varieties of Capitalism*, in Idd. (eds.), *Varieties of Capitalism. The Institutional Foundations of Comparative Advantage*, Oxford, 2001, pp. 1 ff., particularly pp. 21 ff., and more recently K. Thelen, *Varieties of Liberalization and the New Politics of Social Solidarity*, Cambridge, 2014, pp. 5 ff. The present chapter, and particularly the conclusions, will focus once again on the issues raised nowadays, in terms of EU industrial relations, by the comparative political economy approach in the light of the important critical contribution by L. Baccaro and C. Howell, *Trajectories of Neoliberal Transformation. European Industrial Relations since the 1970s*, Cambridge, 2017.

[454] B. Veneziani, *Austerity Measures, Democracy and Social Policy in the EU*, in N. Bruun, K. Lörcher, I. Schömann (eds.), *The Economic and Financial Crisis and Collective Labour Law in Europe*, Oxford and Portland, OR (USA), 2014, pp. 109 ff., here p. 135.

[455] Ibid., pp. 123 ff.

[456] As stated by B. Veneziani, *L'art. 152 del Trattato di Lisbona: quale futuro per i* social partners*?*, in *Rivista giuridica del lavoro*, 2011, 1, pp. 256 ff., 'the failure to define the areas in which the Union will carry out its promotional function in favour of the social partners suggests that it is not limited to the social policy area as per Title X, Part II, or to the one referred to in Article 153 TFEU'.

[457] The relevance of such agreement is outlined by M. Peruzzi, *L'autonomia nel dialogo sociale europeo*, Bologna, 2011, pp. 177 ff.

on Social Policy of the TEU, can be found in the provisions contained in Articles 154 and 155 TFEU. Article 154, which sets out the obligation upon the European Commission to take 'any relevant measure' to facilitate dialogue between the social partners by ensuring balanced support for them, envisages the suspension of the ordinary legislative procedure in case the social partners intend to start negotiations on the contents of the proposal submitted by the European Commission 'in the social policy field', in the framework of the mandatory consultation procedure. Article 155 reiterates that, 'Should management and labour so desire, the dialogue between them at Union level may lead to contractual relations, including agreements'; this provision thus outlines the two alternative paths through which such agreements – since as early as the entry into force of the TEU – can be implemented:[458] 'in accordance with the procedures and practices specific to management and labour and the Member States' (so-called 'voluntary route'), on the one hand; and 'by a Council decision on a proposal from the European Commission' in matters covered by Article 153, and at the joint request of the signatory parties (so-called 'legislative route'), on the other. In both cases, also in accordance with the amendment introduced by the Treaty of Lisbon with the aim of codifying a practice already implemented at institutional level, 'The European Parliament shall be informed'; such perspective confirms that the social partners are assigned a role 'of functional substitute for the traditional institutions and bodies involved in European governance in social policy'.[459] And if attention is paid to the fact that such provisions, which expressly promote social dialogue and European-level collective bargaining, fall within a context of values and goals that is ambitiously aimed at reshaping the traditional legislative principles of 20th-century social constitutionalism,[460] the early-stage interpretation of the EU institutional framework as 'institutional architecture in which democracy and pluralism compose the inner essence of a democratic state'[461] can be easily confirmed.

However, as soon as the focus is shifted from such core of provisions of the formal constitution of the EU (the 'law in books', as we could say) to the actual functioning of the European industrial relations system, and in particular of social dialogue and sectoral collective bargaining, the first impression is replaced by a more complex and undoubtedly more problematic vision concerning the material constitution of EU industrial relations law 'in action'. Such focus shift clearly sheds light on the internal contradictions of the same formal institutional framework, which still expressly excludes pay, the right of association, the right to strike, or the right to impose lock-outs

[458] Based on the way of implementation chosen, European collective bargaining is classified either as 'institutional', 'strong', or 'strengthened' (if it is channelled through the legislative route), or as 'autonomous', 'weak', or 'free' (if it is implemented through the voluntary route); cf. more recently M. Magnani, *Diritto sindacale*, cit., pp. 13 ff.; B. Caruso, A. Alaimo, *Il contratto collettivo nell'ordinamento dell'Unione europea*, WP CSDLE Massimo D'Antona, INT.87/2011, available online; M. Peruzzi, *L'autonomia*, cit., pp. 205 ff. Previously, cf. at least T. Treu, *European Collective Bargaining Levels and the Competences of the Social Partners*, in P. Davies *et al.* (eds.), *European Community Labour Law: Principles and Perspectives. Liber Amicorum Lord Wedderburn of Charlton*, Oxford, 1996, pp. 169 ff.; S. Sciarra, *Collective Agreements in the Hierarchy of European Community Sources*, ibid., pp. 189 ff.; F. Guarriello, *Ordinamento comunitario e autonomia collettiva. Il dialogo sociale*, Milano, 1992; A. Lo Faro, *Funzioni e finzioni della contrattazione collettiva comunitaria*, Milano, 1999; R. Nunin, *Il dialogo sociale europeo*, Milano, 2001.

[459] B. Veneziani, *Austerity Measures*, cit., p. 124.

[460] Such principles stretch from the values common to Member States 'in a society in which pluralism, non-discrimination, tolerance, justice, solidarity and equality between women and men prevail' (Article 2 TEU), to the consecration of the goal of 'a highly competitive social market economy, aiming at full employment and social progress' (Article 3(3) TEU).

[461] B. Veneziani, *Austerity Measures*, cit., p. 135.

– *i.e*. the hard core of any industrial relations law system whatsoever – from the legislative competence of the EU (Article 153(5) TFEU).[462] On the other hand, in spite of Article 28 of the EU Charter of Fundamental Rights, 'an institutional hurdle to the consolidation of EU-level bargaining is represented by the uncertainty about the legal status of strike action at European level.'[463]

This chapter will focus on the clumsy interaction between the formal and the material constitution of EU industrial relations law, outlining the ambiguities and contradictions that have marked the EU's institutional role in the frail European industrial relations system that has gradually emerged along the lines of the abovementioned set of formal constitutional provisions. We will argue that the initial phase of support for the so-called 'institutional' bargaining and, to a certain extent, of sectoral social dialogue has gradually overlapped with – and been replaced by – the reversal of the promotional role played by supranational institutions.[464] Such reversal, triggered by the economic and financial crisis started in 2008,[465] undoubtedly favoured – in a context of creeping renationalisation – the trajectory of neoliberal rationalisation of national industrial relations systems that has been analysed by Lucio Baccaro and Chris Howell in their powerful historical and comparative analysis.[466]

2. The European social dialogue: the institutional framework.

The types of agreements that the social partners can enter into at European level are usually classified based on whether the negotiation phase has or has not been triggered by a previous consultation initiative and thus by a proposal from the European Commission, or based on the procedure chosen by the social partners to implement the agreement.[467] The evolution of social dialogue reveals that the institutional 'trigger' represents a necessary step in European-level negotiation processes, also in the development phase following the Laeken summit of 2001,[468] characterised by the thinning-out of the 'shadow of the law',[469] gradually replaced with soft-law institutional interventions, as well as by the social partners' consequential preference – albeit on different grounds – for autonomous bargaining.[470] It is not by chance that the agreements entered

---

[462] Concerning such contradiction, cf. only Lord Wedderburn, *Freedom and Frontiers of Labour Law*, in Id., *Labour Law and Freedom. Further Essays in Labour Law*, London, 1995, pp. 350 ff.

[463] T. Treu, *La contrattazione collettiva in Europa*, in *Diritto delle relazioni industriali*, 2018, pp. 371 ff., here p. 397. On this issue, cf. mainly G. Orlandini, *Diritto di sciopero, azioni collettive transnazionali e mercato interno dei servizi: nuovi dilemmi e nuovi scenari per il diritto sociale europeo*, in *Europa e diritto privato*, 2006, 3, pp. 947 ff., and more recently F. Dorssemont, *Collective Action Against Austerity Measures*, in N. Bruun, K. Lörcher, I. Schömann (eds.), *The Economic and Financial Crisis*, cit., pp. 153 ff.

[464] Cf. R. Hyman, *Trade Unions, Lisbon and Europe 2020: from Dream to Nightmare*, in *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, 2012, 28, 1, pp. 5 ff.

[465] Among the first critical analyses, cf. C. Barnard, *The Financial Crisis and the Euro Plus Pact: A Labour Lawyer's Perspective*, in *Industrial Law Journal*, 2012, 41, 1, pp. 98 ff. Similarly and more recently, cf. L. Bordogna, R. Pedersini, *What Kind of Europeanization? How EMU Is Changing National Industrial Relations in Europe*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 2015, 146, pp. 183 ff.

[466] *Supra*, footnote 2.

[467] Cf. S. Smismans, *The European Social Dialogue in the Shadow of Hierarchy*, in *Journal of Public Policy*, 2008, 28, 1, pp. 161 ff.

[468] Concerning the relevance of the Laeken summit in the promotion of a more autonomous social dialogue (to overcome the phase of support for macro-bargaining with a quasi-legislative purpose, occurred in the 1990s), cf. M. Peruzzi, *L'autonomia*, cit., pp. 33 ff., as well as R. Dukes, C. Cannon, *The Role of Social Partners*, in A. Bogg, C. Costello, A.C.L. Davies (eds.), *Research Handbook on EU Labour Law*, Cheltenham (United Kingdom) and Northampton, MA (USA), 2016, pp. 89 ff., particularly p. 94.

[469] B. Bercusson, *The Dynamic of European Labour Law after Maastricht*, in *Industrial Law Journal*, 1994, 23, 1, pp. 1 ff.

[470] A. Dufresne, P. Pochet, *Introduction*, in A. Dufresne *et al.* (eds.), *The European Sectoral Social Dialogue*, Brussels, 2006, pp. 49 ff.

into without a previous proposal by the European Commission can be found only at sectoral level, where the institutional 'shadow' is guaranteed by the negotiation framework itself (the Sectoral Dialogue Committees set up pursuant to Commission Decision 98/500/EC), and the European Commission's intervention often makes it possible to overcome decision-making deadlocks affecting the social partners.

The relevance and impact of the institutional trigger do not emerge in the driving phase only. If the negotiation process starts after a consultation phase, this brings about the suspension of the legislative proposal pursuant to Article 154 TFEU and, as explained by the European Commission in a 2004 communication, the existence of such institutional self-restraint justifies the two-fold supervision role played by the European Commission itself in relation to all agreements that have been 'triggered', including the autonomous ones.[471] The European Commission assumes the role of carrying out an *ex ante* assessment 'as it does for […] agreements to be implemented by Council decision', thus verifying – based on a 1993 communication[472] and on the *UEAPME* judgment issued by the Court of First Instance in 1998 –[473] the representativeness of the signatory parties, their negotiating mandate, the functional representation of interests of small and medium-sized enterprises (SMEs), as well as the validity of the content of the agreement itself. On the other hand, it assesses the sufficiently representative status of the signatory parties 'with respect to the substantive scope of the framework agreement'.[474]

The extension of such assessment to the autonomous agreements that have been 'triggered', raises a question on the possibility of considering also such sources as 'institutional agreements'.[475] In the abovementioned *UEAPME* judgment, the *ex ante* assessment of the agreement is justified inasmuch as it represents an alternative tool to ensure compliance with 'the principle of democracy on which the Union is founded',[476] which is necessary when 'endowing an agreement concluded between management and labour with a Community foundation of a legislative character, without recourse to the classic procedures provided for under the Treaty for the preparation of legislation, which entail the participation of the European Parliament'.[477]

When applying to autonomous agreements the same instrument aimed at protecting the principle of democracy, a reasonable question comes up: can such agreements be considered as an EU legislative source (albeit not directly biding by nature), more precisely as a 'spontaneous production' soft-law source?[478] All of this refers to the problematic coordination with the regulative methods as outlined by the Interinstitutional Agreement on Better Law-Making of 2003, notably with the notions of 'self-regulation' and 'co-regulation' adopted thereby.[479] The qualification of

---

[471] COM(2004) 557 final.

[472] COM(93) 600 final.

[473] Court of First Instance, 17 June 1998, *UEAPME*, case T-135/96.

[474] Point 91 of the judgment quoted in the previous footnote.

[475] According to the European Commission, 'the development of the European social dialogue raises the question of European collective agreements as sources of law', COM(2002) 341 final, para. 2.4.2.

[476] Point 89 of the judgment quoted in footnote 22.

[477] Point 88 of the judgment quoted in footnote 22.

[478] G. De Minico, *La* soft law*: nostalgie e anticipazioni*, in F. Bassanini, G. Tiberi (eds.), *Le nuove istituzioni europee. Commento al Trattato di Lisbona*, Bologna, 2008, pp. 327 ff.

[479] Cf. B. Veneziani, *Il ruolo delle parti sociali nella Costituzione europea*, in *Rivista giuridica del lavoro*, 2006, 1, pp. 471 ff.

the autonomous social dialogue as an expression of the principle of democracy on which the EU is founded – and particularly as a specification of the principle of participative democracy – is confirmed in, *inter alia*, Article 152 TFEU, read in conjunction with Article 11(2,3) TEU.[480]

The institutional monitoring on the 'triggered' agreements is not carried out only at the moment of their conclusion, but also during the implementation phase, should the European Commission 'conclude that either management or labour are delaying the pursuit of Community objectives', as well as *ex post*. The European Commission evaluates, in particular, the extent to which the agreement has 'contributed to the achievement of the Community's objectives', considering – in case of a negative assessment – the possibility of putting forward, if necessary, a proposal for a legislative act or, during the implementation phase, the possibility of exercising 'its right of initiative'. The social partners' choice to opt for the implementation of the agreement via voluntary route is definitely not immune from institutional encroachments. The European Commission holds that 'preference should be given to implementation by Council decision', both 'where fundamental rights or important political options are at stake, or in situations where the rules must be applied in a uniform fashion in all Member States and coverage must be complete', and in case of 'revision of previously existing directives adopted by the Council and European Parliament through the normal legislative procedure'.[481]

We do not intend to focus on the broad discretionary power assumed by the European Commission when linking its own decision to vague and arbitrarily defined conditions. It is important to stress that such criteria more easily orient towards institutional outcomes, that type of bargaining – at both inter-branch and sectoral level – that is most suitable for the implementation of functions being somehow ancillary or complementary to those typical of EU legislation.

As concerns the inter-branch dimension, the need to review the directives currently in force requires the implementation – via legislative route – of, *inter alia*, the amended framework agreement on parental leave (Council Directive 2010/18/EU). With regard to sectoral bargaining, the importance of the political option – reference can be made to trade unions' response at European level to the (partly unresolved) issues raised by the *Viking* case law – and the need for uniform application of legislation justify the institutional implementation of the agreements applying to the maritime (2009) and fisheries (2012) sectors, aimed at implementing, respectively, International Labour Organization (ILO) Maritime Labour Convention No. 196 of 2006 and ILO Convention No. 188 of 2007. The same need justified the implementation by Council decision (or, rather, directive) of some agreements entailing derogations to the application of Council Directive 93/104/EEC on working time in some sectors, pursuant to its Article 14: this is the case, for instance, of the agreement dated 15 February 2012 applying to the inland waterways sector, as well as of the previously concluded agreements applying to cross-border traffic by rail, civil aviation, and seafarers.[482]

As anticipated, the European Commission influences the social partners' autonomy in choosing the way of implementation, not only upstream – whenever it deems the institutional option to be preferable (however, the interinstitutional agreement sets out a proper obligation in this re-

[480] Cf. U. Villani, *La politica sociale nel Trattato di Lisbona*, in *Rivista giuridica del lavoro*, 2012, 1, pp. 25 ff.

[481] COM(2004) 557 final.

[482] Council Directives 2005/47/EC, 2000/79/EC, and 1999/63/EC.

gard) –, but also downstream; this occurs if a negative assessment has been provided of the autonomous agreement, and the European Commission, deeming that the Community goals have not been achieved properly, decides to present a proposal for a legislative act. The European Commission's *ex post* supervision touches upon two issues: on the one hand, which regulatory mechanisms better guarantee the implementation of autonomous agreements; on the other, which parameters allow for an assessment of the results and potentialities of the autonomous social dialogue.

3. Autonomous agreements.

For the first time, the European Commission, in the abovementioned 2004 communication,[483] refers to the agreements implemented via voluntary route as 'autonomous agreements'.[484] Such qualification was then adopted by the social partners themselves already through the 2007 framework agreement on harassment and violence at work, replacing the previous wording according to which such agreements were referred to as 'voluntary'. In the classification elaborated by the European Commission, the autonomous agreements fall under the broader category of 'new generation' texts, which is used to refer to the outputs of social dialogue whose implementation is the responsibility of the social partners themselves.

The difference between the agreements under analysis and the so-called 'process-oriented texts' lies in the fixing of a 'date by which implementation of the various objectives must be accomplished', whereas process-oriented texts are considered as mere 'recommendations to their members':[485] 'The essential difference is that agreements are to be implemented and monitored by a given date, whereas the second kind entail a more process-oriented approach, involving regular reporting on progress made in following-up the objectives of the texts.'[486]

More recently, the European Commission has clarified that the autonomous agreements are binding 'only for the signatories and their affiliates'.[487] They 'commit signatories and their national affiliates to implementation through national arrangements at their initiative (legislation, collective agreements, codes of conduct, joint promotion of tools etc.). The obligation to follow up is even stronger when social partners decide to negotiate an agreement that results in a Commission legislative proposal being suspended'; this implies an investment in monitoring processes and the development of assessment indicators.[488]

The analysis of the numerous autonomous agreements entered into so far outlines that, generally, at inter-sectoral level, the process concerning the implementation and follow-up over time has not undergone any specific evolution since the first agreement on telework onwards. Besides

---

[483] *Supra*, footnote 20.

[484] This paragraph draws from the arguments dealt with in further detail in S. Giubboni, M. Peruzzi, *La contrattazione collettiva di livello europeo al tempo della crisi*, in M. Carrieri, T. Treu (eds.), *Verso nuove relazioni industriali*, Bologna, 2013, pp. 131 ff., particularly pp. 140 ff.

[485] COM(2004) 557 final, Annex 2, p. 18.

[486] Ibid., para. 3.2.1.

[487] Sec(2010) 964 final, p. 13.

[488] Ibid., p. 17.

the abovementioned change of denomination (from 'voluntary' to 'autonomous'), the only relevant modification can be found in the last agreement on inclusive labour markets, which sets out the obligation upon the social partners to promote the agreement (in addition to implementing it). As explained by the interpretation guide of the European Trade Union Confederation (ETUC): 'it was learned from experiences with former agreements that the dissemination of and awareness raising on the framework agreements forms a pivotal step in ensuring an effective implementation of it'.[489]

Any attempt to verify the effectiveness of the autonomous social dialogue should consider the still valid suggestions provided by Gérard Lyon-Caen in the mid-1970s: 'if we want at any cost […] to put forward at international level the legal pattern that we have called "collective bargaining" in each of our countries, we will fail. [This should not discourage us from making] an effort to consider that trade union-related issues could and should be treated in the future from a perspective other than a merely national one'.[490] If the internal paradigms of collective bargaining are used as a reference and assessment benchmark, the European social dialogue will progressively 'decline'.[491] As pointed out by the European Commission, it is not even possible to harmonise the process of implementation of autonomous agreements, on the one hand, and the transposition of directives, on the other: 'uniform outcomes cannot be expected. Any assessment of the implementation of autonomous agreements has to take account of their specific character and national industrial relations systems in general.'[492]

The impossibility of reshaping European collective bargaining as the top level of internal contractual patterns, on the one hand, and its hybridisation with the soft regulatory dimension tested at institutional level, on the other, undoubtedly lay the basis for the identification of new parameters in the assessment of outcomes and potentialities of the European social dialogue. In this regard, the benchmarking method used in the most recent academic writings – in line with the assessment reports published by the European Commission – makes a distinction between *de jure* implementation indicators (aimed at verifying the implementation of the agreements from a procedural point of view) and *de facto* implementation indicators (which concern the substantial effects the agreements under analysis have on the national labour law systems).[493]

From a procedural perspective, the assessment is aimed at verifying whether the agreements have been implemented before the expiry of the applicable deadline (three years from the signature), as well as to what extent the implementation has complied with 'the procedures and practices specific to management and labour and the Member States', pursuant to Article 155 TFEU. In this regard, it is interesting to point out that the abovementioned provision of the TFEU does not specify whether the agreement always needs to be transposed into the national system, or

[489] ETUC, *An ETUC Interpretation Guide*, p. 20, available online at: http://resourcecentre.etuc.org/spaw_uploads/files/CES_travail%20inclusif_GB_BAT.PDF.
[490] G. Lyon-Caen, *Alla ricerca del contratto collettivo europeo*, in *La contrattazione collettiva: crisi e prospettive*, Milano, 1976, p. 119.
[491] P. Marginson, K. Sisson, *European Integration and Industrial Relations. Multi-level Governance in the Making*, Basingstoke, 2004, p. 90.
[492] Sec(2008) 2178 final, p. 48.
[493] T. Prosser, *The Implementation of the Telework and Work-related Stress Agreements: European Social Dialogue Through Soft Law?*, in *European Journal of Industrial Relations*, 2011, 17, 3, pp. 245 ff.

can be implemented through other procedural solutions, as envisaged, for instance, by the agreement on crystalline silica. As per the wording adopted in the English version ('shall be implemented'), the provision seems to set an obligation upon national trade unions to act. However, such obligation cannot be considered as a proper obligation to re-bargain, which would infringe upon the freedom of association (and collective autonomy) enshrined in Member States' constitutions,[494] as well as in Article 152 TFEU and Article 28 of the EU Charter of Fundamental Rights.

Finally, the provision targets two types of subjects, the social partners and the Member States, without explaining the role played by the latter in the implementation of the agreement.[495] While in the inter-sectoral autonomous agreements concluded so far, the signatory organisations have modified the phrasing into 'in accordance with the procedures and practices specific to management and labour in the Member States', thus identifying the affiliated parties as the only subjects the commitment applies to, the actual ways of implementation of these agreements confirm that the legislative instrument is generally binding and concerns both the Member States and the social partners. Drawing from the extremely broad range of legislative patterns implemented (from legally binding rules, which are however seldom adopted, to forms of soft or even 'liquid law'[496]), the national organisations – in their implementation reports – point to the frequent implementation of coordinated and synergic action between the social partners and public authorities, which encompasses legislative interventions at national level and tripartite concertation.

The outcomes and conclusions that can be drawn from the analysis of the indicators on the procedural implementation of the agreements on telework and work-related stress are rather similar: 'With few exceptions, the implementation instruments […] are similar, despite the different nature of the agreements.'[497] The assessment of such outcomes is instead more complex. If one adopts as a parameter the implementation of the agreement in any procedural form whatsoever within the prescribed deadline, the assessment will be positive. If, instead, the phrase 'practices and procedures' means the regulatory patterns traditionally adopted by the social partners in each Member State, the assessment of the outcomes proves to be more complex.

In the United Kingdom, for instance, where the decentralised social dialogue is combined with the use of legislative instruments, the drafting of non-binding guidelines at inter-sectoral level (on telework in 2003, and on work-related stress in 2005) cannot be regarded as an effective solution for the implementation of European framework agreements. The impact of such guidelines, in view of both their non-binding nature and the lack of coordination between the various levels of bargaining, has been rather limited at sectoral and firm level. This is the case of Denmark, where the agreements are not adequately transposed at sectoral level, within a national system whose structure is based on such bargaining dimension.[498]

---

494 Cf. F. Carinci, *Dal dialogo sociale al negoziato europeo: gli interventi degli Stati e delle Parti sociali*, in *Protocollo sociale di Maastricht: realtà e prospettive*, supplement to *Notiziario di giurisprudenza del lavoro*, Roma, 1995, pp. 81 ff., particularly p. 92.

495 Cf. in this regard the joint declaration of the signatory parties of the Agreement on Social Policy (then re-annexed to the Treaty of Amsterdam), which states that there is 'no obligation on the Member States to apply the agreements directly or to work out rules for their transposition, nor any obligation to amend national legislation in force to facilitate their implementation'.

496 R. Blanpain, *Introductory Remarks*, in Id. (ed.), *European Framework Agreements and Telework: Law and Practice, a European and Comparative Study*, Zuidpoolsingel (Netherlands), 2007, p. 6.

497 Sec(2011) 241 final, p. 30.

498 T. Prosser, *The implementation*, cit., p. 267.

The analysis of the procedural indicators also points out another interesting aspect: the existence of a well-developed inter-sectoral political forum represents a pivotal precondition for the effective implementation of such European agreements. This confirms the hypothesis that the outcomes of the implementation stage are weaker in those countries featuring patterns of social dialogue that are more decentralised.[499]

If the assessment of the two agreements is targeted at analysing the substantial effects on the internal protection standard, it leads to different outcomes. In the evaluation carried out by the European Commission, the difference appears to be strong. As to the agreement on telework, 'It has achieved the specific objectives set by the Commission (and shared by the social partners) and has clearly contributed to the Lisbon goals of modernising labour markets and achieving a more dynamic knowledge-based economy'.[500] The implementation of the agreement on work-related stress, instead, 'has not yet ensured a minimum degree of effective protection for workers from work-related stress throughout the EU. It shows that all stakeholders need to consider further initiatives to ensure that this goal is achieved'.[501]

The fact that the agreement on telework has been successful, whereas the one on work-related stress has not, can be explained by two factors: i) the agreement on telework featured a broader scope for the improvement of the applicable protection standard, inasmuch as it was a field that had not yet been regulated in many countries and sectors; and ii) the provisions of the agreement on work-related stress featured a very low level of prescriptiveness. In this regard, the commentary drafted by ETUC points out that the mainly descriptive – rather than prescriptive – nature of the agreement on work-related stress stems from a difficult round of negotiations on this issue and, in particular, from the gap between the union side (which intended to frame the regulation of the phenomenon within its collective and organisational dimension) and the employer side's interest in keeping the relevance of such regulation at a merely individual and subjective level, as well as in avoiding any explicit links with Council Directive 89/391/EEC.

The impasse stemming from these conflicting positions was overcome through the adoption of a purposely generic definition of stress, which is vague from a scientific point of view, not linked to the working environment, as well as strongly focused on each individual situation: 'reading the European agreement, the wish for prescriptive certainty remains unsatisfied'.[502] As pointed out by the European Commission, the problematic compromise solution reached during the negotiation round at European level has engendered several doubts as to the interpretation of the agreement when it comes to implementing it at national level. Because of its uncertainties, the text was not considered by the actors involved in the implementation phase as a useful reference point: 'Some thought it was not binding enough, many that it was not exhaustive enough, or that it did not add value to existing regulatory and guiding instruments.'[503]

The assessment of the agreement on harassment and violence at work of 2007 has led to a dif-

---

[499] Ibid., p. 257; cf. also B. Keller, *Social Dialogues – The State of the Art a Decade after Maastricht*, in *Industrial Relations Journal*, 2003, 34, 5, pp. 411 ff.

[500] Sec(2008) 2178 final, p. 3.

[501] Sec(2011) 241 final, p. 32.

[502] L. Calafà, *Nuovi rischi e nuovi strumenti di prevenzione nelle Pubbliche Amministrazioni*, in G. Zilio Grandi (ed.), *Il lavoro negli enti locali: verso la riforma Brunetta*, Torino, 2009, p. 190.

[503] Sec(2011) 241 final, p. 29.

ferent outcome: on the one hand, the existence of a more or less consolidated legislative standard on the issue has oriented the internal stakeholders towards a better definition of the applicable legislative framework or of previous interventions, rather than to the adoption of new instruments; on the other hand, the fact that the negotiating text is structured based on broad notions and formulations, although bringing about – once again – several difficulties in the implementation phase, has represented a useful element of flexibility, which has made it possible to devise national solutions tailored to the internal specific context.

The social partners, however, finalise the assessment of the outcomes by framing them within an interesting analytical perspective, which is more strongly emphasised than in relation to the previous agreement on work-related stress. The social partners stress that 'the outcome is not the only important element, but also the process to arrive at this point. The discussions that took place between national social partners have helped to forge a better understanding of each others' needs and the employers and workers they represent, in terms of tackling harassment and violence at work. It has also helped in generating more experience in social dialogue processes, which is useful for the future':[504] this occurred not only upon the conclusion of internal agreements, but also in the translation of the agreement into various languages and in the assessment of the applicable legislation. The implementation of the agreement has provided important data on the presence of gaps in the reporting activity, suggesting adequate actions for improvement, as envisaged at a later stage in the 2012-2014 work plan, under the goal *Better implementation and impact of social dialogue instruments*.

The reflection of the social partners on the implementation of the 2007 agreement promotes an analytical perspective that is aimed at fostering the development of the autonomous social dialogue. Such perspective does not hinge as much upon the abovementioned result indicators (against which a definitely negative assessment should be provided inasmuch as the types of governance entailed have yielded disappointing outcomes in the opinion of those who wish to have adequate levels of substantial labour protection in Europe),[505] but rather upon the gradual consolidation of the procedural trends triggered by it. From such perspective, autonomous collective bargaining could be described, in its potential development, as a path being parallel and complementary to the open method of coordination, from which it differs in the enhancement of the social partners' autonomy, both at European and at national level, in the promotion of a 'bottom-up process of softer sectoral governance'.[506] The autonomy, both in the negotiation and in the implementation phases, can thus be considered as a regulatory dimension targeted at promoting a multilevel bottom-up action for the coordination of internal social policies. Such action ensures the involvement of the national social partners not as subjects that attain a set of goals established by someone else, but as decentralised decision-making hubs acting in the framework of their freedom of association, also favouring the Europeanisation of internal industrial relations systems, particularly as concerns the strong heterogeneity stemming from the enlargement of the EU.

---

[504] Final Joint Report on the Implementation of the European Autonomous Framework Agreement on Harassment and Violence at Work, adopted on 27 October 2011, p. 36.

[505] Cf., in this regard, T. Prosser, *The implementation*, cit., p. 258.

[506] S. Smismans, *The European Social Dialogue*, cit., p. 170.

The assessment on the efficiency and effectiveness of European collective bargaining focuses, from this perspective, on its capacity not just to stand as a top level that is binding, but also to function as a 'system of action' and a social construct.[507] Once again, much depends on the benchmark: if it consists of a supranational collective bargaining system that leads to the conclusion of binding agreements, social dialogue shall be considered 'a travesty of the real thing'.[508] If the benchmark is instead made up of the various national labour market regimes, its outcomes can be assessed positively (at least in part) in view of its capacity to open up to a new European-level regulatory dimension aimed at the coordination of developments at national level.

In any case, although we adopt the perspective chosen by Lyon-Caen at a time when a form of European-level collective bargaining appeared to be an unattainable goal,[509] it should be noted that an assessment carried out based on specific criteria (*i.e.* aimed at avoiding that the practice is improperly treated on the same footing as the phenomenon of collective autonomy as emerged over time in the various national industrial relations systems) is expected to point out the innate weakness of the autonomous social dialogue.

4. Inborn weakness of the autonomous social dialogue (and the relentless decline of the institutional social dialogue).

At the moment of the entry into force of the Treaty of Lisbon, some commentators had already regarded the provision contained in Article 152 TFEU as a driver for increased autonomy in the European social dialogue. From this 'light' perspective, the provision could have led 'towards increased autonomy and independence from dialogue as codified in Article 154 TFEU, [with] gradual emancipation […] from the forms of social actors' participation in EU law making in the social field, institutionalised by the latter provision'.[510] Some other scholars had pointed out that the synergy between Article 152 TFEU and the inclusion of fundamental social rights into EU primary legislation would lead to dealing with the paradox of the exclusion of competence, as per Article 153(5), encouraging an institutional intervention to support collective bargaining 'as a reliable and uniform source of transnational autonomous regulation', for instance with a view to promoting the conclusion of 'a framework agreement on actors' representativeness, conflict rules, or pay'.[511]

However, none of this occurred and, as stated by the European Commission itself in the last synthesis report on the state of industrial relations in Europe, 'the development of the financial and economic crisis impacted industrial relations in many Member States and this has left clear marks in the quality and dynamism of social dialogue at EU level'.[512] The lack of relevant developments in the autonomous sectoral social dialogue during the years of the crisis is thus acknowledged by

---

[507] E. Léonard, *European Sectoral Social Dialogue: An Analytical Framework*, in *International Journal of Industrial Relations*, 2008, 14, 4, pp. 409 ff. A similar interpretation was provided also by F. Alacevich, *Promuovere il dialogo sociale. Le conseguenze dell'Europa sulla regolazione del lavoro*, Firenze, 2004.

[508] P. Marginson, K. Sisson, *European Integration*, cit., p. 103.

[509] *Supra*, footnote 39.

[510] B. Caruso, A. Alaimo, *Il contratto collettivo*, cit., p. 13.

[511] B. Veneziani, *L'art. 152*, cit., p. 258.

[512] European Commission, *Industrial Relations in Europe 2014*, Luxembourg, 2015, p. 135.

the European Commission itself, which however keeps being rather optimistic about the future of such dialogue.[513]

It is right to believe that also such optimism is unjustified.[514] The employer side traditionally opposes any institutional intervention aimed at modifying the applicable legislative framework and the system within which the European social dialogue takes place.[515] The pattern of autonomous social dialogue that has consolidated so far, beyond the drawbacks occurred in recent years, is still based on a weak form of Europeanisation, with industrial relations almost lacking any relevance within the EU, which mostly features the use of a 'soft type of regulations and the non binding character of the majority of its products, with consequent problems of implementation'.[516]

The economic and financial crisis – as well as the responses provided by the EU, which mainly hinged upon austerity principles – has discouraged the weak attempts made to coordinate wage policies.[517] Such interventions remained limited from the geographical and sectoral point of view, in addition to proving mostly ineffective.[518] They appear to be curbed since the onset by the macroeconomic scenario of the Eurozone, which redoubles gaps and divergences affecting competition patterns of national economies (between northern 'creditor' countries and southern 'debtor' countries, as well as between eastern Europe and western Europe), thus providing incentives actually against the implementation of forms of supranational coordination of collective wage bargaining.[519] The Euro Plus Pact, a sort of *summa* of neoliberal (and ordoliberal) precepts,[520] recommends the decentralisation of wage bargaining at the level at which productivity increases are measured (in order to bring pay patterns in line with them). By doing so, it sets goals being just the opposite of those that can be achieved by European coordination processes with at least a minimum level of relevance.[521]

---

[513] Such optimism can be found, albeit rather superficially, also in the so-called 'European Pillar of Social Rights': cf. COM(2017) 250 final, which, as is known, is at the basis of the political process that led to the solemn inter-institutional proclamation of Gothenburg in November 2017 (cf. S. Giubboni, *Appunti e disappunti sul pilastro europeo dei diritti sociali*, in *Quaderni costituzionali*, 2017, 4, pp. 953 ff.). It should be noted that, in spite of such seemingly promotional approach, the European Commission, with a letter dated 5 March 2018 and addressed to the signatory parties, unexpectedly decided not to meet the joint request by the social partners themselves to implement, by Council 'decision', the framework agreement on information and consultation rights of public employees in Europe of 21 December 2015, which represents one of the few examples of somehow relevant sectoral social dialogue in recent years.

[514] For a different assessment, cf. S. Sciarra, *Solidarity and Conflict. European Social Law in Crisis*, Cambridge, 2018, p. 22.

[515] Concerns about institutional interference in the excluded matters, in particular in the framework of pay, are expressed also by ETUC, which has reiterated on several occasions that 'Wage setting is to remain a national matter and be dealt with according to national practices and industrial relations systems' (*A Social Compact for Europe*, resolution adopted by the Executive Committee at its meeting on 5-6 June 2012).

[516] L. Bordogna, R. Pedersini, *What Kind of Europeanization?*, cit., p. 201.

[517] Ibid., p. 197.

[518] Ibid., p. 200.

[519] Cf. S. Deakin, *Social Policy, Economic Governance and EMU. Alternatives to Austerity*, in N. Bruun, K. Lörcher, I. Schömann (eds.), *The Economic and Financial Crisis*, cit., pp. 83 ff.

[520] Cf. the excellent analysis by L. Oberndorfer, *A New Economic Governance through Secondary Legislation? Analysis and Constitutional Assessment: From New Constitutionalism, via Authoritarian Constitutionalism, to Progressive Constitutionalism*, in N. Bruun, K. Lörcher, I. Schömann (eds.), *The Economic and Financial Crisis*, cit., pp. 25 ff.

[521] Cf. once again S. Deakin, *Social Policy*, cit., pp. 92 ff., according to whom the inter-governmental agreement of March 2011 crystallised austerity policies with regard to wage bargaining, with an internal competitive devaluation strategy recommended above all by the 'debtor' countries of the European periphery as the only way to recover competitiveness within the EU. Cf. also S. Sciarra, *Solidarity and Conflict*, cit., pp. 32 ff.

In this context, the future of institutional collective macro-bargaining, governed by Articles 154 and 155 TFEU, looks similar. Such bargaining has indeed been affected by the same seemingly relentless decline that was experienced by EU social legislation through directives, a process of decline that gathered momentum following the EU's biggest enlargement started in 2004.[522] This pattern of dialogue between the social partners at supranational level is indeed a key instrument for social legislation. This 'regulatory resource' of the EU legislative framework –[523] a form of 'institutional' bargaining inasmuch as it is necessary for the supranational legislative process – has been struck by the crisis, which has affected the harmonisation pattern by means of directives, no longer adopted by EU institutions, as recently confirmed by the so-called 'European Pillar of Social Rights'.[524]

After an initial, relatively successful phase, marked by the two directives on atypical work, adopted in the second half of the 1990s,[525] also social dialogue and inter-sectoral collective macro-bargaining at pan-European level have experienced a relentless decline, ending in a stalemate. Once the European Commission's default legislative initiative has been eliminated, employers' organisations are not so incentivised to negotiate; from their part, trade unions, which acted as a relatively united and homogeneous front until the enlargement, are now torn apart by internal rifts and conflicts reflecting the numerous dividing lines brought about by the crisis.

What Paul Craig – when analysing the new 'liquid hierarchy'[526] of EU law sources – aptly defined as 'the shift from legislation to contract'[527] is undoubtedly a far different phenomenon from the goal of enhancing quasi-legislative collective bargaining, initially set in the Agreement on Social Policy annexed to the Protocol on Social Policy of the TEU. The phenomenon identified by Craig rather concerns the displacement of the sources that can be linked to the traditional Community method, and the emergence of sources characterised by the prevalence – in the framework of the EU's new economic governance – of post-democratic regulatory patterns of an intergovernmental and asymmetrical nature. Such patterns are to be found mainly outside the channels of EU rule of law (as in the case of the so-called 'memoranda of understanding'), thus falling outside the supervision by, on the one hand, the European Parliament and, on the other, the Court of Justice of the European Union (CJEU).[528]

[522] Cf. S. Giubboni, *The Rise and Fall of EU Labour Law*, in *European Law Journal*, 2018, 1, pp. 1 ff.

[523] Cf. A. Lo Faro, *Funzioni e finzioni della contrattazione collettiva comunitaria*, cit., pp. 237 ff.

[524] The 'comatose state' of European institutionalised collective macro-bargaining is harshly criticised by A. Lo Faro, *Bargaining in the Shadow of Optional Framework? The Rise of Transnational Collective Agreements and EU Law*, in *European Journal of Industrial Relations*, 2012, 18, 2, pp. 153 ff., here p. 154.

[525] R. Dukes, C. Cannon, *The Role of Social Partners*, cit., pp. 93 ff., identified three evolution – or rather involution – steps of the European social dialogue, highlighting the stalemate that has affected quasi-legislative collective bargaining mainly since 2010.

[526] The metaphor, undoubtedly inspired by Bauman, was provided by F. Martelloni, *Gerarchia "liquida" delle fonti del diritto del lavoro*, in L. Nogler, L. Corazza (eds.), *Risistemare il diritto del lavoro. Liber Amicorum Marcello Pedrazzoli*, Milano, 2012, pp. 433 ff.

[527] P. Craig, *Economic Governance and the Euro Crisis: Constitutional Architecture and Constitutional Implications*, in M. Adams, F. Fabbrini, P. Larouche (eds.), *The Constitutionalization of European Budgetary Constraints*, Oxford and Portland, OR (USA), 2014, pp. 19 ff., here p. 29.

[528] In this regard, cf. in detail L. Oberndorfer, *A New Economic Governance*, cit., pp. 29 ff., as well as I. Schömann, *Changes in the General European Legal Framework*, in N. Bruun, K. Lörcher, I. Schömann (eds.), *The Economic and Financial Crisis*, cit., pp. 11 ff.

5. New economic and financial governance, and common 'neoliberal trajectories'.

The global financial crisis has had – and continues to have – a rather uneven impact on EU Member States' economies, worsening the progressively diverging trends that still pose a potential threat to the Eurozone. Also the impact on the various industrial relations systems of EU Member States, and of Eurozone countries in particular, has been extremely uneven; however, in this regard too, it is possible to identify some features, or at least some basic trends or trajectories, that seem to be common to all the national contexts during the crisis.

One of the most evident features – which is perhaps also the most significant aspect of what Baccaro and Howel have defined as the common neoliberal trajectory of industrial relations systems in Europe –[529] is undoubtedly the gradual erosion of multiemployer collective bargaining and notably of the role (already pivotal in the main economies of the Eurozone) of branch-specific or sectoral collective agreements. The crisis has certainly strengthened the tendency, already in place for a long time, towards the gradual weakening of centralised wage bargaining, mainly in terms of coverage,[530] while reinforcing the role of decentralised bargaining (mainly the firm-level one). It is not by chance that the rather heterogeneous, albeit increasingly pervasive, constellation of different guidelines, recommendations, 'constraints' that is usually referred to as 'new European economic governance' (of which the abovementioned Euro Plus Pact represents a particularly symbolic example) is more and more explicitly in favour of decentralised bargaining.

The case of Germany – the reluctant and selfish economic hegemon of the EU – provides an important example as concerns the impressive scope of such tendency towards businesses' gradual withdrawal from sectoral bargaining (which, in just a few years, has indeed experienced a significant reduction in terms of coverage, thanks to the massive introduction of opt-out clauses), as well as towards a symmetrical enhancement of the relevance of decentralised bargaining.[531] However, Germany is not a one-off case, although it proves exceptionally relevant in view of the country's economic hegemony and of the extremely rapid and profound change that has affected the whole tradition of industrial relations. A measure like the statutory minimum wage, which – as is known – was introduced as of January 2015, could not have been implemented (regardless of the specific conditions of the political context that promoted it) without so significant a change in that country's industrial relations system.

Obviously, each system has followed the common neoliberal trajectory in a different way; the path undertaken by the countries that – like Greece, Portugal, or Spain – have 'benefitted' from the EU's 'conditional' financial assistance (in very different ways and amounts, as well as at very different times) features a strong national character (in addition to an evident acceleration triggered by the intervention of supranational authorities, embodied by the Troika).[532] However, the direction of change towards a generalised extension of employers' discretionary power – leading,

---

[529] *Supra*, footnote 2.

[530] Cf. also A. Jacobs, *Decentralisation of Labour Law Standard Setting and the Financial Crisis*, in N. Bruun, K. Lörcher, I. Schömann (eds.), *The Economic and Financial Crisis*, cit., pp. 171 ff.

[531] As to decentralised collective bargaining in Germany, cf. T. Haipeter, S. Lehndorff, *Decentralisation of Collective Bargaining in Germany: Fragmentation, Coordination and Revitalisation*, in *Economia & Lavoro*, 2014, 1, pp. 45 ff.

[532] Cf. the comparative analysis by F. Guarriello, *Legge e contrattazione collettiva in Europa: verso nuovi equilibri?*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 2017, 153, pp. 97 ff.

in the most blatant cases (such as the UK one), to the proper de-collectivisation of industrial relations – is very clear and supports Baccaro and Howell's argument for the existence of a common neoliberal trajectory, although, as is obvious, going along different institutional paths.[533]

The global financial crisis has thus undoubtedly strengthened such processes, which were already going on within the national systems, without however triggering proper processes of Europeanisation of collective and contractual relations. In many respects, the crisis has instead strengthened the push for differentiation – or even polarisation in extreme cases (as in the opposite economic poles of Greece and Germany) – based on competitive re-nationalisation approaches in relation to collective actors' responses concerning mainly (but not only) wages. Nor have collective bargaining systems remained immune from the 'competitiveness trap',[534] which – under strong pressure from fiscal consolidation and labour market 'structural reforms' recommended (and sometimes imposed) in the framework of the European economic governance – has pushed the various national systems into adopting competitive adjustment strategies often of a 'beggar-thy-neighbour' type, with 'increasing risks of downward competition'.[535]

On the other hand, also because of inaction by trade unions themselves,[536] there has been a substantial lack of that 'supranational oxygen' that, according to renowned scholars,[537] could have mitigated (at least partially) the increasing difficulties faced within the various industrial relations systems,[538] favouring the adoption of coordinated responses attempting at identifying common collective interests at European level. But such interest, which should have been driven by an inexistent European solidarity,[539] has actually not emerged; instead, as already observed, the push for the strengthening of dividing lines and fragmentation on a national basis has gathered momentum.

To continue with the metaphor, European economic and financial governance mechanisms – which have consolidated and become stronger and stronger as a response to the crisis, notably with the Six Pack, the Two Pack, and the Treaty on Stability, Coordination and Governance in the

---

[533] As effectively epitomised by the two authors, the argument is that 'institutions may change in a neoliberal direction while remaining allomorphic' (L. Baccaro, C. Howell, *Trajectories of Neoliberal Transformation*, cit., p. 14). The fact that the industrial relations systems have reacted in different ways, and in particular that 'some centre and northern countries have shown a high level of resilience (as observed by T. Treu, *La contrattazione collettiva in Europa*, cit., p. 403), does not refute the argument, as the impact of the crisis, as well as supranational influences themselves, has been strongly asymmetrical in nature, thus engendering divergences and polarisation between the two groups of countries. However, the direction of change is always the same, although it concerns different levels of resilience and capacity to adapt to the pressure from the political economy of the new European governance.

[534] L. Gallino, *La lotta di classe dopo la lotta di classe. Intervista a cura di P. Borgna*, Roma and Bari, 2012, p. 81.

[535] M. Carrieri, T. Treu, *Le relazioni industriali italiane ed europee: innovazioni da completare e convergenze da affinare*, in Idd., *Verso nuove relazioni industriali*, cit., pp. 7 ff., here p. 23. As to the internal competitive devaluation strategies implemented by EU Member States, in accordance with the austerity policies deployed through the European governance, cf. C. Crouch, *Entrenching Neoliberalism: The Current Agenda of European Social Policy*, in N. Countouris, M. Freedland (eds.), *Resocialising Europe in a Time of Crisis*, Cambridge, 2013, pp. 35 ff.; W. Streeck, *Buying Time. The Delayed Crisis of democratic Capitalism*, London, 2013, pp. 97 ff.

[536] Trade unions are extremely reluctant to delegate actual decision powers to the European level.

[537] G. Cella, *Difficoltà crescenti per le relazioni industriali europee ed italiane*, in *Stato e Mercato*, 2012, 94, 1, pp. 29 ff.

[538] Cf. once again G. Cella, *Quale futuro per la contrattazione collettiva?*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 2016, 150, pp. 217 ff., as well as C. Crouch, *Il declino delle relazioni industriali nell'odierno capitalismo*, in *Stato e Mercato*, 2012, 1, pp. 55 ff.

[539] S. Sciarra, *Solidarity and Conflict*, cit., pp. 133 ff.

Economic and Monetary Union –[540] have deprived trade unions of 'supranational oxygen'; trade unions, from their part, have experienced a gradual marginalisation of their role as institutional stakeholders, in spite of the general provision contained in Article 152 TFEU.[541] Whereas the so-called 'macroeconomic dialogue', set up in 1999 with the involvement of trade unions, has actually become less and less relevant,[542] 'the European Semester has progressively ignored the involvement of social partners'.[543]

However, without an active and actual involvement of trade unions in the European Semester, the provision contained in Article 152 TFEU and, above all, the so-called 'horizontal social clause' as per Article 9 will remain an empty shell, in which the pluralistic and participative tenets and the principle of respect for the social partners' collective autonomy have nothing but a mockingly rhetoric meaning. For this reason, Bruno Veneziani has called for the full enforcement of TFEU provisions, with the involvement of the social partners in the European Semester since the preparatory phase of the drafting, by the European Commission, of the annual report.[544]

The path towards re-launching the social dialogue in Europe should not consist of an abstract list of rights already enshrined in the EU's formal constitution, as has been the case with the inter-institutional proclamation of the Gothenburg European Pillar of Social Rights. It should instead be actually based on new European effective economic and public policies,[545] with the goal of reversing the disruptive and – in the long run – self-destructive drift of the ordoliberal austerity approach.[546]

---

[540] Cf. e.g. F. Fabbrini, *Economic Governance in Europe*, Oxford, 2016; S. Cafaro, *L'Unione economica e monetaria dopo la crisi*, Napoli, 2017; N. Maccabiani, *The Effectiveness of Social Rights in the EU. Social Inclusion and European Governance*, Milano, 2018.

[541] Cf. the harshly critical comments by F. Dorssemont, *Collective Action*, cit., p. 154.

[542] Cf. L. Bordogna, R. Pedersini, *What Kind of Europeanization?*, cit., pp. 200-201.

[543] S. Sciarra, *Solidarity and Conflict*, cit., p. 30.

[544] Cf. B. Veneziani, *Austerity Measures*, cit., p. 141.

[545] Cf. S. Deakin, *Social Policy*, cit., pp. 104-105.

[546] Cf. J. Hien, C. Joerges (eds.), *Ordoliberalism, Law and the Rule of Economics*, Oxford and Portland, OR (USA), 2017, pp. 1 ff.

Principi contesi e contese su principi. Gli effetti del principio di eguaglianza e non discriminazione nella giurisprudenza della Corte di Giustizia*

Marzia Barbera

1. Introduzione: la "questione federale". 176
2. In principio era Mangold. 177
3. I percorsi tortuosi del dopo Mangold. 180
4. Il principio di eguaglianza e non discriminazione ha carattere sussidiario? 185
5. Il caso Abercrombie. 187
6. Chi ha paura dell'effetto diretto? 188
7. Il revival dei contro-limiti e "l'identità costituzionale". 190

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 372/2018

1. Introduzione: la "questione federale".

Con la proclamazione nel 2000 della Carta europea dei diritti fondamentali, si era cominciato a ragionare su come la Corte di giustizia e le corti costituzionali nazionali avrebbero reagito alla "*federal question*"[547] sollevata dalla sua entrata in vigore e cioè all'interrogativo se l'adozione della Carta avesse o meno esteso le competenze dell'Unione europea oltre i limiti espressamente stabilito dai trattati, innescando un processo di *incorporation* strisciante[548]. Adopero qui il termine *incorporation* nel senso indicato da Joseph Weiler in uno scritto del 1986, vale a dire come un processo attraverso il quale principi fondamentali costruiti inizialmente come limiti al potere federale si impongono anche nei confronti dei singoli stati[549]. Se si rileggono le parole scritte da Joseph Weiler a proposito delle condizioni alle quali tale dottrina si impose negli Stati Uniti a partire dagli anni '20 del secolo scorso, si può rammentare che esse presupponevano due "ancore": la proclamazione di diritti umani fondamentali a livello centrale; la proiezione di tali diritti nelle giurisdizioni nazionali. Nell'esperienza statunitense queste "ancore" furono il *Bill of Rights* (i primi i dieci emendamenti alla costituzione americana introdotti nel 1791 a garanzia di una serie di libertà e diritti individuali dal potere federale) e la clausola d'eguaglianza sancita dal XIV° emendamento, che proteggeva i cittadini anche dalle violazioni perpetrate dagli Stati.

Al tempo dell'approvazione della Carta dei diritti fondamentali UE sembrava che tali condizioni fossero sul punto di realizzarsi, con i principi di eguaglianza e non discriminazione proclamati dalla Carta (artt. 20, 21 e 23) chiamati a svolgere la funzione specifica di "ancora" dei sistemi nazionali ai diritti proclamati a livello centrale.

Le cd. clausole orizzontali statuite agli artt. 51 e 52 della Carta UE costituiscono il tentativo di alcuni negoziatori del Carta di fornire una risposta negativa alla "*federal question*", col prevedere che le disposizioni della Carta potessero essere invocate solo nei limiti delle competenze attribuite all'Unione europea e alle condizioni e nei limiti definiti dai Trattati. Tuttavia, l'ambiguità delle formule utilizzate, ma soprattutto la mancanza di un reale consenso sugli effetti di "costituzionalizzazione" dei diritti fondamentali prodotti dalla Carta, hanno dato origine ad una contesa che è lungi dall'essere stata superata.

A questo riguardo è possibile fare riferimento a due diverse linee di ragionamento nella giurisprudenza della Corte di giustizia. La prima riguarda il primato e l'effetto orizzontale dei principi di uguaglianza e non discriminazione sanciti, in modo coordinato, dal diritto primario e secondario dell'Unione europea; la seconda riguarda l'effettiva portata dei limiti previsti dall'art. 51 della Carta. Qui ci occuperemo soprattutto della prima linea di ragionamento ma si dovrà necessariamente far riferimento anche alla seconda, giacché, negli articoli dedicati dalla Carta ai principi di eguaglianza e non discriminazione e nelle clausole orizzontali, sono in azione due spinte contrapposte: l'una ad espandere la portata dei diritti fondamentali, la seconda a contenerla. Questo doppio movimento sottopone la "questione federale" a una tensione non risolta e delinea un

---

[547] Cfr P. Eeckhout, *The EU Charter of Fundamental Rights and the Federal Question*, in *CMLR*, vol. 39, 2002, p. 945.

[548] Riprendo qui e nei paragrafi che seguono alcune considerazioni già svolte in M. Barbera, *Il principio di eguaglianza nel sistema europeo "multilivello"*, in Paciotti E. (a cura di), *I diritti fondamentali in Europa*, Roma, Viella, 2011.

[549] J. Weiler, *Eurocracy and distrust: some questions concerning the role of the European Court of Justice in the protection of fundamental human rights within the legal order of the European Communities*, in *Wash. L. Rev.*, 1986, p. 1103 ss. Per un raffronto fra il processo di *incorporation* statunitense e quello europeo v. F. Micheli, *Diritti fondamentali e* incorporation*: i diversi percorsi di Stati Uniti e Unione Europea*, in *OC,* 2017, n.1.

processo di ridefinizione dei confini delle competenze incerto e non lineare, come del resto incerto e non lineare è in questo momento lo stato dell'integrazione europea.

In questo processo, la giurisprudenza europea non sempre appare guidata da una salda teoria sui principi generali dell'Unione, né da una chiara visione del ruolo del principio di eguaglianza nel sistema europeo. Ciò, tuttavia, non ha impedito che si arrivasse alla costruzione di un circuito di giurisdizione europeo, costituito dalla Corte di giustizia e dai giudici nazionali, in grado di by-passare le giurisdizioni delle alte corti nazionali. Tale circuito assegna al giudice nazionale la funzione di interprete e garante dei principi fondamentali dell'Unione, anche quando ciò possa significare entrare in conflitto con le prerogative delle corti costituzionali nazionali, alcune delle quali non hanno, infatti, tardato a far sentire la loro opposizione.

Il fatto che tali sviluppi si situino dopo il tramonto della prospettiva di una costituzione europea, la cui entrata in vigore avrebbe risolto a priori almeno alcune delle dispute in corso, e dopo l'inserimento nel Trattato di Lisbona e nei protocolli aggiuntivi di clausole che rendono incerto il significato del principio di supremazia e il rapporto fra diritti fondamentali e principi generali dell'ordinamento, può spiegare perché il *disaccordo* sembri in questo momento la nota di fondo del dibattito europeo sui diritti fondamentali.

Se si volessero cercare le ragioni profonde di questo disaccordo, è possibile individuarne una, risalente nel tempo e mai veramente risolta, di natura politico - istituzionale, che attiene alla "battaglia sulle competenze" che vede impegnate la corte sovranazionale e le alte corti nazionali; e una più recente, di natura politico-culturale, che attiene a questioni di "identità valoriali". Come vedremo, in questa partita, il ruolo dei diritti fondamentali e dell'eguaglianza sembra essere quello di una "briscola" giocata dalla corte europea e dalle corti domestiche per riaffermare il proprio ruolo di interpreti ultimi dei *diritti* e del *diritto*.

2. In principio era Mangold.

Secondo una delle prime letture dei principi di eguaglianza e non discriminazione sanciti dalla Carta nonostante la Carta superasse il limite principale dell'art. 13 (ora 19) del Trattato (statuente una serie espressa di divieti di discriminazione ma non un diritto soggettivo a non essere discriminati azionabile in via diretta), a causa delle restrizioni poste dalle clausole orizzontali (artt. 51 e 52), tali principi avrebbero potuto essere invocati solo se la disparità di trattamento si fosse verificata in una delle aree di competenza della Comunità e alle condizioni e nei limiti definiti dai trattati stessi[550]. Altri avevano, però, fatto osservare la particolare natura del principio di eguaglianza e non discriminazione, il suo essere una "non materia", un meta-principio che taglia trasversalmente le sfere di competenza dell'Unione Europea e degli Stati membri. Poiché, in virtù dell'inclusione di una Carta dei diritti fondamentali nell'ordinamento dell'Unione, tale principio diventava espressamente parte integrante di quel sistema legale, non era parso azzardato prevedere che esso avrebbero potuto essere il "grimaldello" in grado di scardinare l'assetto ipotizzato

[550] V. J. Kenner, *Economic and Social Rights in the EU Legal Order: The Mirage of Indivisibility*, in T. Hervey, J. Kenner (eds.), *Economic and Social Rights under the EU Charter of Fundamental Rights. A Legal Perspective*, Hart Publishing, Oxford-Portland, 2003, p. 19; F. Ghera, *Il principio di eguaglianza nella costituzione italiana e nel diritto comunitario*, Cedam, Padova, 2003, p. 95; K. Lenaerts, E. De Smijter, *A "Bill of rights" for the European Union*, in CMLR, 2001, p. 285.

dagli Stati Membri "signori" dei Trattati ed estensori della Carta[551].

Il caso *Mangold*[552] e la sua progenie, nei quali la Corte si trova a decidere per la prima volta in merito ai nuovi fattori di discriminazione introdotti dagli artt. 19 del Trattato CFUE e 21 della Carta, e precisamente in merito ai divieti di discriminazione basata sull'età, ha confermato tale previsione. Quello che forse non era prevedibile era l'asprezza del conflitto che ha visto opporsi in questi anni la corte europea e le corti nazionali e la rottura di quel consenso politico e di quella cooperazione fra istituzioni comunitarie e società civile che avevano portato alla rapida approvazione, agli inizi del 2000, delle nuove direttive antidiscriminatorie e al conseguente ampliamento della portata della tutela antidiscriminatoria. Tali conflitti, come si vedrà, sono anche il riverbero di conflitti che si sono svolti in altri ambiti: si pensi alla "sfida costituzionale" che si è svolta in questi anni a proposito delle misure di *austerity* adottate in risposta alla crisi dei debiti sovrani, con la quale quali i cittadini europei hanno cercato di ottenere dalle loro corti costituzionali una risposta a domande di tutela rimaste inascoltate dalla Corte di giustizia. Qui il fuoco dell'analisi sarà la giurisprudenza in tema di eguaglianza e non discriminazione, perché essa è il crocevia di molteplici questioni: assetto delle fonti e delle competenze, natura e funzioni dei principi generali, portata dei diritti fondamentali, limiti opponibili all'autonomia privata, riconoscimento delle differenze nazionali.

All'inizio di queste complesse vicende, come si è detto, sta il caso *Mangold,* il primo nel quale la Corte si trovi a decidere sui nuovi divieti di discriminazione stabiliti dalla Direttiva n. 2000/78, e precisamente sull'asserita violazione del divieto di discriminazioni fondate sull'età a opera di una legge adottata dal legislatore tedesco che stabiliva una differenza di trattamento basata sull'età in merito alla reiterabilità di contratti a termine. In *Mangold,* la Corte inverte il ragionamento usualmente seguito nella sua giurisprudenza in tema di eguaglianza. Mentre in passato essa era partita dagli espressi, specifici divieti di discriminazione contenuti nel Trattato, per arrivare a riconoscere all'eguaglianza lo status di "*principio fondamentale dell'ordinamento comunitario*"[553], questa volta il cammino è inverso: è il principio di eguaglianza, ed in particolare il principio generale della parità di trattamento in ragione dell'età, la cui fonte è rinvenibile in strumenti internazionali e nelle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, che dà fondamento giuridico autonomo ai divieti di discriminazione, a prescindere dalla loro interdizione espressa nel Trattato e nel diritto derivato.

La conseguenza che ne trae la Corte è che:

"Il rispetto del principio generale della parità di trattamento, in particolare in ragione dell'età, non dipende, come tale, dalla scadenza del termine concesso agli Stati membri per trasporre una direttiva intesa a stabilire un quadro generale per la lotta alle discriminazioni … Ciò considerato, è compito del giudice nazionale, adito con una controversia che mette in discussione il principio di non discriminazione in ragione dell'età, assicurare, nell'ambito della sua competenza, la tutela

[551] Cfr. M. Barbera, *The Unsolved Conflict: Reshaping Family Work and Market Work in the EU Legal Order*, in in T. Hervey, J. Kenner (eds.), *Economic and Social Rights under the EU Charter of Fundamental Rights. A Legal Perspective*, *op.cit*., p. 152.

[552] Sentenza del 22 novembre 2005, Mangold, C-144/04, EU:C:2005:709.

[553] Si vedano Sentenza del 19 ottobre 1977, Ruckdeschel, C-117/76 e C-16/77, EU:C:1977:160 e Sentenza del 19 ottobre 1977, Moulins Pont-à-Mousson, C-124/76 e C-20/77, EU:C:1977:161 tutte e due in tema di divieti di discriminazione nel mercato agricolo. Nello stesso senso la Corte si era pronunciata anche in riferimento al divieto di discriminazioni basate sulla nazionalità nella Sentenza del 22 giugno 1972, Frilli, C-1/72, EU:C:1972:56, e in riferimento alle discriminazioni di sesso in Sentenza del 8 aprile 1976, Defrenne, C-43/75, EU:C:1976:56 e Sentenza del 15 giugno 1978, Defrenne, C-149/77, EU:C:1978:130 (Defrenne II e Defrenne III).

giuridica che il diritto comunitario attribuisce ai singoli, garantendone la piena efficacia e disapplicando le disposizioni eventualmente configgenti della legge nazionale … anche quando il termine di trasposizione della detta direttiva non è ancora scaduto".

Dunque, sembra dire la Corte, in quanto specificazione di un principio di eguaglianza che esiste indipendentemente dalle direttive, i divieti di discriminazione vivono di una vita propria, che prescinde dai comportamenti attuativi o omissivi degli Stati membri e prescinde anche dall'assetto presente e futuro delle competenze. Dalla natura precisa e incondizionata di tale principio discende la conseguenza che anche le specificazioni del principio stesso possono spiegare i propri effetti su tutti i consociati ed essere dunque invocate dai privati verso lo Stato e dai privati verso altri privati. Il giudice nazionale è perciò tenuto a garantire piena efficacia a tale principio e a disapplicare ogni disposizione di legge nazionale contraria.

Si finisce, per questa strada, con l'attribuire ad una direttiva non ancora trasposta un effetto equivalente all'efficacia diretta orizzontale delle direttive trasposte nel diritto nazionale, in un giudizio che oppone due privati. Che sia in ultimo la direttiva quadro, e non (solo) il principio generale d'eguaglianza, a fungere da parametro interpretativo di riferimento per il giudice nazionale è dimostrato dal richiamo espresso che la Corte opera alle disposizioni della direttiva stessa, e in particolare a quelle dell'art. 6, che individuano le ipotesi di giustificazione legittima delle distinzioni basate sull'età.

Nei molti commenti critici che seguono alla sentenza, la dottrina fa subito rilevare come l'impossibilità di superare la teoria dell'effetto diretto solo verticale delle direttive (e cioè operante solo nel rapporto stato-cittadini e non nei rapporti inter-privati) trovi origine nella diversa natura conferita ai poteri della Comunità da atti come i regolamenti e le direttive[554]. Quello che si manca di osservare, però, è che, nella decisione della Corte, gli effetti orizzontali sono collegabili *non alla direttiva in sé*, ma all'operare del principio di eguaglianza e non discriminazione.

La valenza costituzionale del principio di eguaglianza non riguarda, *in fieri,* solo la sua portata *erga omnes,* la sua efficacia soggettiva, ma la sua stessa estensione, vale a dire il suo ambito oggettivo di applicazione. È insito nel principio di eguaglianza il rendere giudizialmente sindacabile *qualsiasi* differenza di trattamento ingiustificata, giacché quello che il principio impone, in quanto *principio sulla produzione di regole*, è di non trattare in modo diverso situazioni analoghe e in modo analogo situazioni diverse, salvo che una differenza di trattamento sia obiettivamente giustificata[555]. Così inteso, il controllo d'eguaglianza finisce per assumere nell'ordinamento europeo una latitudine simile a quella che riveste negli ordinamenti costituzionali nazionali rispetto a qualsiasi differenziazione normativa, a prescindere dall'esclusione o dall'inclusione del criterio impiegato nella lista dei fattori espressi di discriminazione, e senza che rilevino la fonte o la natura delle competenze nel cui esercizio l'atto sia stato adottato.

In *Mangold* su questo punto permane, in verità, una certa dose di ambiguità. Da una parte la Corte, riallacciandosi alla sua assestata dottrina in tema di campo di applicazione dei principi generali del diritto comunitario, ricorda che il principio di eguaglianza trova applicazione perché la normativa nazionale in questione rientra nella sfera del diritto comunitario, in quanto misura di

[554] Si. v., fra gli altri, Editorial Comment*, Horizontal direct effect - A law of diminishing coherence?*, in *CMLR*, 2006, p. 1 ss.

[555] Sentenza del 19 ottobre 1977, Ruckdeschel*, cit.*

attuazione della direttiva 1999/70 in tema di contratti a tempo determinato; dall'altro la Corte, qualche riga più avanti, e contraddicendo se stessa, afferma che la normativa contestata non è in alcun modo collegata con la medesima direttiva, essendo giustificata non già dalla necessità di applicare la direttiva ma da quella di incentivare l'occupazione delle persone anziane.

In ogni caso, che le implicazioni di *Mangold* siano di vasta portata e non riguardino soltanto le questioni più dibattute all'indomani della sentenza (vale a dire, l'effettiva sussistenza o meno, nel diritto comunitario, di uno specifico principio fondamentale che vieti le discriminazioni basate sull'età, la mancanza o meno di effetti diretti orizzontali delle direttive) è risultato subito chiaro in quella che può forse considerarsi come la critica più severa alle conclusioni della *Grand Chambre* in *Mangold*. Si tratta dell'Opinione dell'Avvocato generale Geelhoed nella causa *Chacon Navas* in tema di discriminazioni basate sulla disabilità[556]. Secondo Geelhoed, il rischio di un'interpretazione estensiva della portata del principio di non discriminazione era quello travalicare i limiti stabiliti dal Trattato alle rispettive competenze della Comunità e degli Stati Membri. L'Avvocato generale si riferiva, in particolare, alla possibilità di estendere in via interpretativa la lista dei divieti espressamente enunciati dal Trattato all'art. 19, in quanto espressione tutti del principio generale di eguaglianza, ma la sua preoccupazione riguardava, più in generale, la possibilità che i divieti di discriminazione, così intesi, si trasformassero in una "*leva di Archimede*" in grado di *"correggere, senza l'intervento degli autori del Trattato o del legislatore comunitario, le valutazioni fatte dagli Stati membri nell'esercizio delle competenze di cui – tuttora – dispongono* ". In tal modo, l'ampio margine di valutazione discrezionale di cui gli Stati godono nella scelta delle misure atte a realizzare i loro obiettivi, ad esempio in materia di politica occupazionale, rispetto alla quale la Comunità *"dispone tutt'al più di competenze parziali, ma più spesso complementari"*, verrebbe ridotto al di là di quanto non consenta l'attuale riparto di competenze.

Come avviene in molti casi, le argomentazioni della Corte sono molto più concise di quelle dell'Avvocato generale. Ma la Corte non si sottrae al suo richiamo alla prudenza. In un conciso ma significativo passaggio, i giudici precisano che:

«È ben vero che nel novero dei diritti fondamentali che costituiscono parte integrante dei principi generali del diritto comunitario compare segnatamente il divieto generale di discriminazione…Da ciò non consegue tuttavia che l'ambito di applicazione della direttiva 2000/78 debba essere esteso per analogia al di là delle discriminazioni fondate sui motivi enunciati in modo esaustivo nell'art. 1 di quest'ultima»[557].

3. I percorsi tortuosi del dopo Mangold.

La decisione *Chacon Navas* apre più problemi di quanti non ne chiuda. Il senso della decisione non è del tutto chiaro. È possibile che la Corte abbia voluto far ritorno a *Grant*[558] e che perciò, come aveva già fatto allora, quando si era rifiutata di estendere in via interpretativa il divieto di discriminazioni di genere alle discriminazioni basate sull'orientamento sessuale, non si sia voluta sostituire al legislatore nel sanzionare come illecito per il diritto un ulteriore fattore di discriminazione, non menzionato espressamente nella legislazione comunitaria. Ma è anche possibile che

[556] Conclusioni dell'Avvocato generale Geelhoed del 16 marzo 2006, Chacon Navas, C-13/05, EU:C:2006:184.
[557] Sentenza del 11 luglio 2006, Chacon Navas, C-13/05, EU:C:2006:456.
[558] Sentenza del 17 febbraio 1998, Grant, C-249/96, EU:C:1997:449

essa abbia voluto compiere un passo indietro rispetto all'implicazione di maggior portata di *Mangold* e cioè, come si è detto, rispetto alla possibilità di introdurre un sindacato di eguaglianza diffuso, simile a quello esercitato dalle corti costituzionali europee e dalla Corte Suprema nordamericana.

Che la Corte esiti a proseguire su questa strada è comprensibile, ma ciò che ne deriva, nelle cause seguenti, è una giurisprudenza oscillante e incerta non solo sui grandi principi e sulla teoria delle fonti (il rapporto fra principi generali e direttive, la portata del primato del diritto dell'Unione, il superamento o meno della teoria tradizionale dell'effetto diretto) ma anche sulle specifiche questioni che il nuovo diritto antidiscriminatorio pone, e in particolare sul rapporto fra principio generale di eguaglianza e divieti espressi di discriminazione e sulla profondità del controllo giudiziale nell'applicazione del primo e dei secondi.

Si tratta, per molti aspetti, di questioni discusse animatamente anche a livello degli ordinamenti nazionali e che, in questo caso, il dissenso emerga in modo esplicito non solo nel dibattito dottrinale ma anche nelle opinioni degli avvocati generali, è emblematico. Le opinioni fanno risaltare più di quanto non accada nella fase della decisione (tanto più per l'assenza dello strumento dell'opinione dissenziente) il fatto che, in un'Unione di 28 Stati membri, la Corte stessa è il riflesso della diversità culturale, prima ancora che giuridica, dei sistemi nazionali, oltre che della personale formazione dei suoi componenti.

Il raffronto fra le opinioni degli avvocati generali nei casi *Palacios de la Villa*[559]*, Coleman*[560]*, Bartsch*[561]*, Kücükdeveci*[562] mostra una spaccatura netta sul modo di intendere il principio d'eguaglianza e il ruolo del controllo giudiziale, tanto da far concludere a uno studioso francese che non esiste neppure un consenso minimo, nel sistema eurounitario, sul senso, la funzione e la portata di un principio così importante[563].

Nelle decisioni successive a *Mangold,* comunque*,* la questione principale sembra essere divenuta quella di chiarire i limiti che la Corte incontra nell'esercizio delle sue funzioni d'interprete del principio di eguaglianza e non discriminazione ovvero, ed è lo stesso, dei limiti che il diritto europeo incontra rispetto al diritto nazionale.

---

559 Conclusioni dell'Avvocato generale Mazák del 15 febbraio 2007, Palacios de la Villa, C-411/05, EU:C:2007:106.

560 Conclusioni dell'Avvocato generale Poiares Maduro del 31 gennaio 2008, Coleman, C-303/06, EU:C:2008:61.

561 Conclusioni dell'Avvocato generale Sharpston del 22 maggio 2008, Bartsch, C-427/06, EU:C:2008:297.

562 Conclusioni dell'Avvocato generale Bot del 7 luglio 2009, Kücükdeveci, C-555/07, EU:C:2009:42

563 D. Martin, *De Mangold à Bartsch: heurts et malheurs di principe d'égalité en droit communautaire*, in *JTT,* 2008, p. 427. Vi è chi ritiene che il principio d'eguaglianza non sia in grado di estendere la latitudine del campo di applicazione materiale dell'art. 13 (ora art. 19), o sembra mettere in discussione persino che esista nell'ordinamento un principio generale di non discriminazione (Màzak); chi, non solo ne riafferma l'esistenza, ma sostiene che lo stesso art. 13 (ora art 19) e la normativa adottata su questa base debbano essere letti e interpretati alla luce del principio generale e dei valori ad esso sottesi, vale a dire la dignità umana e l'autonomia della persona (Poiares Maduro). In mezzo si situa una posizione difficile da comprendere: quella secondo la quale "*il principio generale di uguaglianza opera in talune circostanze nel senso di vietare la discriminazione fondata sull'età ma non esiste, dall'inizio, un principio distinto e specifico di diritto comunitario che ha sempre vietato la discriminazione in ragione dell'età*" (Sharpston). Infine, vi è chi imbocca una via mediana, per concludere che il principio di non discriminazione è un principio fondamentale del diritto comunitario perché questo è quello che dice l'evoluzione del diritto comunitario e questo è quello che dice la volontà espressa dagli Stati membri e dalle istituzioni comunitarie di favorire tale evoluzione (Bot).

La posizione espressa in proposito in *Bartsch* è netta. *"Il diritto comunitario non contiene un divieto di qualsiasi discriminazione fondata sull'età di cui i giudici degli Stati membri devono garantire l'applicazione allorché il comportamento eventualmente discriminatorio non presenta alcun nesso con il diritto comunitario"*[564]. La Corte, dunque, si pone nel solco della sua dottrina tradizionale: perché essa possa conoscere una controversia e rendere una decisione, occorre che la causa principale ricada nel cono d'ombra del diritto dell'Unione. La Corte ritiene che nessuno dei classici criteri di collegamento sia presente nella causa principale; in particolare, ritiene che né la direttiva 2000/78 né l'art. 19 del Trattato TFUE consentano di ricollegare, di per sé, la situazione oggetto della causa all'ambito di applicazione del diritto europeo. La prima, *ratione temporis,* perché, al tempo dei fatti, doveva ancora essere recepita nel diritto interno; il secondo, *ratione materiae*, "*perché non è di per sé idoneo a collocare nell'ambito di applicazione del diritto comunitario, situazioni che non rientrano nell'ambito delle misure adottate sulla base di detto articolo*".

Tralasciando qui l'analisi della natura dell'art. 19, la circostanza, richiamata dalla Corte, che la direttiva 2000/78/CE non fosse ancora scaduta al tempo in cui è insorto il caso non appare un argomento decisivo, se si tiene presente che anche in *Mangold* la direttiva non era ancora stata trasposta e che, come si è visto, anche in quel caso il nesso con il diritto UE era molto labile. In realtà, la questione cruciale che la Corte omette di affrontare è se tale nesso non possa essere istituito proprio dalla direttiva stessa e che cosa comporti l'obbligo di dare attuazione al principio generale di eguaglianza e non discriminazione, che preesiste alla direttiva e allo stesso art. 19.

La questione viene posta nel caso *Kücükdeveci* dal giudice nazionale remittente, il quale chiede alla Corte di chiarire se l'eventuale esistenza di una discriminazione diretta connessa all'età debba essere valutata sulla base del diritto primario dell'Unione, come "*sembra suggerire* la *sentenza Mangold*", oppure alla luce della direttiva 2000/78. Il giudice pone poi un'ulteriore questione, relativa alla necessità o meno di passare da una pronuncia della Corte di giustizia prima di disapplicare la normativa nazionale, in modo da salvaguardare la certezza del diritto e le aspettative dei singoli[565].

Mentre la risposta della Corte su quest'ultimo quesito è quanto mai chiara, lo stesso non può dirsi per quanto riguarda il primo. La Corte statuisce in modo netto e conciso che, in virtù del principio del primato, il giudice nazionale, investito di una controversia tra privati, ha il compito di garantire il rispetto del diritto dell'Unione, disapplicando, se necessario, qualsiasi disposizione contraria della normativa nazionale, indipendentemente dalla sottoposizione alla Corte di una questione pregiudiziale sull'interpretazione di tale principio ed anche indipendentemente dalle modalità che si impongono al giudice nazionale, nel diritto interno, per poter disapplicare una disposizione nazionale che ritenga contraria alla costituzione[566].

Ma di quella diritto dell'Unione si tratta? Del principio generale o della direttiva? La risposta si pone nel mezzo: il diritto da far rispettare è *"il principio di non discriminazione in base all'età, quale espresso concretamente dalla direttiva 2000/78*". Il rapporto in cui si pongono principio e direttiva è di tipo circolare: da un lato, è il principio generale a dotare le prescrizioni della direttiva della posizione nella gerarchia delle fonti tipica del diritto primario, con la conseguente possibilità

[564] Sentenza del 23 settembre 2008, Bartsch, C-427/06, EU:C:2008:517.

[565] Sentenza del 19 gennaio 2010, Kücükdeveci, C-555/07, *cit.*

[566] Tale obbligo incombe al giudice nazionale indipendentemente dall'esistenza, nel diritto interno, di disposizioni che gli attribuiscono la competenza al riguardo (sentenza del 7 settembre 2006, Cordero Alonso, C-81/05, EU:C:2006:529).

di farle valere nei rapporti fra i privati; dall'altra, è la direttiva*, attraverso il suo campo di applicazione*, a consentire, una volta spirato il termine per la sua trasposizione, che la normativa nazionale rientri nell'ambito del diritto europeo.

La Corte si rifà nella motivazione alla sentenza al precedente *Defrenne II*[567] *,* ma l'analogia regge solo in parte: *Defrenne II* era stata l'occasione per enunciare la dottrina dell'applicabilità diretta del principio generale di eguaglianza di genere anche sul piano dei rapporti fra i privati, mentre alle direttive veniva affidata la funzione di specificare il principio e facilitarne l'applicazione; in *Kücükdeveci,* la forza e la portata di un principio generale viene costretto nel letto di Procuste delle condizioni (anche temporali) di efficacia del diritto derivato. Ma, al tempo stesso, è la direttiva ad attrarre il caso nell'orbita del diritto europeo e, dunque, a consentire l'applicazione del principio di eguaglianza. Gli effetti diretti, per altro, riguardano non solo il principio di non discriminazione ma l'intero sistema di attuazione del principio previsto dalla direttiva (sanzioni, protezione dalle ritorsioni, etc.), confermando, anche in quest'ambito, l'importanza che i rimedi assumono, nella visione della Corte, quali strumenti di riaffermazione del primato del diritto dell'Unione.

Il risultato è una formula ambigua, che rischia di passare per un'ennesima eccezione delle tante create dalla giurisprudenza europea alla regola della mancanza di effetti diretti orizzontali delle direttive[568]. In verità, la distinzione che la Corte traccia, fra effetti di una direttiva ed effetti del principio generale di cui la direttiva è espressione, è una distinzione abbastanza artificiale. Se a tale distinzione si accompagna la precisazione che una situazione rientra nell'ambito di applicazione del diritto dell'UE ogni volta che la normativa nazionale ad essa applicabile riguardi una materia rientrante nell'ambito di applicazione di una direttiva, ciò alla fine corrisponde al fare rientrare dalla porta quello che era uscito dalla finestra, vale a dire effetti diretti orizzontali e disapplicazione del diritto nazionale per difformità dal diritto dell'UE.

Questo rapporto di circolarità fra nome di diritto primario e norme di diritto secondario è difficilmente comprensibile se lo si guarda dal punto di vista delle teorie tradizionali delle fonti, secondo le quali sarebbe da escludere sia che l'efficacia di una fonte di diritto primario (la Carta) possa dipendere da quella di una norma secondaria (la direttiva), sia che una fonte di diritto primario possa conferire i propri effetti ad una fonte di diritto secondario. Diventa, invece, comprensibile, e persino condivisibile, se lo si guarda dal punto di vista delle teorie dell'interpretazione[569], che ritengono che un sistema coerente delle fonti sia irrealizzabile e che si debba far riferimento ai principi fondamentali, a cominciare dal principio di eguaglianza e non discriminazione, come principi la cui validità e applicabilità non dipende da criteri formali o dalla loro specifica collocazione in un ordinamento giuridico particolare ma da criteri sostanziali assiologicamente orientati: sono principi per così dire sono auto-fondanti, risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni e dalla CEDU.

---

[567] Sentenza del 8 aprile 1976, Defrenne, *cit*.

[568] Cfr. P. Craig, *The legal effect of Directives: policy, rules and exceptions*, in *ELR*, 2009, p. 349 ss.

[569] Cfr. A. Ruggeri, *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e le tecniche decisorie idonee ad assicurarne la efficacia ed effettività*, p. 7, intervento al Convegno *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea: efficacia ed effettività*, Corte di Cassazione, Roma, 15-16 marzo 2018, reperibile su http://www.questionegiustizia.it/articolo/la-carta-dei-diritti-fondamentali-dell-unione-euro_16-03-2018.ph-dell-unione-euro_16-03-2018.php.

Le implicazioni di *Kücükdeveci* sono importanti anche sul piano dei legami esistenti fra principio del primato del diritto sovranazionale ed effetti diretti, che si presentano, nella decisione, come corollari del principio del primato. Inoltre, la sentenza chiarisce quale sia l'ambito di applicazione del principio di non discriminazione: il semplice fatto che l'oggetto di una controversia rientri nel campo materiale di applicazione della direttiva è sufficiente a far sì il principio stesso trovi anch'esso applicazione, senza che sia necessario che la norma nazionale costituisca misura di attuazione della direttiva stessa o misura nazionale di attuazione di obblighi del diritto dell'UE o di deroga a detti obblighi.

La Corte aveva detto qualcosa di simile nella sentenza *Del Cerro Alonso*[570], quando, contravvenendo all'opinione dell'Avvocato generale Poiares Maduro[571], aveva ritenuto che il divieto di discriminazione fra lavoratori a tempo determinato e lavoratori a tempo determinato, sancito dalla direttiva 1999/70/CE, si applicasse a tutte le condizioni di impiego, ivi compresa la retribuzione, nonostante tale materia fosse espressamente esclusa dal Trattato dalle competenze comunitarie. E questo perché il principio di non discriminazione sancito dalla direttiva operava in relazione *all'insieme* delle condizioni d'impiego, ivi compresa la retribuzione.

Nel caso *Kücükdeveci* la medesima conclusione era apparsa a qualcuno come una conclusione non in linea con l'art. 51 della Carta, laddove dispone che la Carta stessa si rivolge agli Stati membri solo quando essi "*applicano*" il diritto dell'Unione. Nella sentenza *Åkerberg Fransson*[572], che appartiene al secondo filone giurisprudenziale richiamato all'inizio, la Corte supera, però, questa interpretazione riduttiva dell'art. 51. Dopo aver affermato che la Carta dei diritti fondamentali recepisce interamente la propria giurisprudenza ante-Lisbona - smentendo così chi vedeva l'ambito di applicazione della Carta come più ristretto rispetto quello dei principi generali - la Corte ribadisce che "*i diritti fondamentali garantiti dalla Carta devono essere rispettati quando una normativa nazionale rientra nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione*" e, conseguentemente, che "*non possono esistere casi rientranti nel diritto dell'Unione senza che tali diritti fondamentali trovino applicazione*[573]. Non è necessario, quindi, che la misura nazionale in questione sia stata emanata in attuazione di un obbligo derivante dal diritto dell'Unione. Qualsiasi norma nazionale può essere oggetto dello scrutinio della Corte di giustizia quando presenti un tale collegamento, anche quando sia emanata nell'ambito di competenze statali esclusive.

È proprio quest'ultima implicazione di *Åkerberg Fransson* ad aver suscitato reazioni discordi nelle giurisdizioni nazionali, in particolare nella Corte costituzionale tedesca, il che ha portato la Corte, nella successiva sentenza *Siragusa,* a precisare che occorre "*un collegamento di una certa consistenza, che vada al di là dell'affinità tra le materie prese in considerazione o dell'influenza indirettamente esercitata da una materia sull'altra*"[574]. Come vedremo, tuttavia, neppure dopo tale decisione può dirsi che la questione di quale sia l'ambito di applicazione dei principi fondamentali stabiliti a livello sovranazionale sia veramente assestata.

---

570 Sentenza del 13 settembre 2007, Del Cerro Alonso, C-307/05, EU:C:2007:509.

571 Conclusioni dell'avvocato generale Poiares Maduro del 10 gennaio 2007, Del Cerro Alonso, C-307/05, EU:C:2007:3.

572 Sentenza del 26 febbraio 2013, Åkerberg Fransson, C-617/10, EU:C:2013:105

573 Nel recente caso *Associação Sindical*, (sentenza 27.22018, causa C-64/16, Associação Sindical dos Juízes Portugueses c. Tribunal de Contas, EU:C:2018:11), la Corte ha ritenuto sufficiente che le misure impugnate rientrassero fra «i settori disciplinati dal diritto dell'Unione» per ritenerle soggette ai principi sanciti dall'art. 19 TUE in tema di protezione effettiva dei diritti e di indipendenza della magistratura. Le implicazioni più vaste di questa decisione sul piano di un possibile ampliamento dell'ambito di applicazione dei principi generali dell'ordinamento UE in funzione di tutela della *rule of law* sono ancora da esplorare.

574 Sentenza del 6 marzo 2014, Siragusa, C-206/13, EU:C:2014:126.

4. Il principio di eguaglianza e non discriminazione ha carattere sussidiario?

Kücükdeveci può essere letta in tanti modi: come un arretramento rispetto a *Mangold*, come passo avanti rispetto alla prudenza esibita dalla Corte in *Chacon Navas* e *Bartsch,* oppure come un nuovo punto di equilibrio del dialogo fra Corte di giustizia e corti nazionali e fra Corte di giustizia e legislatori.

Il fatto che la causa *Kücükdeveci* venga decisa dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona e l'attribuzione di efficacia vincolante alla Carta dei diritti fondamentali, sembra far avvertire alla Corte che i principi e i diritti fondamentali ivi sanciti, con la loro natura di fonti che si autoimpongono, siano in grado di fornirle un titolo di legittimazione forte, risolvendo o attenuando il deficit di legittimità e garantendo una sufficiente flessibilità e indeterminatezza nei rapporti fra le strutture del sistema multilivello. D'altra parte, l'insistere della Corte sul rapporto fra diritto primario e diritto derivato può essere inteso anche come la percezione da parte della Corte stessa di un consenso *attivo* e già raggiunto fra gli Stati membri circa la delimitazione in concreto della sfera di applicazione di tali principi e diritti. Infine, il fatto che le direttive siano espressione e, al tempo stesso, mezzo di attuazione di un principio generale costituzionalizzato spinge verso la loro stessa "costituzionalizzazione"[575].

Nelle sentenze successive, tuttavia, la Corte pare voler rimettere in discussione questo punto di equilibrio, rovesciando il rapporto fra principio generale e diritto derivato e spingendo, per questa via, nella direzione di un controllo d'eguaglianza diffuso, che conferisce ai singoli diritti azionabili *erga omnes.*

La sentenza *Test-Achats*[576] è la prima a riaprire la questione dell'applicabilità diretta del principio di eguaglianza. In *Test Achats* alcune disposizioni della direttiva beni e servizi 2004/113 (più precisamente, le clausole derogatorie che ammettono differenze di genere in materia di calcoli attuariali nel mercato assicurativo) non sopravvivono all'applicazione diretta del principio di eguaglianza di genere sancito dall'art. 23 della Carta e al giudizio di non conformità formulato dalla Corte.

Si tratta di un caso ampiamente discusso, anche per le sue ricadute pratiche sulla regolazione del sistema delle assicurazioni private, ma che si pone in linea di continuità con una linea giurisprudenziale in tema di effetti diretti del principio di eguaglianza di genere che si era assestata fin da *Defrenne II*. In secondo luogo, qui non c'è straripamento dal campo di applicazione: il principio di eguaglianza si applica ad atti dell'Unione (una direttiva).

I casi in cui la Corte statuisce in maniera più chiara e dirompente la diretta applicabilità del principio generale di eguaglianza e non discriminazione ad atti degli Stati membri sono *ASM*[577] e *Dansk Industri*[578]. Nel primo, la formula *Kücükdeveci* viene espressamente superata in un veloce inciso nel quale la Corte, nel decidere su una questione riguardante l'arte. 27 della Carta, che stabilisce il diritto all'informazione e alla consultazione all'interno dell'impresa e nell'affermare la non di-

---

575 Cfr. M. Bell, *Constitutionalization and EU Employment Law*, in H. Micklitz (ed.), *The Constitutionalization of European Private Law*, OUP, Oxford, 2014.

576 Sentenza del 1 marzo 2011, Test-Achats, C-236/09, EU:C:2011:100.

577 Sentenza del 15 gennaio 2014, Association de médiation sociale, C-176/12, EU:C:2014:2.

578 Sentenza del 19 aprile 2016, Dansk Industri, C-441/14, EU:C:2016:278.

retta applicabilità di tale norma, fa riferimento all'art. 21 in un argomento *a contrario*. A differenza del primo, afferma la Corte, quest'ultimo "*è di per sé sufficiente per conferire ai singoli un diritto soggettivo invocabile in quanto tale".* Non è questo il luogo per affrontare la questione del perché quel che è vero per l'art. 21 non lo sia invece per l'art. 27. Qui quello che interessa sottolineare è che in *ASM* il principio di non discriminazione per età può essere invocato direttamente *in sé* e non necessariamente in combinazione con la direttiva che vi dà attuazione. Dunque, ancora più chiaramente di quanto non risultasse in *Mangold* e in *Kücükdeveci*, parrebbe di doverne logicamente dedurre che possa essere invocato in modo trasversale, qualunque sia la natura e il contenuto dell'altra norma dell'UE che funge da meccanismo di innesco dell'applicazione dei principi fondamentali della Carta.

Nella successiva sentenza *Dansk Industri,* la Corte compie altri importanti passi avanti sulla strada della diretta applicabilità del principio di eguaglianza e non discriminazione. Le questioni poste alla Corte di giustizia sono due. La prima riguarda, ancora una volta il rapporto fra principio generale e diritto derivato: il giudice remittente chiede alla Corte se il principio generale di non discriminazione in ragione dell'età abbia o meno lo stesso contenuto e la medesima portata della direttiva 2000/78. La seconda riguarda la possibilità di bilanciare l'applicazione diretta di tale principio nei rapporti tra privati con il principio della certezza del diritto nonché con il principio della tutela del legittimo affidamento, suo corollario.

Dopo aver ricordato come già dalla sua precedente sentenza *ASM* risultasse che il principio di non discriminazione in ragione dell'età conferisce ai privati un diritto soggettivo invocabile in quanto tale, la Corte precisa che il principio opera, nel rispetto del canone dell'effettività, "*persino in controversie tra privati*" e "*obbliga i giudici nazionali a disapplicare disposizioni nazionali non conformi a detto principio*" e a disattendere le eventuali interpretazioni contrarie datene in precedenza. E ciò anche quando la direttiva non risulti applicabile; in particolare, nel caso in esame, quando il giudice si trova nell'impossibilità di procedere a un'interpretazione conforme del diritto nazionale. Nel bilanciare il principio di non discriminazione con i principi della certezza del diritto e della tutela del legittimo affidamento, conclude la Corte, i secondi non possono prevalere sul primo, perché ciò significherebbe pregiudicare il potere della Corte di interpretare il senso in cui il diritto dell'Unione "*deve o avrebbe dovuto essere inteso e applicato sin dalla data della sua entrata in vigore*", ivi compreso il momento in cui il privato che ha intrapreso la causa beneficia di tale interpretazione, e limitare gli effetti nel tempo dell'interpretazione accolta dalla Corte.

Alcuni commentatori hanno ritenuto che in *Dansk Industri* il principio di eguaglianza e non discriminazione assuma un carattere *sussidiario* rispetto alla direttiva, trovando applicazione quando questa non possa averla[579].

Non sono certa che questa definizione catturi veramente la natura dei rapporti intercorrente fra principio generale e diritto derivato, se per sussidiario si intende, secondo il significato comune, qualcosa che costituisce un mezzo complementare e integrativo di qualcos'altro. La Corte è chiara nel ricordare ancora una volta come la direttiva 2000/78 non sancisca di per sé il principio generale di non discriminazione ma soltanto lo esprima concretamente nella materia dell'occupazione e delle condizioni di lavoro e come, dunque, la portata della tutela conferita da tale direttiva non eccede quella accordata da detto principio, perché si limita a darvi espressione.

[579] G. Zaccaroni, *More on the horizontal direct effect of the principle of non discrimination on the ground of age: Dansk Industries (DI)*, in *EU Law Analysis*, 14 July 2016.

Ciò non vuol dire che le disposizioni della direttiva cessino di aver rilievo. Come già in *Mangold*, sebbene sia il principio generale a spiegare effetti diretti di tipo orizzontatale, sono poi le concrete disposizioni della direttiva (nel caso specifico quelle che vietano discriminazioni nelle condizioni di lavoro, ivi compreso il licenziamento) a trovare applicazione. Il che significa che siamo qui in presenza di un combinarsi di fonti in grado di produrre effetti che nessuna di esse sarebbe in grado, da sola, di avere[580].

Tuttavia, per lo stesso motivo, e cioè per il fatto che l'ambito di applicazione del principio generale d'eguaglianza e non discriminazione sia più ampio della direttiva, si può ritenere che, come detto prima, il principio stesso sia applicabile in tutte le situazioni che cadono nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione quale che sia la norma *trigger.* Nel momento in cui risulta impossibile risolvere il contrasto attraverso l'interpretazione conforme, il giudice nazionale sarà comunque tenuto ad "*assicurare, nell'ambito delle sue competenze, la tutela giuridica che il diritto dell'Unione attribuisce ai soggetti dell'ordinamento, garantendone la piena efficacia e disapplicando, ove necessario, ogni disposizione della normativa nazionale contraria a tale principio* ".

Questa conclusione è avvalorata dalla successiva sentenza *Milkova*[581], ove il riconoscimento del diritto alla parità di trattamento tra lavoratori disabili del settore pubblico e di quello privato (in ordine ad una tutela rafforzata in caso di licenziamento collettivo) si basa sull'applicabilità diretta dell'articolo 20 della Carta dei diritti, unitamente all'art. 21 della stessa Carta e in connessione con la Convenzione Onu sulla disabilità (come noto, ratificata nel 2009 dall'Unione in quanto tale), con la direttiva 2000/78 che serve solo come norma d'innesco. Lo stesso era accaduto in *Chatzi*[582], in cui la Corte aveva riletto il diritto secondario alla luce del principio generale di eguaglianza, "*il cui carattere fondamentale è sancito dall'art. 20 della Carta*", per farne discendere obblighi non ricavabili dalla direttiva in gioco (direttiva del Consiglio 3 giugno 1996, 96/34/CE, concernente l'accordo quadro sui congedi parentali), assegnando al giudice nazionale il compito di dare attuazione a detti obblighi, attraverso l'interpretazione conforme.

5. Il caso Abercrombie.

Da noi, i riflessi più immediati della dottrina *Kücükdeveci* si sono avvertiti nel caso *Abercrombie*, nel quale la Corte d'Appello di Milano, dopo aver saggiato ed escluso la possibilità di un'interpretazione conforme al principio di non discriminazione sulla base dell'età dell'art. 34 del d.lgs. n. 276 del 2003, secondo cui il contratto di lavoro intermittente può stipularsi solo con soggetti che abbiano meno di venticinque anni di età, era pervenuta alla disapplicazione della norma interna, ritenuta contrastante con quella dell'Unione, richiamandosi alle sentenze *Mangold* e *Kücükdeveci*[583]. La Cassazione, adita dalla parte soccombente, aveva invece ritenuto di dover chiedere in via pregiudiziale alla Corte di giustizia se la normativa nazionale fosse o meno contraria al princi-

---

580 E. Gualco, L. Lourenço, *Clash of Titans". General Principles of EU Law: Balancing and Horizontal Direct Effect*, in *European Papers* Vol. 1, 2016, No 2, p. 649.

581 Sentenza del 9 marzo 2017, Milkova, C-406/15, EU:C:2017:198.

582 Sentenza del 16 settembre 2010, Chatzi, C-149/10, EU:C:2010:534.

583 App. Milano, sent. 15 aprile 2014, n. 406.

pio di non discriminazione in base all'età, di cui alla Direttiva 2000/78, e alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea[584]. La Corte di giustizia si è pronunciata sulla questione nella sentenza *Abercrombie,* affermando la conformità della normativa nazionale all'art. 6 par. 1 della direttiva 2000/78[585].

Le vicende del caso, che parevano riguardare fino ad un certo momento l'effettiva portata delle giustificazioni alle differenze di trattamento basate sull'età ammesse dall'art. 6 della direttiva e l'esito senz'altro discutibile del bilanciamento operato della Corte, si sono incrociate, nelle fasi finali, con una vicenda di maggiori dimensioni, che riguarda la contesa sulle competenze in corso fra corti costituzionali e Corte di giustizia.

Nella recentissima sentenza con la quale la Corte di Cassazione si è adeguata alle indicazioni della Corte di giustizia[586], traspare il desidero dei giudici di ribadire il carattere progressivo della giurisprudenza europea, anche a fronte della giurisprudenza costituzionale, la comunanza fra gli obiettivi sociali menzionati dalla Corte e quelli del nostro ordinamento costituzionale, la "*fusione di orizzonti*" verificatasi proprio in materia di discriminazione fra livello nazionale e livello sovranazionale. Questo atteggiamento non si comprenderebbe appieno, a fronte di una delle sentenze più deludenti fra quelle rese dalla Corte di giustizia sotto il profilo proprio dell'effettività della tutela antidiscriminatoria, se non si inquadrasse la pronuncia a quella contesa fra corti, alla quale occorre volgere ora la nostra attenzione. Letta in questa luce, come si vedrà, la decisione della Cassazione suona come una netta presa di posizione a difesa di un costituzionalismo dialogico.

6. Chi ha paura dell'effetto diretto?

É stata la "costituzionalizzazione" del principio generale di eguaglianza e non discriminazione operata dalla Carta dei diritti fondamentali a legittimare gli sviluppi prima descritti. Ma è proprio tale processo di costituzionalizzazione, sembrerebbe, a suscitare una spinta eguale e contraria da parte delle giurisdizioni nazionali, che avvertono l'attivismo della Corte come una minaccia al loro ruolo di custodi della costituzione, mentre il consenso politico all'operato della Corte ha subito una netta battuta d'arresto con la dura opposizione di alcuni Paesi Membri, in particolare la Germania, alla nuova proposta di direttiva quadro, che avrebbe dovuto estendere l'operatività dei divieti di discriminazione a nuovi ambiti[587].

Il caso *Danski Industri* si segnala anche qui come un caso cardine, perché è all'origine di un clamoroso caso di disubbidienza di un'alta corte nazionale alle prescrizioni della Corte di giustizia. Al momento di dare applicazione alla sentenza, la Corte suprema danese, titolare in ultima istanza anche del controllo di costituzionalità delle leggi, poiché il sistema danese è un sistema a controllo di costituzionalità diffuso, si è rifiutata di seguire la strada indicata dai giudici di Lussemburgo ed ha proceduto all'applicazione della disciplina nazionale a scapito di quella dell'Unione europea. Alla base della decisione vi è l'opinione che la Corte di giustizia avesse ecceduto i propri poteri nel

---

584 Cass. 29 febbraio 2016, n. 3982.

585 Sentenza del 19 luglio 2017, Abercrombie, C-143/16, EU:C:2017:566.

586 Cass. 21 febbraio 2018, n. 4223.

587 Si veda *Proposal for a Council Directive on implementing the principle of equal treatment between* persons *irrespective of religion or belief, disability, age or sexual orientation* SEC(2008) 2172 [2008] OJ C303/21. Su tali sviluppi cfr. R. Xenidis, *Shaking the normative foundations of EU Equality Law: evolution and hierarchy between market integration and human rights rationales*, EUI Working Paper, LAW 2017/04.

chiedere di dare applicazione al principio di non discriminazione sulla base dell'età ad una controversia tra privati, in quanto lo Stato danese non avrebbe mai delegato all'Unione europea i poteri necessari per attuare un principio non scritto. Né, secondo la Corte danese, la codificazione del principio stesso all'interno della Carta dei diritti fondamentali ha cambiato tale stato di cose, in quanto ciò comporterebbe un ampliamento delle competenze dell'Unione europea, in violazione dell'articolo 51 paragrafo 2 della Carta.

Non è questo il solo caso e il solo ambito in cui si sono avute situazioni di attrito tra Corti: alcune di queste si sono concluse positivamente, come nel caso della richiesta di rinvio pregiudiziale della Corte costituzionale tedesca sul programma "*OMT*" annunciato dalla Banca centrale europea (sentenza *Gauweiler*[588], a cui poi la Corte costituzionale tedesca si è conformata) o nel caso della richiesta di rinvio della Corte costituzionale italiana nel caso *Taricco*[589], in tema di principio di legalità dei reati e delle pene, risolta anch'essa positivamente con la recente sentenza *M.A.S*[590]; altre volte, si sono concluse negativamente, come nel caso delle sentenze della Corte costituzionale ungherese e della Corte costituzionale della Repubblica slovacca, che hanno annullato la disciplina interna di recepimento di alcune norme di diritto dell'Unione (si trattava, rispettivamente, dell'annullamento per contrasto con il dettato costituzionale di una disciplina interna adottata in applicazione di un regolamento e in esecuzione di una direttiva) e della sentenza della Corte costituzionale della Repubblica ceca che ha dichiarato *ultra vires* la sentenza *Landtová*[591] della Corte di giustizia.

Nel dibattito italiano, il caso di cui si parla di più, al momento, è quello della recente sentenza n. 269/17 della nostra Corte costituzionale la quale, acclarata l'impronta tipicamente costituzionale della Carta dei diritti dell'Unione e, dunque, la possibile sovrapposizione fra le garanzie codificate dalla Carta e quelle presidiate dalla Costituzione italiana, in un discusso *obiter dictum,* ha ritenuto che tocchi alla Corte costituzionale stessa "*assicurare che i diritti garantiti dalla citata Carta dei diritti siano interpretati in armonia con le tradizioni costituzionali"*[592] e ha dunque avocato a sé un sindacato *accentrato* di legittimità di leggi che siano oggetto di dubbi di illegittimità tanto in riferimento ai diritti protetti dalla Costituzione italiana, quanto in relazione a quelli garantiti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

Il tono della sentenza è diverso da quello dell'ordinanza *Taricco*, con la quale la Corte italiana aveva imbastito con la Corte di Lussemburgo un dialogo certamente non privo di insidie per i giudici europei ma condotto nei termini di un "*meraviglioso esercizio di diplomazia giudiziale*", per esprimersi con le parole di Daniel Sarmiento[593]; il che aveva consentito alla Corte di giustizia, nella successiva sentenza *M.A.S.,* di addivenire, a sua volta, ad un saggio ripensamento e affina-

---

588 Sentenza del 16 giugno 2015, Gauweiler, C-62/14, EU:C:2015:400.

589 Corte cost. ordinanza 26 gennaio 2017, n. 24.

590 Sentenza del 5 dicembre 2017, M.A.S., C-42/17, EU:C:2017:936.

591 Sentenza del 22 giugno 2011, Landtová, C-399/09, EU:C:2011:415.

592 Corte cost. sentenza 14 dicembre 2017, n. 269.

593 Cfr. D. Sarmiento, *To bow at the rhythm of an Italian tune,* in https://despiteourdifferencesblog.wordpress.com/2017/12/05/to-bow-at-the-rhythm-of-an-italian-tune/

mento delle proprie posizioni, precisando meglio quel doppio standard di tutela dei diritti fondamentali già indicato dalla sentenza *Melloni*[594] e bilanciando l'effettività del diritto dell'Unione con la protezione dei diritti fondamentali offerta dal diritto nazionale.

Il caso *Taricco* ha anche confermato l'importanza di canali formalizzati di dialogo, come il rinvio pregiudiziale che ha consentito alla Corte costituzionale di illustrare alla Corte di giustizia la portata effettiva dei rischi che si presentavano e alla Corte di giustizia di riconsiderare la propria posizione[595]. Del resto, va ricordato che Corte costituzionale italiana è stata la prima a far uso del rinvio pregiudiziale con l'ordinanza n. 103/08[596] (nella quale, modificando un orientamento giurisprudenziale consolidato, la Corte si era riconosciuta soggetta all'obbligo di indirizzare alla Corte di giustizia le questioni pregiudiziali relative all'interpretazione e alla validità del diritto comunitario) e ha sempre fatto uso della teoria dei contro-limiti con moderazione e senza l'arroganza mostrata da altre corti.

È indubbio che "il tono" del dialogo in corso fra corti costituzionali (compresa la nostra) e corte europea non può essere dato da una singola, sia pure significativa, pronuncia, della quale, peraltro, nei numerosissimi commenti che ne sono seguiti, sono state date interpretazioni diverse. La posizione della Corte costituzionale italiana nella sentenza in esame offre, però, l'occasione per tornare alle considerazioni di partenza e cioè alle duplici ragioni della "contesa sulle competenze".

7. Il revival dei contro-limiti e "l'identità costituzionale".

In due studi condotti qualche anno fa da Giulio Itzcovich e da chi scrive, era stato osservato come, nel processo di creazione di un nuovo spazio giuridico indotto dall'integrazione europea, il ruolo dei principi fondamentali, ed in particolare del principio di eguaglianza, in virtù del loro carattere "fondamentale", in virtù della loro forza retorica e legittimante, fosse quello di fornire una base non solo formale ma sostanziale di legittimazione all'autorità degli attori dello spazio giuridico in integrazione, e in particolare alle corti. Il discorso sui diritti fondamentali e sul principio di eguaglianza avrebbe potuto determinare esiti diversi. Gli ordinamenti e le corti avrebbero potuto trovarsi a convergere su valori comuni, oppure a divergere su valori diversi o, quantomeno, sulla interpretazione giudiziale dei valori. In questo caso, i diritti fondamentali avrebbero potuto produrre un effetto di delegittimazione reciproca e conflitto fra le corti e di incertezza del diritto. È per questa ragione che l'integrazione veniva descritta come un processo di "*disordinamento giuridico*", cioè di «*continua rottura e spiazzamento dei parametri di legalità interni agli ordinamenti che si integrano*»[597].

Nelle vicende interpretative relative agli effetti di "costituzionalizzazione" prodotti dalla Carta dei diritti fondamentali abbiamo visto all'opera entrambe le dinamiche: dapprima un processo di convergenza, successivamente di divergenza e (in parte) di delegittimazione reciproca.

---

594 Sentenza della Corte (Grande Sezione) del 26 febbraio 2013, Melloni, C-399/1, EU:C:2013:107.

595 La sentenza 10 aprile 2018, n. 115, con la quale la Corte costituzionale ha chiuso definitivamente il caso Taricco, ha anche sugellato " *la vittoria della strategia diplomatica messa in atto a tutela dei principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale interno"* (così C. Cupello *La Corte costituzionale chiude il caso Taricco e apre a un diritto penale europeo 'certo'*, in *DPC*, 2018, n. 6).

596 Corte cost. ordinanza 15 aprile 2008, n. 103.

597 Cfr. G. Itzcovich. *Fundamental Rights, Legal Disorder and Legitimacy: the* Federfarma *Case*, Jean Monnet Working Paper, 12/08; M. Barbera, *Il principio di eguaglianza nel sistema europeo "multilivello", cit.*

Alla base di questa *contesa sui principi*, come si è detto, non vi sono non solo questioni di tipo politico istituzionale, relative a pretese di autorità (cioè relative alla questione a chi tocchi "l'ultima parola" in tema di interpretazione dei diritti fondamentali) ma anche questioni di tipo culturale-identitario, relative ai valori sottostanti le scelte interpretative. Vi sono, cioè, *principi contesi*. Chi ha steso la sentenza della Corte costituzionale n. 269/17 non nasconde da tempo le sue preoccupazioni sulle conseguenze di una *incorporation* strisciante. Questo processo, si è detto, comporterebbe il rischio di un "*colonialismo giurisdizionale*" che, in nome di una battaglia di civilizzazione condotta con l'arma dei diritti fondamentali, potrebbe sacrificare i modelli culturali e sociali nazionali già esistenti[598].

Non è dunque un caso se qualche commentatore della sentenza n. 269/17 si sia chiesto se "*dietro alla pretesa corrispondenza assiologica tra Carta dei diritti e Costituzione, la Corte accolga una sostanziale supremazia dei diritti garantiti dall'ordinamento interno*"[599]. Se la sentenza della Corte costituzionale italiana lascia adito a dubbi (la si potrebbe anche leggere come il riconoscimento di una sostanziale eguale valenza costituzionale della Carta nazionale e di quella europea), così non è per le affermazioni di quella parte dei costituzionalisti che negli anni scorsi aveva sostenuto che "*i contro-limiti sono intimamente connessi al principio democratico*" e che essi stanno lì per far sì che il "*predominio assiologico della Costituzione*", che la Corte costituzionale ha affermato nella sentenza n. 49/2015 in riferimento alla CEDU, diventi operativo anche in riferimento al diritto dell'Unione[600].

Come è noto, la teoria dei contro-limiti, elaborata dalla Corte costituzionale italiana[601] e da altre alte corti (in primo luogo quella tedesca), è servita a individuare i casi in cui le costituzioni nazionali pongono un argine alle limitazioni di sovranità accettate dallo Stato con la partecipazione all'Unione europea e lo Stato può quindi riprendersi la propria sovranità. Tali limiti fanno riferimento, nel caso dell'Italia, al rispetto dei «*principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale*» e dei «*diritti inalienabili della persona*".

La teoria dei contro-limiti può essere usata in due modi: o come strumento di dialogo e di raccordo fra corti nazionali e Corte di giustizia, all'interno di un quadro di valori giuridici comuni; oppure come strumento di difesa di valori costituzionali propri nei confronti di valori giuridici ritenuti con essi incompatibili[602]. Nel revival della teoria dei contro limiti cui stiamo assistendo, i contro limiti vengono impugnati soprattutto nella seconda accezione: come forma di difesa della propria identità costituzionale.

Ma davvero l'identità costituzionale di cui sarebbe espressione la nostra Carta Costituzionale è diversa dall'identità costituzionale di cui è espressione la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea?

---

598 Cfr. M. Cartabia, *L'ora dei diritti fondamentali nell'Unione Europea*, in M. Cartabia (a cura di), *I diritti in azione. Universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee*, Il Mulino, Bologna, 2007, p. 59.

599 C. Caruso*, La Corte costituzionale riprende il «cammino comunitario»: invito alla discussione sulla sentenza n. 269 del 2017*, in *Forum di QC,* 2017.

600 Cfr. M. Luciani, *Il brusco risveglio. I contro-limiti e la fine mancata della storia costituzionale*, in Rivista AIC, 2016, n. 2.

601 Corte cost. sentenza 27 dicembre 1965, n. 98 e sentenza 27 dicembre 1973, n. 183.

602 Cfr. G. Itzcovich. *Fundamental Rights, Legal Disorder and Legitimacy: the* Federfarma *Case*, *cit*.

La Carta è il precipitato di una tradizione costituzionale comune cui già la Corte di giustizia si era ispirata nella costruzione di quel *Bill of Rights* comunitario che precede l'adozione della Carta UE. E d'altra parte, avendo una sua propria identità e autonomia, la Carta, nella applicazione giudiziale che se ne dà, sollecita una "rigenerazione" dei significati delle tradizioni costituzionali stesse, secondo un processo di circolarità dei circuiti interpretativi[603].

Questa circolarità, questo pluralismo normativo e di poteri prodotto dall'integrazione, esigono la ricerca di soluzioni condivise e si oppone all'applicazione unilaterale dei principi fondamentali, sia da parte della Corte di giustizia che da parte delle corti nazionali. Tale ricerca di soluzioni condivise richiede un atteggiamento di "tolleranza costituzionale", una disponibilità all'ascolto che è intrinseca alla pratica del dialogo.

Sarebbe illusorio pensare che di questo dialogo si possa fare a meno e che ciascuna cultura giuridica possa tornare a prosperare richiudendosi nei propri recinti nazionali. Illusorio e perdente: la difesa delle "identità costituzionali" non ci proteggerà dalla sottrazione di sovranità che deriva dall'affermarsi delle pretese egemoniche delle grandi potenze economiche e politiche, che sono in grado di imporre il loro diritto, le loro "leggi", a livello universale.

L'Unione europea è *un'invenzione* che non nasce dagli stessi processi storici da cui sono nati gli Stati nazionali. Ma così come questa invenzione è stata capace di proteggerci - ieri - contro le guerre fratricide è anche l'unica – oggi - capace di proteggerci veramente dai rischi della globalizzazione finanziaria ed economica e di contribuire a un assetto globale pluralista[604]. "*Non dovremmo dimenticare* – è stato scritto - *che siamo l'unica regione in cui ci si è sforzati di coniugare legalismo e pluralismo, di inventare un pluralismo ordinato. Certamente questa scommessa ambiziosa non è vinta ma se rinunciamo a questa ambizione, la paura da sola non ci proteggerà né dal grande disordine né da un ordine giuridico egemonico imposto a profitto dei più potenti, siano essi stati o mercati"*[605].

---

603 Cfr. A. Ruggeri, *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e le tecniche decisorie idonee ad assicurarne la efficacia ed effettività*, *cit.*, p. 4.

604 Cfr.M. Delmas-Marty, *L'intégration europeenne entre pluralisme, souverainisme et universalisme*, in *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 2016, p. 447 ss.

605 *Op. ult. cit.*

La Carta dei diritti nella crisi del processo di integrazione: la discutibile svolta della giurisprudenza costituzionale*

Giuseppe Bronzini

1. Premessa. 194

2. Le linee di tensione tra la Consulta e gli orientamenti della Corte del Lussemburgo. 195

3. L'Europa dei diritti come base del rilancio dell'Unione. 199

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 373/2018

1. Premessa.

In questo intervento ci si limiterà a sintetizzare (secondo paragrafo) i punti di tensione tra le «precisazioni» offerte dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 269/2017 nel suo lungo *obiter dictum* e l'orientamento della Corte di giustizia: su tale *obiter* sono già stati spesi fiumi d'inchiostro e la (migliore) Dottrina ha già chiarito quali sono gli aspetti controversi di questa "*kehre*" della nostra Corte delle leggi che ci espone a prevedibili reazioni da parte di quella del Lussemburgo. Si accennerà brevemente anche alle difficoltà già documentate in alcune decisioni della Corte di cassazione nel rapportarsi all'*obiter* che derivano certamente non da aprioristici punti di vista ideologici ma dall'esigenza di offrire in concreto una tutela dei diritti fondamentali nella duplice funzione di giudici nazionali, organi di «base» del sistema giudiziario del'Unione, ed al tempo stesso di giudici di legittimità dell'ordinamento interno, destinatari contemporaneamente di messaggi direttivi, talvolta non proprio coincidenti in questi tempi, da parte della Consulta e della Corte del Lussemburgo da mediare e sintetizzare in una "decisione". Forse è proprio l'aspetto performativo della questione che può portare a qualche passo in avanti nella viva speranza che la Corte delle leggi voglia circoscrivere e meglio dimensionare il portato di quanto affermato([606]). In ogni caso una distanza tra le due Corti sembra essersi approfondita non solo per la decisione della Corte di giustizia sui giudici contabili portoghesi([607]) che finisce con l'attrarre nell'ambito di attenzione di quest'ultima ogni aspetto del funzionamento dei sistemi giudiziari interni in quanto si enfatizza il portato dell'art. 19 del TUE e cioè il dovere di approntare efficacemente una tutela dei diritti fondamentali protetti dal diritto dell'Unione, ma anche per le successive decisioni della Corte U.E. del 25.7.2018 in casi di estradizione verso la Polonia([608]) e l'Ungheria([609]), nelle quali proprio al giudice nazionale vengono delegate cruciali funzioni di accertamento del rischio di violazione degli artt. 47 e 4 della Carta di Nizza per deficit di autonomia ed indipendenza del giudiziario (Polonia) o per trattamenti carcerari inumani e degradanti (Ungheria). Ai giudici ordinari viene quindi attribuito un ruolo rilevantissimo nell'assicurare effettività ai principi dello stato di diritto e delle garanzie primarie dell'individuo, in connessione con l'opera (intensificatasi enormemente negli ultimi anni) della Corte di giustizia di verifica del corretto funzionamento dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia nel suo insieme, ruolo certamente non sostituibile dalle Corti costituzionali per la natura di questa delicata verifica obiettivamente connessa ai rapporti orizzontali tra giudici nazionali alla luce del meta- principio del mutuo riconoscimento. Questo rilanciato ruolo dei giudici nazionali nell'*enforcement* della Carta dei diritti appare direttamente funzionale alle iniziative politiche condotte dalla C.E. contro i due paesi leader del cosiddetto Gruppo di Visegrάd, accusati di attentare ai valori di cui all'art. 2 TUE ed in particolare di compromettere i fondamenti dello stato di diritto: sembra quindi del tutto prevedibile che la Corte di giustizia non sarà troppo tollerante verso i tentativi delle Corti costituzionali nazionali di impedire un uso virtuoso e diffuso dei diritti della Carta, requisendo a livello nazionale la materia della tutela dei diritti fondamentali e rendendo sempre più difficile e centralizzato il controllo di legittimità delle norme interne attraverso il *Bill of rights* U.E., anche nei settori "comunitarizzati". Al di là degli

---

[606] Cfr. l'auspicio di ROSSI in, *Il «triangolo giurisdizionale» e la difficile applicazione della sentenza 269/2017 della Corte costituzionale italiana*, in www.federalismi.it, 1.8.2018.

[607] Sentenza *Grande Chambre* del 27 febbraio 2018, Associação Sindical dos Juízes Portugueses, C-64/16.

[608] Cfr. la decisione *Grande Chambre del* 25 luglio 2018, *LM*, C—216/18 PPU.

[609] Corte di giust. 25 settembre 2018, *ML*, C-220/18 PPU.

aspetti tecnici e dell'effettivo portata della 269 (che costituendo un *obiter* non ha carattere vincolante) rimangono discutibili le ragioni di questo mutamento di rotta, da parte di una Corte che è stata tra le prime a riconoscere il valore costituzionale del Testo di Nizza ed ad applicarlo o richiamarlo con continuità, esprimendo in tal modo a pieno l'orientamento del corpo giudiziario italiano certamente da sempre aperto alla contaminazione tra fonti di diverso livello di rilievo costituzionale ed a rispondere con entusiasmo ai compiti garantistici che l'ordinamento europeo nel tempo gli ha conferito. Su questi aspetti più culturali e di prospettiva ci concentreremo nel o terzo paragrafo([610]).

2. Le linee di tensione tra la Consulta e gli orientamenti della Corte del Lussemburgo.

L'ampio dibattito dottrinale([611]) ha già sottolineato gli aspetti più controversi della 269. In primo luogo quello che sembra costituire un mero "consiglio" della Corte e comunque nel quale non viene in gioco la Carta ma la questione generale su come debba comportarsi il Giudice ordinario a fronte di un ipotizzato contrasto tra una disposizione interna e norme dell'Unione europea prive di efficacia diretta. Afferma la Corte (punto 5.1, ultima parte): «quando una disposizione di diritto interno diverge da norme dell'Unione europea prive di effetti diretti, occorre sollevare una questione di legittimità costituzionale, riservata alla esclusiva competenza di questa Corte». Certamente non è un orientamento nuovo, ma cionondimeno appare opinabile, anche sotto il profilo della sua razionalità. Ove la situazione esaminata appaia in connessione con il diritto dell'Unione è in realtà in via di principio preferibile il rinvio pregiudiziale posto che l'eventuale contrasto tra norma interna e norma dell'Unione deve essere valutata dal Giudice del diritto dell'Unione secondo i propri paramenti e le proprie valutazioni che sono desumibili anche in base agli obiettivi ed ai principi definiti nei Trattati. Ancor prima è alla Corte di giustizia che spetta definire il carattere di applicabilità diretta o meno di una norma dell'Unione, non alle Corti nazionali anche perché le precisazioni offerte sono di utilità per tutti i paesi membri mentre il pronunciamento di una

---

[610] Cfr. BRONZINI, *La Corte costituzionale e applicazione diretta della Carta di Nizza,* in *RGL*, n. 2/2018, pp. 383 ss. *di cui questo intervento riprende le principali linee argomentative*,

[611] Senza alcuna pretesa di completezza: cfr. ROSSI, *La sentenza 269/2017 della Corte costituzionale italiana: obiter "creativi" (o distruttivi?) sul ruolo dei giudici italiani di fronte al diritto dell'Unione europea*, in www.federalismi.it; CONTI, *La Cassazione dopo Corte cost. n. 269/2017. Qualche riflessione, a seconda lettura*, in *Forum costituzionale*; RUGGERI, *Svolta della Consulta sulle questioni di diritto euro unitario assi logicamente pregnanti, attratte nell'orbita del sindacato accentrato di costituzionalità, pur se riguardanti norme dell'Unione self-executing*, in *Rivista di diritti comparati*; MORI, *Taricco II o del primato della Carta dei diritti fondamentali e delle tradizioni costituzionali comuni agli stati membri,* in *dUE* dicembre 2017, RUGGERI, *Ancora in tema di congiunte violazioni della Costituzione e del diritto dell'Unione, dal punto di vista della Corte di giustizia (Prima sez. 20 dicembre 2017, Global Starnet* in *Forum costituzionale;* CONTI, *Qualche riflessione, a terza lettura, sulla sentenza n. 269/2017*, in *Rivista di diritti comparati*; RUGGERI, *Una prima cauta ed interlocutoria risposta della cassazione a Corte cost. n. 269/2017 (a prima lettura di sez. civ. 16 febbraio 2018, 2018, n. 3831, Bolognesi c. Consob, in Consulta online*; PICCONE, *A prima lettura della sentenza della Corte di cassazione n. 4223 del21 febbraio 2018. L'interpretazione conforme come strumento di "sutura" post Corte costituzionale n. 269/2017*, in *Rivista diritti comparati*, RUGGERI, *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e le tecniche decisorie idonee ad assicurarne la efficacia ed effettività*, in *Questione giustizia online*; ANZON DEMMIG, *La Corte riprende il proprio ruolo nella garanzia dei diritti costituzionali e fa un altro passo in avanti a tutela dei " controlimiti*, in *Forum costituzionale*; TEGA, *Il seguito in Cassazione della pronuncia della Corte costituzionale n. 269 del 2017: prove pratiche di applicazione*, in *Questione giustizia online*; GUAZZAROTTI, *Un "atto interruttivo dell'usucapione" delle attribuzioni della Corte costituzionale? In margine alla sentenza n. 269/2017*, in *Forum costituzionale*; COZZI , *Diretta applicabilità e sindacato accentrato di costituzionalità relativo alla violazione della Carta europea dei diritti fondamentali*, in *Forum costituzionale*; SCODITTI, *Giudice costituzionale e giudice comune di fronte alla Carta dei diritti fondamentali dell'unione europea dopo la sentenza costituzionale n. 269 del 2017*, in *F.I.*, I, 26 ss.; CARTABIA, *Convergenze e divergenze nell'interpretazione della clausole finali della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *Rivista AIC*, n. 2/2018.

Corte interna non ha questa *chance* chiarificatrice a livello europeo. È vero che la Corte costituzionale fa salva la possibilità di disporre comunque un rinvio pregiudiziale ma sembra optare per la preferibilità dell'incidente di costituzionalità il che non è né logico né ragionevole in quanto, anche in caso di una norma di diritto dell'Unione priva di effetti diretti, la Corte di giustizia può tempestivamente accertare (anche implicitamente) il diritto del cittadino europeo al risarcimento del danno ove sia stato richiesto come ha osservato la preferibile Dottrina([612]). Venendo, invece, al cuore della polemica, la vera svolta rispetto al passato si è avuta con la inedita massima di comportamento per cui: «questa Corte ritiene che, laddove una legge sia oggetto di dubbi di illegittimità tanto in riferimento ai diritti protetti dalla Costituzione italiana, quanto in relazione a quelli garantiti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea in ambito di rilevanza comunitaria, debba essere sollevata la questione di legittimità costituzionale, fatto salvo il ricorso, al rinvio pregiudiziale per le questioni di interpretazione o di invalidità del diritto dell'Unione, ai sensi dell'art. 267 del TFUE» e come giustificazione si aggiunge «le violazioni dei diritti della persona postulano la necessità di un intervento erga omnes di questa Corte, anche in virtù del principio che situa il sindacato accentrato di costituzionalità delle leggi a fondamento dell'architettura costituzionale (art. 134 Cost.). La Corte giudicherà alla luce dei parametri interni ed eventualmente di quelli europei (ex artt. 11 e 117 Cost.), secondo l'ordine di volta in volta appropriato, anche al fine di assicurare che i diritti garantiti dalla citata Carta dei diritti siano interpretati in armonia con le tradizioni costituzionali, pure richiamate dall'art. 6 del Trattato sull'Unione europea e dall'art. 52, comma 4, della CDFUE come fonti rilevanti in tale ambito». Insomma il Giudice ordinario non potrebbe più disapplicare direttamente applicando la Carta ma dovrebbe prima rivolgersi alla Corte costituzionale (eventualmente passando per un previo rinvio pregiudiziale): la (tentata) limitazione dei poteri della Magistratura ordinaria è certamente molto drastica e per giunta viene giustificata anche per la necessità di un controllo che le norme della Carta siano interpretate secondo le tradizionali costituzionali comuni. Ora è vero che l'art. 6 TUE parla di tradizioni costituzionali così come l'art. 52 della Carta ma si aggiunge il determinante aggettivo "comuni", il che chiaramente indica le linee di convergenza e di sintesi delle tradizioni costituzionali interne in armonia con le quali la Carta deve ovviamente esser letta (visto che a sua volta sono le fonti della codificazione della prima Convenzione). Unico interprete di tale "comunanza" non può che essere la Corte di giustizia([613]): sarebbe davvero distruttivo per il sistema di protezione dei cittadini europei incentrata sul *Bill of rights* sovranazionale che ciascuna delle 27 Corti costituzionali interne si mettesse ad indicare ciò che è comune e ciò che non lo è, senza essere a ciò titolate essendo solo le "custodi" dell'ordinamento costituzionale interno, non di quello europeo sul quale vigila invece la Corte di giustizia. Difficile, quindi, che non vi sia una reazione della Corte di giustizia. Non è sfuggito ai tanti Commentatori critici che lo speciale *status* della Carta, equiparata al diritto dell'Unione di rango primario, già enfatizzato al confronto della Cedu in sentenze come la n. 80/2011 per negare la "comunitarizzazione "alla luce del *Lisbon Treaty* della Convenzione, viene ora del tutto ridimensionato in quanto entrambe le Carte non potrebbero condurre ad una applicazione diretta delle loro norme. È ben vero che la Corte italiana si inserisce in un varco inopinatamente lasciato aperto dalla giurisprudenza di quella del Lussemburgo come si ha cura di ricordare «precisa la stessa Corte di giustizia ha a sua volta affermato che il diritto dell'Unione

[612] Cfr. ROSSI, *La sentenza n. 269…*, cit.

[613] MORI, *Taricco II…*, cit.

«non osta» al carattere prioritario del giudizio di costituzionalità di competenza delle Corti costituzionali nazionali, purché i giudici ordinari restino liberi di sottoporre alla Corte di giustizia, «in qualunque fase del procedimento ritengano appropriata e finanche al termine del procedimento incidentale di controllo generale delle leggi, qualsiasi questione pregiudiziale a loro giudizio necessaria»; di «adottare qualsiasi misura necessaria per garantire la tutela giurisdizionale provvisoria dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico dell'Unione»; di disapplicare, al termine del giudizio incidentale di legittimità costituzionale, la disposizione legislativa nazionale in questione che abbia superato il vaglio di costituzionalità, ove, per altri profili, la ritengano contraria al diritto dell'Unione (tra le altre, Corte di Giustizia dell'Unione Europea, quinta sezione, sentenza 11 settembre 2014, nella causa C-112/13 A contro B e altri; Corte di Giustizia dell'Unione Europea, grande sezione, sentenza 22 giugno 2010, nelle cause C-188/10, Melki e C-189/10, Abdeli) ». Ma proprio questo riassunto non è fedele: mentre le prime due condizioni (per salvare i sistemi che privilegiano i controlli di costituzionalità accentrata) sono espresse tra virgolette (e sembrano comunque salvaguardate nella 269) la terza condizione non è virgolettata e la Corte aggiunge, di proprio pugno, la non irrilevante precisazione «per altri profili». Vale a dire i Giudici ordinari nazionali sarebbero dopo l'incidente di costituzionalità (ed ovviamente nel caso in cui questo non porti alla cancellazione della norma) ancora liberi (come stabilito dalla sentenza *Simmental* della Corte di giustizia e come ammesso da quella italiana con la *Granital*) di disapplicare la norma interna per violazione del diritto dell'Unione (e quindi anche della Carta che all'art. 6 TUE è equiparata per valore giuridico ai Trattati) ma solo «sotto altri profili». Ora va ricordato che pochi giorni dopo la 269 la Corte di giustizia ha adottato la sentenza *Global Starne*t([614]) su un rinvio del Consiglio di stato italiano ed ha affermato che «l'articolo 267, paragrafo 3, TFUE deve essere interpretato nel senso che il giudice nazionale le cui decisioni non sono impugnabili con un ricorso giurisdizionale è tenuto, in linea di principio, a procedere al rinvio pregiudiziale di una questione di interpretazione del diritto dell'Unione anche nel caso in cui, nell'ambito del medesimo procedimento nazionale, la Corte costituzionale dello Stato membro di cui trattasi abbia valutato la costituzionalità delle norme nazionali alla luce delle norme di riferimento aventi un contenuto analogo a quello delle norme del diritto dell'Unione». Nella motivazione con grande nettezza la Corte del Lussemburgo ribadisce che «l'efficacia del diritto dell'Unione rischierebbe di essere compromessa e l'effetto utile dell'articolo 267 TFUE risulterebbe sminuito se, a motivo dell'esistenza di un procedimento di controllo di costituzionalità, al giudice nazionale fosse impedito di sottoporre questioni pregiudiziali alla Corte e di dare immediatamente al diritto dell'Unione un'applicazione conforme alla decisione o alla giurisprudenza della Corte ….». La Corte delle leggi vorrebbe, ci pare, stabilire una sorta di "giudicato costituzionale" circa i profili garantistici affrontati nell'incidente di costituzionalità non opponibile però ai profili di illegittimità delle norme per contrarietà al diritto dell'Unione (primario, come nel caso delle violazioni alla Carta), a meno di non voler alterare il sistema voluto dal Costituente europeo allorché con il Trattato di Lisbona ha deciso attribuire alla Carta lo stesso "valore giuridico dei Trattati" con la norma elaborata da Giuliano Amato (art. 6 Tue), ratificata anche dal nostro Parlamento. La migliore e preferibile Dottrina, anche nel ripudio del metodo nazionalista per dirla con Ulrick Beck, ha già posto in rilievo questa tensione tra l'*obiter* della 269 e la *Global Starnet* ed anche con le precedenti sentenze della Corte di giustizia in ordine ai poteri che residuano comunque al Giudice nazionale quale Giudice europeo comunque dopo un incidente di costituzionalità. È ovvio infatti che la Carta dei diritti e la

[614] Corte Giust. 20.12.2017, C-322/16, *Global Starnet.*

Carta costituzionale rimangono distinte, hanno un diverso ambito di applicazione e quindi una loro autonomia funzionale e conseguentemente anche diversi criteri di bilanciamento. Proprio questo aspetto è già stato posto in rilievo dalla Corte di cassazione con l'ordinanza n. 3831 del 18 febbraio 2018 che pur accogliendo, in una controversia che investiva sia la violazione dei diritti costituzionali che di quelli della Carta dei diritti (ritenuti applicabili *ex ufficio*), l'indicazione della Corte costituzionale a praticare per primo l'incidente di costituzionalità ha chiesto alla Corte costituzionale ove ritenesse di non accogliere la questione sollevata di chiarire il punto "per altri profili" ravvisando l'incoerenza con quanto emerge dalla *Global Starnet.* Resta da capire che cosa si debba fare dopo l'incidente di costituzionalità una volta che la Corte delle leggi non abbia cancellato la norma in contrasto con il diritto dell'Unione. Sembra di capire che il giudice ordinario possa disporre un rinvio pregiudiziale nel quale può prospettare un contrasto tra la norma interna ed una norma della Carta dei diritti *selfexecuting*. Ma deve farlo anche se la questione è già chiara ed evidente solo perché altrimenti non potrebbe disapplicare? Se disapplicasse senza un rinvio pregiudiziale la Corte costituzionale potrebbe obiettare che la non applicazione "trasmoda" in un sindacato di costituzionalità diffusa anche se prima si è attivato l'incidente di costituzionalità? Ma è davvero ipotizzabile un rinvio pregiudiziale privo eventualmente di finalità interpretativa solo per sottoporre ad un controllo semi-gerarchico l'operato di quel giudice ordinario che invece il sistema europeo considera un affidabile ed imprescindibile (sotto la guida della Corte di giustizia) braccio esecutivo del proprio diritto? *Quid iuris,* poi, se la Carta dei diritti opera come mero strumento di interpretazione del diritto secondario (a questo, in fondo, serve prioritariamente la Carta) e viene fatta valere in giudizio unitamente a questo?

Delle due l'una: o la Corte costituzionale nell'inibire la disapplicazione attraverso la Carta di Nizza ha voluto riferirsi solo ed esclusivamente all'ipotesi in cui la fonte esclusiva e determinante della disapplicazione è il contrasto con un diritto autoapplicativo della Carta ed allora il rilievo della 269 è limitato. Tuttavia produce una sorta di decostituzionalizzazione del sistema visto che le parti avrebbero il timore (invocando la Carta) di bloccare il processo e/o di rendere indiretta la protezione comunitaria (passando così per il filtro del giudizio costituzionale), il che farebbe anche diminuire il numero dei rinvii pregiudiziali sull'interpretazione del *Bill of rights* europeo depotenziandone quindi il principale vettore della sua diffusione nei Tribunali d'Europa. Oppure la 269 si applica in tutti i casi in cui viene in gioco obiettivamente un *fundamental right* della Carta (unitamente –eventualmente- alle disposizioni di qualche direttiva o regolamento) ed un diritto costituzionale interno ed allora il campo di ipotesi investito dalla 269 diventa enorme e viene ad incidere profondamente nei poteri del Giudice comune allorché agisce come giudice di base del sistema giudiziario dell'Unione. Per fare un esempio concreto in materia di non discriminazione, è sempre implicitamente invocato e quindi "in gioco" l'art. 21 della Carta e questo interferisce con il principio antidiscriminatorio costituzionale interno? È da escludersi oggi l'applicabilità diretta in Italia della giurisprudenza della Corte di giustizia in storiche sentenze come *Dask*, *Kükükdevici, Mitrova* e via dicendo? Quest'ultimo aspetto è stato già evidenziato nella sentenza *Maturi* della Corte di cassazione n. 12108/2018 che ha ritenuto di non rinviare alla Corte costituzionale dopo che la Corte di giustizia aveva già dichiarato (cfr. ordinanza 7 Marzo 2018, C-14277) la contrarietà di una norma che discriminava nell'accesso alla pensione tra ballerine e ballerini posto che in quella decisione nessun rilievo aveva avuto l'art. 21 della Carta (pur menzionata nel rinvio pregiudiziale) in quanto ci si era basati su una consolidata giurisprudenza fondata sulle sole direttive; questa decisione e l'ordinanza del 13778/2018 di rinvio pregiudiziale in un caso di discriminazione

per età di alcuni piloti sottolineano che, comunque, si tratterebbe di un *obiter* non vincolante e l'ultimo provvedimento menziona nel quesito alla Corte di giustizia anche l'art. 21 della Carta([615]).

3. L'Europa dei diritti come base del rilancio dell'Unione.

In realtà l'idea che la Carta si irradiasse attraverso l'opera dei giudici ordinari in ossequio ai principi di effettività ed immediatezza applicativa del diritto dell'Unione è stata chiaramente prevista dal Costituente europeo sia nella prima e nella seconda Convenzione e poi dalla Conferenza intergovernativa che ha adottato il Trattato di Lisbona che ha introdotto *caveat* e limiti a questo meccanismo (nelle clausole orizzontali della Carta ed all'art. 6 TUE) ma senza incidere sui poteri giurisdizionali esercitabili ordinariamente che, quindi, sono rimasti gli stessi anche riguardo i diritti della Carta. L'elemento più avanzato della costituzionalizzazione dell'Unione è indubbiamente la codificazione del sistema di protezione "europeo" dei diritti fondamentali nell'ambito della competenza dell'Unione([616]); su questo punto il Costituente europeo è stato univoco e gli stati hanno accettato questo sostanziale passo in avanti (basterà pensare ai quorum con cui la Carta è stata approvata anche dal nostro Parlamento, un solo astenuto). Che si trattasse di un fenomeno del tutto prevedibile e previsto (semmai non attuatosi nelle dimensioni aspettate) lo conferma in un saggio del 2010 la stessa relatrice della 269 nell'importante primo Commentario al Trattato di Lisbona del Mulino([617]): «anche sul versante nazionale – perché si sa l'architettura giurisdizionale europea fa leva in larga misura sull'opera dei giudici nazionali, in cooperazione della Corte di giustizia- il potenziamento del ruolo dei giudici sarà probabilmente ancora più evidente. Piaccia o non piaccia in questo caso la scrittura non varrà ad arginare l'attività giurisdizionale, ma al contrario a legittimarne uno sviluppo creativo. Questo sviluppo riguarderà in misura maggiore i giudici comuni, mentre le Corti costituzionali resteranno probabilmente ai margini. Anzitutto una volta dotata di effetti vincolanti la Carta... consentirà di applicare anche alle norme che li prevedono effetto diretto ed indiretto tipiche del diritto comunitario, che difficilmente potevano riferirsi a principi costituzionali non scritti elaborati dalla CDG. Tramite l'effetto diretto ed indiretto della supremazia del diritto comunitario i diritti della Carta finiranno per essere direttamente applicati anche al di là dei limiti di cui all'art. 51 della Carta ispirato dalla dottrina dell'*incorporation*…. Per il resto le costituzionali nazionali non sono destinate ad essere soppiantate dalla Carta ma a convivere con essa. Agire a tutela dei diritti fondamentali: è questa una solida base di legittimazione per oltrepassare gli angusti limiti del sillogismo giudiziale». Come ha sottolineato Jürgen Habermas: «la nuova consapevolezza dei momenti comuni ha trovato espressione nella Carta dei diritti dell'Unione... con le sue protezioni sociali, la Carta rimanda al di là di questa prospettiva meramente economica. Il documento mostra in modo esemplare i principi normativi che uniscono i cittadini europei»([618]). In chiave habermasiana esiste una chiara correlazione tra il rilievo che deve avere la Carta e la sua implementazione ad opera del giudice nazionale comune: un

[615] Si afferma che «Il dialogo diretto con la Corte di Giustizia risulta essere, nel presente caso, lo strumento più diretto ed efficace per accertare la compatibilità del diritto interno con le disposizioni dell'Unione ed i principi posti a tutela dei diritti fondamentali stante la chiara prevalenza degli aspetti concernenti il contestato rispetto del diritto dell'Unione sui profili nazionali».

[616] BRONZINI**,** *Il plusvalore giuridico della Carta di Nizza*, in- a cura di COSIO e FOGLIA-, *Il diritto europeo nel dialogo tra le Corti*, Milano, 2013.

[617] CARTABIA, *I diritti fondamentali*, in -a cura di BASSANINI, TIBERI-, *Le nuove istituzioni europee. Commento al trattato di Lisbona*, Bologna, 2010, p.113.

[618] HABERMAS, *Tempo di passaggi*, Roma- Bari, 2014, p. 23.

risultato utile della Carta era diffusamente attribuito al cosidetto "effetto inducente" habermasiano (come ricordato anche da Stefano Rodotà)([619]), come rafforzamento della cittadinanza europea che, agendo per tutelare i propri diritti, avrebbe in tal modo sviluppato la dimensione della sfera pubblica continentale (la dimensione del proprio legame istituzionale), base del successivo sviluppo costituzionale, effetto che può perseguito pienamente solo se viene attivato il giudice che i cittadini già conoscono ed al quale ricorrono comunemente per realizzare una tutela immediata e chiaramente riferita all'ambito europeo che mostri come l'Unione riconosca e metta in campo strumenti efficaci di tutela di quei diritti che ha voluto riconoscere come fondamentali. Lo stesso giudice nazionale viene così ad essere coinvolto in quel processo di costruzione di un legame tra europei che trascende gli aspetti meramente economici e che si fonda anche sulla sua responsabilità diretta (l'altra faccia dell'interpretazione); dall'individuazione del caso, alla ricognizione delle fonti applicabili, allo stabilire le domande da sottoporre alla Corte di giustizia o il rinvenimento dei precedenti ed alla loro valutazione di rilevanza, etc., il tutto a partire da un'istanza di giustizia concreta. Mi sembra che questo aspetto si perda inevitabilmente (o si indebolisca talmente da far sfumare il rapporto tra la Carta e la cittadinanza europea) in canali predefiniti, nei quali il giudice viene ingessato, ne viene ritardato l'intervento, viene espropriato da molte valutazioni essenziali tra cui la strada più opportuna per rendere il prima possibile giustizia. Come ci dice l'ultima sentenza della Corte del Lussemburgo a G*rande Chambre* sui giudici portoghesi contabili del 27 febbraio 2018 che ha ritenuto che l'art. 19 TUE renda giustiziabili alla luce della Carta i provvedimenti sugli stipendi dei Giudici (punto 44): «la nozione di indipendenza presuppone, in particolare, che l'organo di cui trattasi eserciti le sue funzioni giurisdizionali in piena autonomia, senza vincoli gerarchici o di subordinazione nei confronti di alcuno e senza ricevere ordini o istruzioni da alcuna fonte, e che esso sia quindi tutelato da interventi o pressioni dall'esterno idonei a compromettere l'indipendenza di giudizio dei suoi membri e ad influenzare le loro decisioni». La Carta dei diritti UE corre concretamente il pericolo di essere presa in ostaggio dalle Corti costituzionali nazionali attraverso la centralizzazione (e nazionalizzazione) del controllo sul rispetto dei diritti fondamentali. Il punto è che le varie crisi d'Europa (economica, immigratoria, di tenuta dei diritti sociali, di garanzie in taluni paesi dei principi cardine dello stato di diritto) non dipendono di certo dall'esuberanza dei giudici nazionali attraverso un uso disinvolto del *Bill of rights* dell'Unione (che per quanto riguarda la cassazione italiana deve recisamente escludersi visto che i casi di applicazione diretta in via esclusiva della Carta si contano sulle dita di una mano) ma semmai il contrario. La Carta attiene ai rimedi contro i mali d'Europa e non è di certo la loro causa (anche se qualche operazione di bilanciamento della Corte di giustizia tra libertà economiche e diritti sociali può apparire opinabile); semmai alcune situazioni di sottoprotezione e/o di anomia derivano da un suo deficit applicativo. La mancata garanzia dei diritti anche attraverso la Carta, che può intervenire allo stesso livello in cui si muovono i processi che stanno generando il disagio delle popolazioni europee, è la vera questione, certamente non il contrario come sembra doversi leggere in alcuni interventi che sembrano rivendicare una identità costituzionale chiusa ed orgogliosa nei suoi confini refrattari alle contaminazioni sovranazionali([620]). Del resto pensare che il

[619] RODOTÁ, *Il diritto di avere dei diritti*, Roma- Bari, 2012).

[620] Cfr. l'opinione di CARTABIA in *Convergenze e divergenze,* cit. per la quale non sarebbe opportuna la citazione della Carta dei diritti in sentenze nelle quali questa non è applicabile: ci sembra invece che, come nella esemplare sentenza della Corte costituzionale n. 178/2015 sul blocco della contrattazione collettiva, sia di estrema utilità mostrare il livello di convergenza tra le varie fonti di tutela

preteso neoliberismo delle politiche di Bruxelles possa essere limitato attraverso le costituzioni nazionali è questa si una visione neo-liberista: se i rapporti di lavoro come diceva Karl Polanyi hanno carattere costitutivo delle relazioni sociali (come le regole economiche) e sono o dovrebbero essere *embedded* in queste([621]), allora non ha senso mantenere un mercato comune ed in piena concorrenza (difficilmente rinunciabile per il benessere degli gli europei) senza regolare sullo stesso livello le questioni garantistiche di natura sociale, che non possono essere disciplinate solo a livello nazionale senza cedere inevitabilmente agli imperativi sistemici e funzionalistici.

Insomma i pericoli che corre la Carta oggi sono numerosi; eppure dovrebbe essere proprio la Carta la base e la fonte di ispirazione di un rilancio del processo di integrazione che lo proietti davvero in una dimensione federalista. Occorre la responsabilità di tutti nel salvare il sogno costruttivo che fu della prima Convenzione (il suo "principio speranza"): una Carta dei diritti per un solo *demos,* rendendo compiutamente percorribile con la forza dovuta un costituzionalismo oltre la sfera nazionale (se vogliamo senza "stato") che rimane la vera scommessa del volgere di millennio. Forse proprio questa nuova fiammata sul valore della Carta ci dimostra come questa sia cruciale nell'evoluzione del sistema europeo, visto che nella modernità si afferma (art. 16 della Dichiarazioni dell'89) un doppio canale di legittimazione del potere politico, non solo a livello rappresentativo ma nella garanzia dei diritti fondamentali e spesso è proprio questo secondo aspetto che si vuole negare indebitamente all'Unione (tornando così indietro) che ha già raggiunto questa soglia con la codificazione del suo *Bill of rights*([622]). Ce lo dimostrano concretamente proprio le ultimissime decisioni già citate della Corte di giustizia contro la Polonia e l'Ungheria e le iniziative della C.E. che vanno nella stessa direzione ed ancor prima proprio la soluzione offerta dalla Corte di giustizia al "caso Taricco", risolto in pratica attraverso l'applicazione della Carta di Nizza: la Carta rimane in piena evidenza la più espressiva bussola per uscire dal guado e mantenere una "casa comune" tra gli europei, sempre che si tenga ben ferma la sua potenzialità applicativa.

---

dei diritti fondamentali soprattutto in sede europeo nella quale il processo di contaminazione e di reciproca influenza è straordinariamente avanzato. Che l'Europa dei diritti sia una realtà, che opera senza attriti nella stragrande maggioranza dei casi è una ricognizione di cui il dialogo tra le Corti ha senz' altro bisogno anche per tranquillizzare l'opinione pubblica di parte democratica.

[621] POLANYI, *La grande trasformazione*, Torino, 1974.

[622] Cfr. BARBERA in, *La Carta dei diritti: per un dialogo tra la Corte italiana e la Corte di giustizia*, in Rivista AIC, n. 4/2017 che, nel saggio che viene considerato come il Manifesto della "svolta" della Corte, con una certa onestà intellettuale, chiaramente contesta la portata positiva degli effetti federalizzanti dell'utilizzazione della Carta.

Sustainaible Social Security*

Tiziano Treu

1. The multidimensional concept of sustainability. 203
2. Different reforms in pensions and unemployment benefits. 204
3. Adjustement of NDB schemes and systemic reforms (NDC). 205
4. From single to multipillar pension systems. 206
5. Implementation and corrections of pensions schemes. 207
6. Pensions adequacy: a necessary objective. 208
7. Specific measures to improve pensions adequacy. 210
8. Pensions credits for career breaks. 210
9. Support to low income pensioners. Minimum pensions. 211
10. Supplementary pensions. 213
11. Unemployment benefits: insufficience of insurance - based systems. 214
12. Measures to adapt unemployment benefits to flexible labor markets. 215
13. Difficult choises for combining financial and social sustainability. 217
14. Strategies for promoting social adequacy. 218
15. Guiding principles: universalism and solidarity. 219
16. Extending the coverage of social security and the credits for career breaks. 220
17. Minimum income provisions: common objectives, different conditions. 221
18. Social security and labor policies: common challenges and need of coordination. 223
19. Coordination of different policies and common levels of adequacy. 225

* Previously published as WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".INT – 145/2018

1. The multidimensional concept of sustainability.

The questions posed to our discussion on sustainable social security touch on fundamental principles of the welfare systems. Sustainability is a multidimensional concept which requires to be analysed with an integrated approach by different disciplines.[623]

This interdisciplinary exercise is not usual in many field of studies and has a difficult testing ground in a highly complex and controversial area like social security. Even more so because this analysis have a merely intellectual objective, but must be finalized to promoting policy integration among the different areas of social security and among the various components: the sources of the financing the costs of organization and of delivery, the mechanism of adjustement between contributions and benefits etc. Moreover such an approach is necessary to understand the two major aspects of sustainably: financial and social.

A further dimension must be considered, even if is not the focus of this paper: namely political sustainability, i.e. the possibility of the national institutions to regulate and reform their social security systems, overcoming the obstacles and the resistance of (their) public opinions and of organized interest groups. The ageing of population is a major factor influencing political decisions in this areas; particularly the choices affecting social security, beginning with pensions systems.[624]

The implications of these choices for the fundamental principles of our social model are particularly wideranging when one considers not only financial but also social substainability : because, as I will try to show, social adequacy implies various quantitative and qualitative aspects of monetary and service provisions of the social security system.

The very concept of adequacy is multidimensional, as indicated in the recent "Pension adequacy report" (2018) of the European Commission. The Report considers three aspects of adequancy related to pensions, but which can apply with variants to other institutions of social protection. One is measured by the ability of pensions and of welfare provisions to prevent and mitigate the risk of poverty. The second concerns their capacity to replace earned income while in work. The third is measured in relation to the duration of the period in which welfare benefits are provided or needed.[625]

Social adequacy refers not only to the amount and duration of income replacement but also to the conditions required for the effective exercise of the right to benefits: personal and family income requisites; age limits, organization and accessibility of services.

Moreover even the financial aspects of sustainability are not simple technical and budgetary concepts. The pensions reforms which have introduced the defined contributions schemes with the aim of guaranteing the financial equilibrium of the system, have taken into account complex social variables and adjust their functioning to the dynamic of labor markets, to demographic trends - aging and life expectancy in particular - to family compositions, and to the major economic indicators such of growth rate, inflation, etc.

---

[623] European Commission, *Pension adequacy report,* vol. I, 2018, p. 22 ff.

[624] V. Galasso, P. Profeta, *Politics, Ageing and pensions*, Economic Policy, April, 2004, p. 63-115; see also N. Giger, *The risk of social policy? The electoral consequences of welfare State retrenchement and social policy performance in OECD countries,* Routledge, London, 2011, spec. cap. 8-9.

[625] *Pension adequacy report*, quoted, p. 23 ff., on what is called "the triangle of pension adequacy".

In fact most of these factors are relevant, although in different ways, both for financial and social sustainability. This structural link confirms that the two objects of sustainability are interrelated, even thought they have been often pursued separately by national legislators and have received different emphasis in the various periods of time.

2. Different reforms in pensions and unemployment benefits.

I will analyse some aspects of substainability as implemented in the major European countries. Specific attention will be given to two major areas of social security, namely old age pensions and unemployment benefits.

Both areas have been recently object of reform in quite a few countries with the aim of adjusting the design received from tradition to the social and economic transformations, including the economic crisis, which have characterized recent years.

On the basis of available comparative research this paper will consider the obiectives pursued by the reforms in the two areas selected; the methods and techniques adopted and the modifications which have been necessary to adapt the legislation to the rapidly changing economic and social scenarios.

This analysis will show that European countries have followed different reform itineraries depending on their history and on their political, social and economic context. It will show different applications of the principles of sustainability and a variable impact on the social and economic performance of their system, but also some (limited) convergence towards common targets.

Diversity is present in other areas of European labor law and industrial relations[626]. A major institutional reason of this diversity is that according to the European treaties both fields fall within the prerogatives of the national States. The original separation between national and European prerogatives in these matters has remained unchallenged throughout our history and has greatly limited the construction of a social Europe, leaving it basically to the weak instruments of soft law.

The old age pensions, both public and complementary, have been the area of social security most frequently regulated by national legislators. They have reformed at different times even important features of their systems in order to respond to the changing economic and social environment. These repeated changes have been at the center of public debate and of political tensions, given the importance of pensions in the system of social protection and their impact on the life of people.

The pressures for reform stemmed from the economic and social transformations which have profoundly altered the basis on which pension systems were built in the last century: population aging; technological innovations and global competitiveness, accompanied with flexible and mobile patterns of work; lately weak economic growth culminated in the crisis of 2008.

---

[626] See in general T. Treu, Keynote speech at the ILERA World Congress, July 23-27, 2018, Seoul Korea, *Employment for a sustainable society: what is to be done.*

A great body of comparative research has been devoted to analyse the reform trajectories adopted in the various countries, showing many resistances to change the established patterns, but also the capacity of most countries to overcome the social and political barriers to reform. These comparative analysis confirm the existence of a variety of reform projects and outcomes. As in other fields of social policies the experiences of European countries presents more diversities than convergence.[627]

3. Adjustement of NDB schemes and systemic reforms (NDC).

Two major directions and methods of reform can be detected in our field. A group of countries has abandoned the approach of parametric (internal) adjustments of the traditional defined benefits (NDB) schemes, which had been often followed in the past and has approved a systemic reform that moved from defined benefits to defined contributions schemes while maintaining the unfunded character of the pension system; the so called non financial (or notional) defined contribution schemes (NDC). The early examples of Sveden and Italy have been fallowed by other European and non European countries: in Europe, Latvia, Poland, Norway, in part Greece.[628]

A parallel direction of reform, even more distant from the traditional pattern, has been spurred by the Chilean reform of 198, promoted by World Bank, and followed by those countries which have moved from NDB to fully funded Defined Contribution schemes (FDC).

The experience of the countries which have adopted NDC systems has been judged positively by many commentators. Some have even claimed that these systems present the best characters for a universal public pension scheme.[629] In particular the one – to - one relation between individual contributions and pensions with annuities based on life expectancy at retirement is meant to provide a transparent, economically efficient and fair mechanism for insuring the population against the risk of outliving their resources, yielding financial stability over time. At the same time the tight relationship between contributions and benefits is expected to offer better incentives for labor supply decisions, including for labor market participation and for retirement age selection.

The supporters of these reforms have underlined a further advantage of the NDC: namely that it takes politics out of pensions thereby favouring clarity and transparence[630]. This advantage is due to the fact that the functioning of NDC relies on automatic mechanisms of adjustment inherent in the system.

---

[627] J. Visser, *Neither convergence nor frozen paths: bounded learning international diffusion of reforms, and the open method of coordination*, in M. Heidenreich, I. Zeitrin, *Changing European employment and welfare regimes*, Routledge, p. 37 ff., the title is significant because the author indicates that the EU has experienced a higher intensity of reforms than other OECD countries.

[628] These reforms have been approved in a period ranging from the early 90'is to 2016. The timing has influenced the content of reforms: see K. Hinrichs and M. Jessoula, *Labor market flexibility and pension reforms*, Palgrave Mc Millan, 2012, p. 13 ff; R. Holzmann, *The ABC of non financial contribution (NDC) schemes*, Int. Soc. Sec. Rev., n. 3/2017, p. 56 ss.

[629] M. Gora, E. Palmer, *The generic old age pension system,* Uczelnia SGH, 2001.

[630] R. Holzmann*, The ABC of non financial contribution*, quoted, p. 71.

But this assumption has not always materialized. Even where - like in Sweden - the schemes have been neatly designed and consistently applied, some adjustment have proved necessary, in particular in order to cushion temporary economic shocks and to share the systemic longevity risk.[631] These interventions have required political decisions and compromise.

Moreover in countries like Italy recurrent public interventions have introduced normative changes which have altered in various ways the logic of the contributory system: e.g. the adoption of fixed age threshold for retirement.[632] Despite the potential advantages of NDC pensions, the diffusion of these schemes has been limited in recent years;[633] and since 2015 the pace of reforms has slowed down in OECD countries.

These two approaches have been applied differently in the various countries, but have pursued some convergent goals which reflect common economic and social constraints.

The pressure of the internationalization and liberalization of the economy, combined with the financial requirements imposed by the Maastricht Treaty, has contributed to bring to the forefront since the major reforms of the 90ies, the guarantee of financial sustainability of public pension. The (continued) increase of the contribution rates, already high in many European countries did not appear a viable strategy.

In order to respond to the need of financial stability some alternative measures have been adopted in a different combination: a) raising the retirement age, more or less rapidly, sometime (not often) combined with measures of active aging directed to favor the prolongment of work participation; b) reducing or containing pension costs in various directions: e.g. harmonizing downwards pension regimes, with the aim of reducing those granting benefits above the average via extra yields; restricting the conditions and controls of disability pensions; revising the criteria of pensions indexation; tightening the link between contributions and benefits either with the adoption of NDC systems; or with (equivalent) corrections of the functioning of DB systems, in particular shifting from a full salary to an average career salary formula for calculating the amount of pensions.

4. From single to multipillar pension systems.

The application of these measures has contributed to reduce in various degree the benefit generosity of the public system.

With the declared aim of compensating for this benefit reduction many European countries have introduced in the same period supplementary pension pillars. A second pillar has been usually instituted and regulated by collective agreements, according to occupations or economic sectors

---

631 This is the case for any public pillar which is always susceptible to change in government policy, that can instantly impact on accrued rights.

632 See M. Jessoula, *Risky combination in Italy; Selective flexibility and defined contribution pensions*, in K. Hinricks, M. Jessoula, *Labor market flexibility*, quoted, p. 62 ff., and the critical remarks of G. Gronchi, F. Nisticò, *Implementing the NCD theorethical model: a comparision of Italy and Sweden*, in R. Holzmann, Palmer (eds*), Pension reform issues and prospects for nonfinancial defined contribution (NDC) schemes*, World Bank, 2006.

633 See I. Guardancich, R. Weaver, *The politics of NDC pension system diffusion: an idea whose time has come and gone?* The obstacles to the adoption of the NDC have been of different kind: difficulty in defining transitional arrangements, opposition from powerful societal groups, technical complexity, uncertaintly in the redistributive elements.

and bilaterally administered. The diffusion of these supplementary pensions has been promoted by the legislators mainly through fiscal incentives. In some countries it has been made compulsory or semi automatic via contracting out mechanisms or the like[634]. Consequently these pension schemes have acquired an hybrid nature: characterized by private origin but subject to public regulations.

A third pillar left to individual decision has also been promoted or facilited with fiscal incentives.

As a result of these reforms most European countries already at the turn of the century had changed from the traditional single pillar to a multipillar pension system. As we shall see a well designed integration among these pillars, particularly among the second and the first, can contribute to guarantee not only the sustainability but also the adequacy of pension systems.[635]

5. Implementation and corrections of pensions schemes.

The effective pursuance of sustainability, which in principle is ineherent in the NDC system, depends mostly on the design of the scheme and on its implementation in the progress of time. In fact experience has confirmed that financial sustainability may require corrections or balancing mechanism for introducing the necessary corrections.

An automatic adjustment mechanism implicit in the NDC scheme is the increase of retirement age in line with life expectancy, accompanied with a consequent reduction in the annual accrual rate of pension. But even so NDC schemes are challenged by heterogeneity in longevity among socio economic groups, an element which is widely documented among OECD countries.[636]

The financial sustainability of NDC is challenged by economic and demographic shocks which have intensified in recent years and which may influence in particular the indicators adopted by the various national schemes: the GDP growth rate (as in Italy) the per capita wage growth (as in Sweden), or the growth rate of the contributions wage sum (Norvegy, Poland). Here too a balancing mechanism is necessary; either authomatic such as has been adopted in Sweden or decided through budgetary corrections, in order to remedy the imprecisions of the scheme's indexation.[637]

The national experiences confirm the importance of these elements. The Italian legislator has approved quite a few variations of the major reform of 1995 (Act 335).

The long transition period aimed at correcting some shortcomings of the original design to the NDC scheme decided by the 1995 Act has greatly reduced the impact of the reform in containing the financial burden of pension on the Italian budget. This impact has been further diminished by the presence of privileged costly pension systems; one linked to the individual work seniority irrespective of age and others organized for specific sectors.

Italy has still the third highest pension- related revenue as a percentage of GDP (15.7%) in the OECD, while the net replacement rates of current pensions are higher than the OECD average;

---

[634] In 2016, 7 of 35 OECD countries have some mandatory or quasi mandatory private pension systems, in variable forms, *OECD Pensions at a glance*, 2017, p. 150; see also K. Hinricks – M. Jessoula, *Labor market flexibility and pension reforms*, quoted, p.15.

[635] See *Pension adequacy report*, p. 79 ff.

[636] Holzmann, *The ABC of non financial contribution schemes*, quoted, p. 62 ff.

[637] Academy research has advanced many proposals on how to select benefit indexation variables to achieve sustainability of NDC schemes: see R. Holzmann, *The ABC of non financial contribution schemes,* quoted, p. 68.

79,7% for a full career compared with 63% of OECD average. And the effective age of labor market exit remains the fourth lowest in OECD. The adjustement of benefits has been linked to period and not cohort life-expectancy. This choice has introduced a distortion in the calculation of pension benefits among generations the various cohorts. This distorsion has been aggravated by the fact that

The Italian legislators has intervened repeatedly with the aim of guaranteeing the financial substanibility of the system. It has raised the minimum age for retirement, lately (in 2012) with an increase of five years. This decision is inconsistent with the logic of NDC schemes which implies not a fixed age of requirement but a range of possible retirement ages within which the individual may choose, with the consequent variations of the pension according to principles of actuarial equivalence. In order to reduce the period of transition fixed by Act. 335/1995 Italy has introduced in 2011 the application pro quota of the NDC scheme to workers extempted by the 1995 reform.

The need of adjustements is even more evident in DC schemes which lack automatic systems of correction. In fact these schemes have adopted various corrections in order to prevent possible financial and social distorsions. One major correction has been to introduce the element of like expectancy in the functioning of the system. In some cases individualized life-expectancy either at the time of annuitization or during the accumulation phase. Gender inequalities in this respect can be redressed by applying gender specific life expectancies at retirement.[638]

6. Pensions adequacy: a necessary objective.

The two major lines of reforms implemented since the 90ies have pursued, with different methods and results, the primary objective of guaranteeing the financial sustainability of public pensions. Comparative research has shown that once sustainability gains were achieved, more or less completely, recognition grew in many countries that these reforms had to be accompanied with measures to safeguard pensions adequacy. In fact this dimension of public pensions has become increasingly critical because the reforms implemented has contributed to cause an already visible decline in the retirement income of future pensioners. In particular the stringent connection introduced between contributions and benefits has exposed the future pensions, specially for youngsters, to the negative effects of the increased labor markets flexibility and of the growth of intermittent and precarious careers.

In fact since 2015 many national reformers have focused on the various aspects of pensions adequacy.[639] The European documents have renewed recommendations to the member States to ensure a high level of social protection, including pensions adequacy.

Principle 15 of the European pillar of social rights stresses the right of workers and of self employed to a pension commensurate with contributions and to an adequate income during their old age. Here too the European scenario presents different measures adopted to ensure pensions adequacy and shows a variable capacity of member States to guarantee them in the context of economic instability and of flexible labor markets.

---

[638] Different policies for reducing gender gaps in pension are analyzed in the *Pension adequacy report*, p.78 ff.

[639] See ILO *World Social Protection Report*, 2017-2019, p. 157 ff., *Pension adequacy report*, quoted, p. 17.

The pensions adequacy report analyses a wide range of measures and suggests best practices to members States, following the soft technique of the open method of coordination (OMC), with the purpose of promoting mutual learning and convergence of social policies.

These measures have a different impact on the two aspects of pension adequacy mentioned above. Some are meant to maintain the amount of pension closely related to income earned during working life. Others are mainly directed to sustain low pensions in order to guarantee minimum income for the beneficiaries; sometime are directed to combine the two objectives.

A majority of European countries allow people to work while receiving an old age pension, within some maximum earning threshold.[640]

A general measure introduced by some countries to the same end, in addition to raising retirement age has been to facilitate longer work lives, sometime with monetary incentives (France) and often with policies of active aging.[641]

These policies have become a priority given the rapid aging of the population. The best practices have adopted a comprehensive approach to this issue, i.e. they touch on various aspects of working life, such as promoting learning opportunities during the entire life including the periods precedent to normal retirement age, and adapting the work place in order to favor the employment of elder people (flexible working times and part time, ergonomic improvements, career paths tailored to the abilities of the elders, promotion of heathy life styles). [642]

Some countries have used the leverage of indexation to improve the real value of pensions not only to protect pensions during economic downturns but also to take into account the increasing duration of retirement and to avoid pensions erosion.

The European report quoted above underlines some improvements accomplished by public pensions systems, in particular the fact that retirement income is distributed more equally than work earned income.[643] But, despite these improvements the same report lists a number of serious problems.

The diffusion of old age poverty indicates that inequality among older people persists and that the risk of social exclusion increases with age. More than 20% of older women are at risk of poverty and of social exclusion. People in non standard and in self employment often face unfavorable conditions for accessing and accruing pensions.[644]

---

[640] *Pension adequacy report,* quoted, p. 97.

[641] See *Pension adequacy in the European Union 2010-2050*, Joint Report of Dir. General for Employment, social affairs and inclusion of the European Commission, and the social protection committee, May 2012, p. 102 ff.

[642] Active ageing policies have received high priority and attention in the EU. See European Foundation, *Employment trends and policies for older workers in the recession*, Eurofound Publications, Dublin, 2012; R. Ennals, R.H. Salomon, (eds.), *Older Workers in a Sustainable Society*, Peter Lang, London and Brussels, 2011.

[643] *Pension adequacy,* quoted, p. 27 ff.

[644] Inequality among older people varies due not only to the different levels of income replacement by national pension systems, but also to the availability of other benefits, (housing, health care, etc.). Long term care provisions will have a growing impact in the future given the increase of life expectancy. *Pension adequacy*, quoted, p. 34 ff., 41 ff.

7. Specific measures to improve pensions adequacy.

Specific measures are suggested, and have been adopted in some countries, aimed at guaranteeing pension schemes more favorable than the standard systems to hazardous and arduous jobs which are exposed to short and often precarious working careers.

Similar critical conditions are common on a larger scale to migrant workers who are typically confined to short and discontinuous careers. But the conditions of the migrants have not been so far considered by specific social measures, indeed not only in the field of pensions.

Another critical aspect which is affecting the adequacy of pensions systems is the gap between women and men treatments. Comparative research confirms that this gap, while gradually narrowing, is persistent, because the cumulative effect of low wages and of multiple career gaps affecting women has been only partially compensated for by the pension schemes. On the contrary the structure of these schemes tends to multiply the inequalities present during the work life.[645]

Reducing gender related pension inequality requires new policies in two areas. One: promoting full application of the measures supporting equal opportunities for women and men which are often written in the books but weakly implemented (work life balance, equal distribution of caring responsibilities, equal employment and career opportunities). Two, fully recognizing care-related work breaks for pension credits.

Innovative measures are needed also to face the increased mobility of workers among different types of activities. In many pension systems organized along sectoral lines this mobility may expose pensioners to dispersions and losses of pensions credits and consequently of benefits. In order to counteract this negative impact some States – including Italy - have recognized the possibility for workers to cumulate periods of work performed in different economic sectors and in different types of contract, without additional or with reduced costs.

8. Pensions credits for career breaks.

A similar risk of loss of pension benefits is caused by the periods of interruption of work during working life. A traditional measure aimed at preventing or reducing this risk has been to provide pension credits paid out of taxes for career breaks due to socially relevant reasons, either personal, (such as illness, work accidents, maternity and childcare, care for dependent family members), or linked to economic conditions, such as unemployment and temporary inactivity due to business slowdowns.

The types of career breaks recognized for pension credits, their duration and the amount of fiscal support are different in the European countries. But in many cases the limits posed to these credits make them insufficient to restore adequate levels of pensions.[646] Indeed this approach has

[645] According to European estimates, the average gender gap in pensions in EU, is 37,2%. See *Pension adequacy in the European Union,* 2010-2050, quoted, p. 81 ff.

[646] This is particularly the case for women whose pensions levels are negatively affected (more than men), by gaps in life time earning, by a shorter duration of working life and lower intensity of employment (smaller number of hours worked): see data and discussion in *Pension Adequacy*, quoted, p. 73 ff.

become inadequate to cope with the intermittent work patterns which have altered for an increasing number of people the continuity of employment well beyond the cases considered by the traditional measures.

In particular these measures are insufficient to protect part timers which often are not adequately covered by pension schemes, because they are considered a marginal group of workers mainly of women. This gap of protection has become quite serious since part-timers are becoming a growing component of the workforce.

In fact the new structure of work patterns has posed a wider threat to the traditional pension schemes. People in non standard works and in self employment, even in the countries which have included them in the general pension system, face conditions for accessing and accruing pension rights less favorable than those employed in standard open- ended full time jobs.

The increasing numbers of workers characterized by mixed traits of dependency and of independence are in an uncertain position with respect not only to pensions but also to other aspects of social security. Indeed they present a challenge to all the categories of labor law and of social protection, so serious that they require a revision of the major aspects of our discipline.

An open issue is to verify which social provisions must be extended to these new types of work, according to the principle of universality of basic rights and which other protections and benefits may be left to private institutions and to supplementary welfare schemes established either on an individual basis or collectively (if and when these workers will develop some kind of collective organization).

9. Support to low income pensioners. Minimum pensions.

The insufficiency of the provisions so far adopted to support pension rights of future pensioners has given more prominence to measures targeted at low income pensions and aimed at preventing the risk of poverty. In general it has contributed to introduce redistributive elements in public pension schemes.

A measure approved by quite a few countries to this end has been to grant to low earners a replacement rate of pensions higher than that provided to average and high earners.[647] But even the greatest "advantage" provided in this respect (e.g. in the UK 50% point) does not compensate fully for the difference in work earning. Moreover the difference in net replacement rate is lower than in gross rate due to the impact of pension taxation.[648]

More specific measures in this respect are those which introduce some kind of minimum pension. The European documents mentioned above, confirm that the recourse to minimum income provisions for pensioners is vital, particularly in order to protect older women.

Member states have set up a variety of systems aimed at responding to this need. [649]

---

[647] Examples can be found in *Pension adequacy report*, quoted, p. 53 ff.

[648] See D. Natali, *Lessons from the UK: when multipillar pension system meet flexible labor markets*, in K. Hinricks, M. Jessoula, *Labor market flexibility*, quoted, p. 143 ff.

[649] See overview in *Pension adequacy report*, p. 55 and *Pension adequacy in Europe, 2010-2050, quoted.*

A few legislations have introduced universal flat rate benefits, usually based on residence and on age. Consequently all elders, including those with incomplete or atypical earning careers and those who have never worked in paid employment, qualify for this minimum income guarantees. The Netherlands is an exemplar case. This flat rate pension, rather generous in international comparison, has been important in preventing poverty in the old age. In this country the basic pension is supplemented by a general system of occupational pensions extended also to non standard workers.[650]

A different solution adopted by some member States has been to include a guaranteed minimum amount of pension in the earnings -related pension system, usually at the condition to reach the pensionable age and to complete a certain number of years of contributions or of residence. This solution amounts to introducing a redistributive element in the commutative logic of NDC systems. The amount and the coverage of this minimum pension are variable among the States.

The amount is often determined in a sum equal for all pensioners which is deemed to correspond to the basic personal and family needs, and is often accompanied by specific allowances (e.g. for housing). In other national systems the protection to low income pensioners is guaranteed by granting not a fixed basic pension but a sum linked to some elements of the individual work career, year of contributions, or to the age. This latter solution has been deemed more consistent with the NDC scheme, because it corrects its functioning in favor of old pensioners with fragile careers without depriving it of the principle which is to make contributions pay. Moreover it carries a possible reduction of costs with respect to a general fixed basic pension, and it can be adapted with fine tuning arrangements to different careers and personal conditions.

In addition to minimum pensions most States provide a ultimate safety net for those elders unable to meet even the minimum contributory or residential requirements.

The social benefits mentioned here are usually means -tested, according to conditions which are common to other benefits provided by social assistance schemes.

These redistributive mechanisms inserted in the pension systems have acquired growing importance in the last years, particularly after the crisis of 2008. But this trend is all but uniform. In contrast to it some countries have cut benefits across the board including those for low earners. Others like Italy, Poland, Hungary, have tightened the link between contributions and benefits up to the point of eliminating all or most elements of redistribution in their pension system.[651]

The OECD architecture of pension systems presents three main types of public schemes aimed to prevent poverty in old age (OECD *Pensions at a glance 2017*, p. 86): basic pensions where benefits are paid to everyone irrespective of any contributions made, possibly linked to some residence criteria or paid on the basis of years of contributions, independently of earnings; Minimum pensions referred to either a minimum of a specific contributory scheme or of all schemes combined (15 OECD countries); Social assistance safety- net present in all countries, for poor pensioners, usually means tested. The amounts are variable: most minimum pensions average 25,6% of average worker earning and are above both the basic pensions (average 19,9%) and social assistance (average 18,6%), OECD, *Pensions at a glance*, 2017, p. 88.

650 K. Anderson, *The Netherlands: reconciling labor market flexicurity with security in old age,* in K. Hinricks, M. Jessoula, *Labor market flexibility*, quoted, p. 222 ff., who concludes that the Netherlands seems to be a success story in combining labor market flexibility and retirement security (p. 227). But even here the future of this system is uncertain as shown by the present attempts to further reforms. See *Advisory Report on the future of the Dutch pension system*, Social and economic Council, SER, 2015/01.

651 T. Galazoulos, A. Tsetoura, European Journal of social security, 2014, n. 2, p. 141 ff.; M. Jessoula, K. Hinricks*, Flexible to day, secure tomorrow?*, in K. Hinricks, Jessoula, *Labor market flexibility*, quoted, p. 24, observe that in these countries there may be a risk of inadequate economic protection in the old age in the next two or three decade.

In these countries pensioners who do not reach the minimum requirements for pension rights under the NDC system are entitled only to a social allowance, which is means- tested and rather low, (in Italy it amounts to 5825 euro yearly).

This result has been criticized as being inadequate to meet the needs of many low pensioner and because it deprives the pension system of its traditional redistributive elements, which are now more important than in the past.

10. Supplementary pensions.

As indicated above a major strategy followed by many European countries in order to maintain an adequate income for pensioners has been to complement statutory pensions with supplementary retirement savings. The forms of these supplementary pensions are quite different across Europe. In quite a few member States (UK, Netherlands, Switzerland, Denmark) the adoption of a second pillar of pension has become mandatory or quasi mandatory in such a way to extend their coverage to the entire workforce.[652] In other countries, including Italy, supplementary pensions have been promoted by collective bargaining and supported by fiscal and other incentives, including cost effective access for different income groups. The European guidelines, already quoted, emphasize the potential contribution of these supplementary schemes, occupational but also individual, to reach adequate old age benefits within the national systems.

Pension funds are exposed by their very nature to market fluctuations. The economic crisis of the last decade has highlighted their vulnerability to financial shocks and to economic downturns.[653] In order to improve the safety of private pensions the EU has put in place specific directives finalized to strengthen the regulatory framework and scheme designs.[654] These provisions have been specified and reinforced by national legislations in many respects. Regulations have been directed to define the responsibility of pension funds administrators concerning investment strategy and the subsequent asset allocation, and in general to pursue the aim of market diversification, of individualization of old age risks, of improvement of financial performance and of strengthening the rules and controls of these pension funds, in order to bring confidence to the members and guarantees them against losses.

The diffusion of the supplementary schemes, both in the form of defined contribution and of defined benefits, has contributed with their positive financial performance to improve the level of benefits for the pensioners involved in these schemes.

However the benefits are not equally distributed across the different groups and generations of workers. The groups usually underrepresented in the funds (in those countries where participation has remained voluntary) are those mostly in need of increasing the amount of their public

---

652 More information also on the assets of pension funds, on their allocation, and on the investment performance, in *OECD Pensions at a Glance,* 2017, quoted, p. 150 ff.

653 Private pension plans lost 23% of their value in 2008 and they climbed back to pre crisis level in 2011. But the crisis affected also public system and some governments (France, Norway, Sweden, Spain, Poland) created public capital reserve funds in order to prevent these schemes to go brunkrupt.

654 Pension portability directive of 30 April 2014; Directive on Institutions for occupational retirement provision the government of pension schemes, IORP II, January 2017 EU/2016/2341 v.

pension, i.e. young employees, low wage earners and non standard workers, including part timers. The reasons which reduce the impact of private pensions schemes for these workers are similar to those which prevent public statutory schemes to guarantee adequate pensions to the same categories, namely intermittent and late work careers and scarce income capacity. Moreover the marginal position of these workers in the labor market and their scarce involvement in collective and trade unions activities, reduce their access to the informations concerning the opportunities offered by the second pillar of pensions and favor scarce trust in their effectiveness.[655]

The search of new formulas aimed at improving the functioning of these schemes has been stimulated, here as in other fields, by the economic crisis of 2008, in particular with the view of finding a better combination between public and private forms of social security. An often quoted example of virtuous combination of the two pillars is that of Sweden, where the first pillar of public pensions is supplemented by a public capitalized system of mandatory individual accounts which cooperates under a regulatory framework with the private sector, acting as investment manager. This solution utilizes private sector advantages without-depriving the system of its social character.[656]

11. Unemployment benefits: insufficience of insurance- based systems.

Unemployment compensation schemes are the most relevant welfare program as regards income maintenance for unemployed people.

In most European countries these schemes cover basically persons who have involuntarily lost their job. They provide income guarantees of a given amount, either fixed or most often related to previously earned wages and for a limited period of time. The European unemployment schemes present, like pensions and other welfare institutions, a great variety of features: different requisites for accessing the benefits, different duration and amount of guaranteed income. However most unemployment benefits share with other forms of social security the common trait of being insurance based and of being related more or less closely to previous work career and wages. Consequently these schemes, do not cover people who have never worked, and exclude in particular a growing number of youngsters like the NEET. Intermittent and workers with precarious career are penalized because they often don't meet the minimum requirements for access to the system. Moreover this type of insurance has been historically devised for dependent workers, leaving out self employed and independent contractors.

In some countries insurance- based benefits are accompanied, often with a phasing out period, by social assistance schemes for those workers who have exhausted their rights under the insurance systems, in particular for long term unemployed who have reached the maximum limit of insurance.[657] The benefits of social assistance are usually means tested and not related to previous work earnings.

---

655 It has been argued that while supplementary pensions are scarcely useful for the groups which are not adequately protected by public schemes they may not be particularly useful in those systems which guarantee a high replacement rate (up to 80% of normal wages) to workers with good and long careers.

656 W. Price, *Integrating the role of funded private pensions with NDC schemes* (Rome, 2017, to be published), indicates criteria and pension design for a mix of public and private pension conducive to a best combination of pension outcomes.

657 See examples in F. Berton, M. Richiardi, S. Sacchi*, The political economy of work security and flexibility*, Policy Press, 2012, p. 113 ff.

The economic and social transformations of recent years have greatly influenced the functioning of insurance scheme for the same reasons which have affected other sectors of social security in particular the economic crisis and the restrictive policies adopted by many countries and. by the European Union have increased the pressure to reduce the cost of this area of social security, at the same time in which unemployment was increasing all over Europe. On the other hand the diffusion of flexible and intermittent forms of work has reduced for a great number of workers the effective coverage of the insurance for the reasons just mentioned.

In response to these transformations many European member states have reformed the architecture of unemployment compensation. The impact of these reforms on the traditional systems has been often significant, even though it has raised less debates and controversies than those concerning the pension system. Indeed they have attracted scarce attention also by academic studies, even on the interaction of unemployment compensation systems with labor market dynamics which is decisive in determining the social and economic performance of these schemes.

According to the comparative analysis the various national reforms have followed different approaches. Some countries in pursuing the objective of cost reduction and financial sustainability have tightened the links between work careers and the right to unemployment benefits. In particular the requirements for eligibility have been more closely connected with past work records, namely wages and paid contributions.[658] Minimum requirements for access to benefits have been raised often considerably, e.g. to two years in the UK, to one year in Belgium.

Work records have become increasingly relevant in determining the amount and the duration of income compensation. The former have been fixed in a declining quantity during the period of unemployment, following a widely adopted strategy of workfare. The right to receive the benefits has been subject to a variety of conditions. According to the same strategy (of workfare) benefit claimants are required to satisfy stringent work-related conditions. In particular they must prove their willingness to work by accepting job offers not necessarily correspondent to their previous employment or by participating in training activities aimed at increasing their employability. The failure to satisfy these conditions may result in benefits being withdrawn, reduced or not granted at all.[659]

A parallel trend has been followed by those reforms which have provided more precise targeting of benefits rights according to the characteristics of specific groups, e.g. students, family status (household size, age and number of children, disability).[660]

12. Measures to adapt unemployment benefits to flexible labor markets.

A different promotional strategy has been followed by other countries (Belgium, the Netherlands) which have introduced financial incentives and training services aimed at favoring the transition of unemployed to other available jobs, or have allowed recipients to maintain some earned income without losing benefits rights.

---

[658] See the comparative analysis of M. Van Gerven, M. Beckers, *Unemployment protection reform in Belgium, Finland, the Netherlands and the UK,* in Heidenreich, Zeitlin, *Changing European, employment and welfare regimes*, Routledge, 2009, p. 63 ff.

[659] The marked decline of the percentage of unemployed receiving benefits between 1985 and 2005 is denounced by A. Atkinson, *Inequality,* Harvard Univ. Press, 2018, p. 228.

[660] M. Van Gerven, M. Beckers, *Unemployment protection*, quoted, p. 64.

As mentioned already the recent growth of non standard contracts has exposed an increasing number of workers to high employment discontinuity and consequently to low employment security. Indeed employment instability has been in the increase also for core workers hired under open-ended contracts, which are proving to be far from permanent and often of relatively short duration. But comparative research confirms that the risk of precariousness is much greater for most types of non standard, particularly intermittent and fixed term contracts, and that this high discontinuity is generally not offset by prompt transitions to new jobs.[661]

The negative effect of low employment security is often increased by the fact that recent labor market reforms have concentrated legal protections on core workers while introducing flexible rules for non standard workers: so called flexibility at the margin.

According to the European guidelines the greater flexibility introduced in the regulation of employment contracts had to be compensated by reinforcing security of employment through various measures: income maintenance during unemployment and intensified services aimed at helping the unemployed in the search of new jobs.[662]

The same guidelines advocate the participation of social parties to the design and implementation of unemployment benefits and suggest active labor practices as a means to favor the reinsertion of the unemployed in the labor market and a better implementation of this strategy. [663]

The actual framing and implementation of this flexicurity strategy have been quite uneven in the different member States. On the whole they have proved inadequate to maintain the promised balance between flexibility and security because the measures aimed at reinforcing employment security on the labor market have been insufficient to compensate for the increased risks caused by more flexible regulations of labor contracts. The reduced employment opportunities during the crisis have increased the difficulty of assuring a prompt reinsertion in the labor market of displaced workers, even in the countries traditionally best equipped with active labor policies. On the other hand the reforms have reduced the duration and the amount of income compensation during the periods of unemployment which were being prolonged by the economic crisis. The combined effects of the two trends have penalized precisely those non standard workers mostly in need of protection and of security.

Given the scarce effectiveness of these promotional measures some countries have adopted a different strategy i.e. to extend the coverage of unemployment benefits beyond the traditional categories of dependent workers by including in the insurance schemes some types of non standard workers. In the case of Italy where the traditional unemployment insurance covered a small percentage of the workforce, recent reforms (Act 22/2015) have raised this percentage to over 95%, which includes most of non standard workers, intermittent and economically dependent workers.

The Spanish legislator has extended the coverage to economically dependent workers and self employed, although the latter on a voluntary basis. But the tightening of the eligibility criteria for

---

661 See in general J. Clasen, D. Clegg, *Regulating the risk of unemployment. National adaptation to post industrial labor market in Europe,* Oxford Univ. Press, 2011.

662 See already T. Wilthagen, *Flexicurity: a new paradigm for labor market, policy reform,* WZB, Discussion Paper 1998; lately I. Mandel, F. Celikel-Esser, *The second phase of flexicurity, an analysis of practices and policies in the member States,* Eurofound 2012.

663 See *Social parties involvement in unemployment benefits regimes in Europe*, European observatory of working life, Eurwork, 2013.

receiving the benefits introduced by the reforms has reduced even in these countries the practical impact of the extension of the coverage, because most workers are usually unable to meet these criteria.

Indeed the strategies mentioned above – which have restricted the access requirements of unemployment benefits and reduced the duration of the insurance - have implied that even a great number of core workers has been losing the ordinary unemployment benefits based on their past work career and has been forced to pass from the insurance schemes to social assistance regimes.

A fundamental reform in this direction has been approved in countries like the UK where the unemployment schemes have changed from the role of replacing the lost earned income to the function of guaranteeing minimum benefits, subject to strict conditions of access for the claimants.[664] These new treatments, like most benefits due under social assistance regimes, are usually much lower than those provided by the traditional insurance systems. And they have not been increased to respond to the actual needs of the recipients.

In a few countries the reduction of these benefits caused by the strict requisites introduced by recent reforms (work related periods required for entitlements and conditions of activation) has made the benefits less attractive to claim, thus subtracting many contributors to the insurance system. Due to these trends it has been noticed that the very distinction between insurance and assistance schemes shows signs of blurring.[665]

A complete different strategy has been adopted in countries like Belgium where the objective of preventing early retirement has been pursues also by foreclosing the possibility of exit from the labor market through unemployment schemes or even by abolishing altogether a separate unemployment pension.[666]

13. Difficult choises for combining financial and social sustainability.

The comparative analysis presented here shows that financial sustainability and social adequacy, contrary to the idea that they are two faces of the same coin, have complex relations from a theoretical point of view and even more as a matter of policy.

The complex itineraries of social security reforms summarized here indicate that most European countries have faced difficult choices in reconciling financial and social sustainability.

The reforms approved by most member States particularly in the two last decades, have tried to adapt the systems received from their traditions in order to ensure that these systems could continue to be even in a long term perspective an important part of social protection of their citizens. This intense reform activity shows that welfare systems, contrary to common opinions, are not a static segment of the State apparatus, but are capable of reacting positively to the social and economic transformations.

The influence or the European Union on these reforms has been only indirect since the decision powers on labor and social security matters rests on national governments and parliaments.

---

[664] M. van Gerven, M. Beckers, *Unemployment protection*, p. 67.

[665] M. van Gerven, M. Beckers, *Unemployment protection*, p. 67.

[666] M. van Gerven, M. Beckers, *Unemployment protection*, quoted, p. 66 ff.

Recently the economic crisis and the persistent high level of unemployment have called for a more direct initiative of the Europe Union in this policy area, including the adoption of a common unemployment insurance financed with European funds. But the Emu has not contributed to support common social policies; it has stressed the prior target of financial sustainability of social security, even though it has been claimed that this influence has not produced the much feared race to bottom.[667]

The pressures exerted on social budgets by the economic crisis and by the cost cutting strategies adopted by many countries and promoted by the European institutions have reduced the resources available for many areas of social at the same time when the needs and the expectations of social protection were increasing. Moreover the capacity of the national States to guarantee the basic features of social protection has been reduced by the changes of the social and economic context on which social security depends.

A further factor has augmented the difficulty of balancing financial and social sustainability of pensions, namely the increase in the life expectancy which has prolonged the time spent in retirement in a measure which has not been matched by raising the retirement age.

Thirdly the increased flexibility and volatility of the labor markets have supplanted the historic pattern of open- ended contracts and stable life- long employment on which most institutions of social security where based. Consequently they have challenged the insurance- based social security schemes adopted by many European countries.

14. Strategies for promoting social adequacy.

The national reforms have responded to these challenges with different strategies and with uneven results. On the whole they have achieved good results in guaranteeing the sustainability of social security institutions, both pensions and unemployment benefits. Adequacy outcomes have been less impressive in both areas. Indeed increased financial sustainability has been reached through reductions in present and even more in future adequacy, at the expenses of intergenerational equality. International research has given evidence that poverty and disparities in income distribution have markedly increased, particularly across generations.[668]

The established patterns of social security are exposed to so fundamental challenges that no minor adjustments is sufficient to make them perform their function in the new scenario. Innovative strategies responding to a new paradigm are needed.

A prerequisite for a successful innovation is to analyze in depth the changes in the dynamics of the labor markets with the view of shaping social security policies, consistent with these changes.

A prior commitment of national economic policies is to develop robust employment strategies capable of better sustaining social security schemes. In turn the design of these schemes must be adapted to more flexible labor markets, in particular with a view of supporting intermittent work

[667] B. Cantillon, H. Verschuren, P. Ploscar, *Social protection and social inclusion in the EU: any interactions between law and policy?*, in B. Cantillon, H. Verschuren, P. Ploscar (eds), Social inclusion and social protection in the EU: *Interactions between law and policy*, Intersetia, 2012, p. 9.

[668] *Inequality and poverty across generations in the European Union*, IMF discussion note, January 2018, SDN, 18/01, prepared by Tingyun Chen, J.J. Hallaert, A. Pitt, Haohan Qu, M. Queyranne, A. Rhee, A. Shabuninina, J. Vanderbussche, I. Yackovlev.

careers and the frequent transitions that future workers will have to face. The connections between social security and labor market policies need to be investigated by further economic research supported by empirical studies.[669]

Still we have enough evidence that the reconciliation between financial sustainability and social adequacy is not possible unless we change the insurance- based structure of both pensions and unemployment benefits.

The European Commission itself has confirmed that the traditional design of pension schemes, (but the same is true for unemployment benefits), is well adapted to a world of standard employment patterns, but is less suitable for people with non standard careers. Applying strictly insurance-based systems systematically imperils the adequacy of social security in particular for these groups.[670]

In fact some reforms mentioned in our review have modified social security schemes in the two areas precisely with the aim of correcting this bias. The changes introduced so far have been greatly influenced by the social and normative conditions of the national systems. In most cases have been introduced on a case by case basis.

This approach may be to some extent inevitable because both financial and social sustainability, even though well designed by the laws, are not fixed targets which can be reached automatically, but are moving horizons which need to be continuously monitored in order to define the conditions and the procedures most fit for their attainment.

For this reason the implementation of the reforms is decisive, here as in most other areas of social policies. And the procedures necessary to promote an effective application of the policy design cannot be left to ordinary administrative routines. On the contrary they require direct attention and control by policy makers, aimed at verifying the process of application and at introducing the necessary corrections.

Moreover this political monitoring needs to be accompanied by the participation of the stakeholders, social actors and civic organizations, both to the process of implementation and to the adjustments of the original design.

15. Guiding principles: universalism and solidarity.

Our previous analysis supported by comparative research, indicates some positive results of recent reforms, but also the limits of a piecemeal approach. A more systematic set of strategies are needed in order to promote a better balance between financial sustainability and social adequacy of social security schemes.

A first guideline which can be drawn from the experience is to modify the architecture of social security organized on the basis of different economic sectors and of social groups which is still present in many countries, including Italy, towards a more universal coverage and harmonized treatments. The sectorial organization of social security schemes has brought about quite a few distortions and disparities of benefits among workers having similar needs, usually in favor of

[669] F. Berton, M. Richiardi, S. Sacchi, *The political economy of work security*, quoted, p. 16.

[670] ILO, *World employment and social outlook trend 2018*, p. 23 ff.

protected areas of beneficiaries, and to the detriment of newcomers. In most cases it has favored overlapping of institutions and of provisions with waste of public resources.

Diffusing the principle of universalism in the various fields of social security can contribute to promote more equal and adequate treatments among the potential beneficiaries, and at the same time may be an antidote to the centrifugal trends which pervade and destabilize our societies.

Secondly a new balance has to be found between the commutative- individualistic principle which inspires the insurance- based schemes and the principle of solidarity, which is typical of most programs of social assistance and of the universal guarantees of social security.[671]

This balance requires a new combination of two functions of social security: that of providing total or partial replacement of personal income earned with work, and that of guaranteeing to all persons regardless of their work career, income and services adequate to their basic needs during the lifetime and in the old age: the needs and risks may be different in the various life cycles.

This combination has been pursued differently in the various countries because it reflects not only the national traditions but the basic conception of the role and place of work in society and in the constitutional organization-of the nation.

Some European Constitutions, including the Italian, distinguish these two functions of social security by stating that all citizens unable to work and lacking the necessary resources for living have the right to be supported by social assistance, while the workers (of all types) have the right to be assured resources adequate to their life needs in case of old age, unemployment, work accidents, illness.

The combination of these functions must be shaped in such a way as to avoid distortions and to take into account the new characters of the labor markets.

16. Extending the coverage of social security and the credits for career breaks.

The first guideline mentioned above requires extending the coverage of the various areas of social security to all types of work which have emerged in the new economy, according to the principle of universality, with the view of correcting the limitations and the inequalities of the sectorial insurance systems.

The second guideline implies that the two principles mentioned above, commutative and solidaristic, should be combined in the design of pensions and of unemployment benefits. While keeping a link with the years of work, both schemes could guarantee a flat rate of benefits, possibly joined with an amount of benefits proportional to past earnings.

Moreover the number of qualifying years for the benefits might be increased by including not only periods of actual work but the all the periods during which work is suspended for socially relevant reasons: in addition to those already considered in many social systems, (illness, maternity, work accidents, involuntary unemployment), all periods spent in performing care activities.[672]

---

[671] According to the ILO, *Inception Report for the Global Commission on the future of Work*, febr.2018, p. 26 ff., the combination of contributory and non contributory elements is key to building comprehensive social security.
[672] A. Atkinson, *Inequality*, quoted, p. 230 ff.

The rationale of this wide recognition of social security credits, as endorsed by some countries, is that these activities contribute to the wellness of society and consequently deserve to be credited for social security entitlements and to be supported by national budgets. A number of States have applied this rationale also to the growing number of part time workers, which so far have received scarce or no social security benefits, by granting contributions paid out of taxes to the periods of part time unemployment.

This new design of social insurance has the positive effect of extending the benefits to groups of workers mostly in need to be supported by public solidarity. At the same time it can contribute to redress the balance between social insurance and social assistance, against the trend promoted by mainly conservative governments to reduce the share of insurance - based systems and to shift the emphasis on social assistance. The consequence of this neoliberal approach has been that assistance programs have remained the only form of social protection for a increasing number of workers: a protection which is often of reduced amount due to the scarcity of resources and to the competition with other claimants (citizens and non citizens at risk of poverty).[673]

The coverage and the adequacy of many programs of social assistance have been limited not only for the reasons just mentioned, but by the use of various types of means and income tests. The actual implementation of means testing, combined with high marginal taxes, has caused a increasing number of unclaimed benefits and of incomplete take up, which raises serious doubts on the functioning of many schemes of social assistance.[674]

Furthermore, as Atkinson reminds us, receipts of means tested as opposed to unconditional benefits is stigmatizing.

The inadequacy of existing social security schemes to meet the expectations of workers and of citizens has stimulated the search and practice of alternative ways to design these schemes. Indeed the growth of inequalities and of poverty among various sectors of the population, including workers, has posed a major challenge to the entire welfare system, even in the rich countries.

17. Minimum income provisions: common objectives, different conditions.

In response to this challenge most European countries have introduced or reinforced various forms of minimum income directed to provide monetary support to poor workers and families, usually accompanied with personal assistance services to the beneficiaries, with a special emphasis on child care.

In spite of some common principles the types and levels of benefits granted by these measures and the conditions of access are quite variable and have been adapted over time to respond to the needs of people in conditions or at risk of poverty.[675] Poverty is defined according to criteria legally determined by the national systems.

[673] In fact social assistance benefits have eroded in most States since 2000: B. Cantillon, N. van Mechelen, *Between dream and reality, on anti poverty policy. Minimum income protection and the European social mode*l, in B. Cantillon, H. Vershuren, P. Ploscar, *Social inclusion*, quoted, p. 193.

[674] A. Atkinson, *Inequality*, quoted, p. 229.

[675] The European Parliament in a resolution of October 2010 already indicated that a European strategy on social protection should encompass a minimum income set at a level equivalent to 60% of median income of the State concerned. The European Commission

Usually the national systems of minimum income have maintained the approach common to most welfare measures, whereby (for people able to work) they are combined with labor and training policies aimed at activating the beneficiaries.[676]

The possibility to introduce measures of basic income unconditional, i.e. granted regardless whether the beneficiaries work or are willing to work has been widely discussed in Europe and has been tested in practice with some limited experiments (Finland, Austria). But so far the introduction on a general scale of basic unconditional income has not been decided. Indeed it has been deemed unfeasible not only for its costs but for objections of principle. One: because disconnecting completely social security from the participation to the labor market would obscure or minimize the value of work and contradict the concept of social security as contributing to the activation of people; two: because it might reduce the (prior) commitment of public economic policy to the promotion of employment opportunities.

The actual costs of basic income depend not only on its coverage and level but also on its relations with other social security benefits. The present measures of minimum income have been often introduced in addition to the existing measures of social assistance, with some specific targeting (which however has not been always sufficient to avoid overlapping of benefits).

Some countries have followed a different approach: the UK has introduced (and revised) a system of universal credit, which merges six existing benefits into one, with the declared aim of simplifying the access to the benefits, but also of better controlling their conditions and of reducing the overlapping of schemes.[677]

Any how the introduction of a general form of unconditional basic income would dramatize the issue of coordination among social security measures and the need of financial sustainability. According to some estimates referred to the Austrian case, a non conditional basic income of 800 euro granted in addition to other social security benefits would result in raising the state social expenditures to 70%. An increase of such a magnitude of social security costs, which in many of

---

has set out in 2008 common principes and guidelines for a comprehensive strategy based on three integrated pillar: adequate income support, inclusive labor markets, access to quality services.

An overview of the various measures can be found in H. Frazer, E. Marlier. *Minimum income schemes in Europe. A study of national policies 2015,* for the European Commission; *Minimum Income policies in EU member States*, April 2017, European Parliament, IP/A/ Empl /2016-22. ESPN (European Social Policy Network), 2016.

The questions concerning minimum income have been object of long discussions among experts and also among policy makers: B. Cantillon, N. van Mechelen, *Between dream and reality*, quoted, p. 202, who remark that "given the great heterogeneity between countries any binding agreement on minimum income will have to be flexible and gradual"; H. Verschuren, n. 3, A. Van Lancker, *Working document on a framework directive on minimum income* (2010), A. Atkinson, *Inequality,* quoted, 218 ff.

676 On this common basis it has been advocated that minimum income might be the likely candidate for a pioneering European legislation on the sphere of social protection B. Cantillon, N. van Mechelen, *Between dream and reality,* quoted, p.187.

Another candidate might be a system of common unemployment benefits: S. Dullien, *A European Unemployment Benefit Scheme. How to Provide for More Stability in the Euro Zone*, Verlag Berterlsmann Stiftung, Gutersloh, (2014); M. Faioli, *Introduction The EUBS without States?*, in Economia & Lavoro, I, 2017, p. 7 ff.; S. Bologna, *The unemployment scheme: legal basis, for resocialising Europe,* in Economia e Lavoro, quoted, p. 11 ff.; T. Bazzani, *EUBS Implementation from a comparative perspective: a chance for increasing the EU's Legitimacy,* in Economia e Lavoro, quoted, p. 27 ff.; Elena Monticelli, *The EUBS and the Protection from Involuntary. Unemployment*: *Towards a New Model of Solidarity in Europe?,* in Economia e Lavoro, quoted, p. 77 ff.; V. Ferrante, *Afterword. The European Benefit Scheme: the Way Ahead*, in Econ. e Lavoro, quoted, p. 93 ff.

In fact the European Commission emphasizes that minimum income schemes should be introduced in the context of an active approach, linking adequate income with inclusive labor and high quality services. The report quoted above shows that this emphasis on active labor policies is present in nearly half of the 35 countries covered.

677 The Economist, *The new safety net,* 2nd June 2018, p. 32.

our countries are already high, would hardly meet the capacity and the willingness of the active population to share the burden of this welfare measure.[678]

On the other hand granting basic income in substitution to all other welfare benefits, following a neoliberal approach to social security, would not contribute to promote equality among the beneficiaries and the citizens. On the contrary it might increase the gap between the poor and the rich because the former profit more relatively to the latter from the existing social security benefits (which perform redistributive functions).

The discussions and the controversies over this perspective are due to continue.[679] They might be influenced by the impact of the digital revolution on the future of work. Whatever the dimension of the impact, certainly these technologies will represent a major challenge for the existing measures both of labor law and of social security.

Policy makers and the social parties will be faced more drastically than in the past with two general alternatives: find economic and labor strategies capable of promoting employment opportunities for people displaced by the new technologies, or pursue some redistribution of employment opportunities by reducing working time - as the German metal workers have begun to do - , and/or by generalizing part-time work even more than in the Dutch system.

The impact of the digital revolution on the quantity of work might increase the pressure to experiment forms of basic income, on the assumption that no viable economic policies can be implemented to fight an irreversible decline of work. But this assumption cannot be taken for granted.

18. Social security and labor policies: common challenges and need of coordination.

The evolution of social security systems analyzed here confirms the need of further reforms directed to reconcile financial sustainability and social adequacy of the various kinds of benefits. This reconciliation is proving particularly difficult for the future generations in the area of pensions, which appear to be most exposed to the negative impact of restrictive social and economic policies and of demographic trends.

---

[678] F. Marhold, *Solidarity, who for whom?* Paper presented at the XII Regional Congress of the ISLSSL, Prague, 2-22 Sept. 2017.The Author discusses the meaning and value of different types of solidarity. The welfare prevailing in continental Europe has been based on solidarity among employees belonging to defined social and economic categories (and the mutualization of the risk among the members of the group has been implemented by various forms of insurance). The extension of welfare schemes to most or all categories of workers, which have been promoted by the reforms discussed above, corresponds to a broader concept of solidarity, which encompasses groups and individuals in different work and economic conditions and (often) requires the financial participation not only of the categories of the beneficiaries, but of the citizens, via the general taxation system. This wider sense of solidarity which goes beyond the traditional insurance –based schemes, supports the various forms of minimum pensions and minimum income, which are referred to members of the active or sometime of the resident population. An even broader concept of solidarity would be called in question in order to extend social security schemes to people who do not belong to the group of risk sharers: e.g. to non residents, non taxpayers, non contributors, such as migrants, refugees, and also young people not (yet) active. The question discussed by Marhold is whether our social security systems will be capable to deal with these situations.

[679] A different version of minimum income is proposed by A. Atkinson*, Inequality*, quoted, p.219 ff. according to whom this income would complement existing social transfers (rather than replace them) and should be paid on the basis not of citizenship but of participation, defined as any kind of activity making a social contribution, (not only paid employment, but training, active job, search, and home care or regular voluntary work).

The pressure of new technologies and of the increased global competition are threatening the adequacy not only of social security, but also of traditional employment policies.

A significant evolution worth mentioning, because it is somehow parallel to the changes of social security analyzed here, is the diffusion of minimum legal wages in many countries, lately Germany.[680]

The pressure of the external factors just mentioned has deeply influenced the dynamics of the labor market, increasing the inequalities, exposing a growing number of workers to the risk of unemployment, and often obliging them to accept working conditions and salaries much below the average standards. Legally defined minimum wages have been usually introduced in order to compensate for the reduced capacity of collective agreements to perform their traditional function of wage regulators, particularly for the growing number of atypical workers and for regular workers of low skills and qualification.[681]

These minimum salaries can be broadly grouped into two categories, universal regimes which define a general wage floor for all employed workers, and sectoral regimes which set a minimum wage for specific branches and/or occupational groups.

The first category performs the function not of fixing the wage correspondent to the specific job hold by the individual, but of guaranteeing an income sufficient to meet the basic needs of the worker and of its family. This function of minimum wage which is explicitly mentioned in the Italian constitution (art 36), goes beyond the concept of a strict counterpart of work and embodies a principle of adequacy. In this respect the function is similar to that of social security institutions.

This diffusion of minimum wages and the evolution of their functions are significant indicators of the need to coordinate labor market policies with social security measures.[682]

The European guidelines on flexicurity which have been the most significant benchmark for national labor market policies are another example of this kind of coordination. According to the guidelines labor regulations introducing more flexibility in employment contracts need to be accompanied with active labor and training policies and economic supports aimed at providing security to the workers in the transitional labor markets. But also this policy needs to be reconsidered in the present and future world of work.

The fragmentation of work patterns requires new instruments and policies capable of guaranteeing employment continuity in the (recurrent) variation of job positions. On the other hand welfare measures will be challenged to sustain employment transitions with new more focused measures: in particular services and income support directed to promote the reemployment of unemployed workers and the employment of inactive persons; paid leaves for periods of inactivity due to personal reasons (not only parenthood, illness, work accidents, but also professional upgrading); personal services aimed at facilitating work life balance, professional and territorial mobility.

---

680 The Commission has stated that minimum wage should be present in every EU member and the ETUI has advocated the implementation of a European minimum wage standard to fight poverty and to foster internal demand. ETUI Policy Brief 118/2014, *Back on the agenda: a European minimum wage standard.*

681 Eurofound, *Statutory minimum wages in the EU 2017*; the level of statutory minimum wage varies considerably between the lowest less than 500 Euros per month (most new member States) to 1999 Euros in Luxemburg (2017).

682 The necessity to abandon the separation between employment, social security, family and educational policies is stressed by M. Heidenreich, *The open method of coordination: a pathway to the gradual transformation of national employment and welfare regimes?,* in Heidenreich, Zeitlin*, Changing European employment and welfare regimes*, quoted, p. 25.

In this perspective welfare measures need to be better integrated with labor policies with the aim of helping them in the difficult task of fighting precariousness and of promoting quality employment. Indeed the institutions of social security are called to perform a major role for the future of labor relations, because they will be decisive in correcting the deficiencies and failures of transitional labor markets.

19. Coordination of different policies and common levels of adequacy.

The forms of this coordination must be further investigated in order to adjust social security institutions to the changing dynamic of the labor markets and to the new forms of work. In performing these new functions the institutions of social security will still (or even more) be required in order to maintain a balance between the two guiding principles of sustainability and adequacy.

The meaning of adequacy has to be examined in relation to the various areas so as to reflect the different functions of the benefits, in particular to determine the level of income to be guaranteed to the beneficiaries.

The various forms of social assistance, in so far as they are finalized to satisfy fundamental needs of workers (or possibly of citizens) with resources coming from the solidarity of the national community and defined in the public budgets, should be designed in such a way to provide a similar level of benefits, even though with variable forms of income guarantee and of services.

Some national experiences show convergent trends in this direction. In particular the common objective should be to provide similar basic treatments in the case of minimum income, in favor of workers who are unemployed beyond the maximum terms provided for insurance-based benefits, and in case of (minimum) social pensions. These income guarantees may be accompanied by special allowances and by personal care and health services according to the specific conditions and needs of the beneficiaries.

Minimum wages are usually fixed at a level higher than minimum income, a level which is justified by their multiple function. Even though they perform not a purely commutative but a social function, they correspond to a work activity which deserves to be specifically rewarded.

I diritti dei lavoratori digitali nella prospettiva del Pilastro sociale*

Bruno Caruso

1. Dall'euro ottimismo all'euro pentitismo: il neo-sovranismo della dottrina giuslavoristica 227

2. Per un approccio realistico al Pilastro sociale: né delusione né entusiasmo 228

3. Cosa intendiamo quando parliamo di lavoratori digitali: il lavoratore della piattaforma come tipo sociale 229

4. Lavoro digitale, lavoro agile e Pilastro Europeo dei diritti sociali 235

5. Nel cono d'ombra del Pilastro sociale Europeo: tre possibili strategie regolative 238

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".INT – 146/2018

1. Dall'euro ottimismo all'euro pentitismo: il neo-sovranismo della dottrina giuslavoristica.

Collegare il pilastro sociale a una strategia di tutela effettiva dei lavoratori digitali[683], potrebbe sembrare un'operazione pretenziosa e di euro ottimismo retrò[684] in tempi di euro pentitismo dilagante nella cultura giuslavoristica *mainstream*[685]. Non da oggi - almeno dal referendum negativo sul trattato costituzionale, con la sinistra francese schierata in prima fila contro[686] - una certa sinistra addebita all'Europa e alle sue politiche neo-mercantili prima e di austerità dopo, il fallimento del sogno europeo, anzi la sua trasformazione in incubo. Anti europeismo di sinistra e di destra sembrano così saldarsi, anche se le giustificazioni sembrano diverse: più solidarietà sociale e, contraddittoriamente, internazionale a tutela dei sistemi di welfare nazionali da un lato, maggiore difesa dei confini dalle 'invasioni barbariche' ma anche dei valori e delle radici etniche, nazionali e cristiane dall'altro.

In effetti, lo stato d'animo riconducibile al pentitismo è più della cultura di sinistra (un filone di pensiero di destra antiliberale ha sempre guardato con scetticismo all'Europa)[687]; si tratta di un sentimento, prima ancora che di una precisa e razionale posizione scientifica, comune a molti studiosi dell'integrazione europea e del suo modello sociale, un tempo più o meno moderatamente e freddamente pro UE, ma mai euroscettici[688].

È una posizione che porta, per esempio, a considerare il pilastro sociale, nella migliore delle ipotesi, una ulteriore manifestazione della perdurante impotenza regolativa dell'Unione nella costruzione di un modello sociale comune. Nella peggiore, l'ennesima conferma che le istituzioni europee anche quando si occupano di sociale, pensano in primo luogo al mercato e alla libertà di impresa[689]. Viene imputata alle istituzioni europee una sorta di ossessione mercatistica, una sorta

---

[683] Tale collegamento ha ricevuto autorevole avallo dalla Commissione che, nel 2017, nell'ambito del contenuto del Pilastro sociale (Commission Staff Working Document Refit, *Evaluation of the "Written Statement Directive"* (Directive 91/533/EEC), SWD (2017) 205 final 3, 6) ha proposto di includere i lavoratori delle piattaforme digitali nel processo di revisione della Written Statement Directive (COM (2017) 797 final), considerandoli rientranti nella categoria dei worker. Si rinvia a M. Risak, F*air working conditions for platform workers: Possible regulatory approaches at the EU level*, Friedrich-Ebert Stiftung, p.14.

[684] Criticamente, di «*culture of total optimism*», a proposito della costruzione dell'ordinamento europeo, ha parlato G. Majone, *Rethinking the Union of Europe Post-Crisis. Has Integration Gone Too Far?,* Cambridge University Press, Cambridge, 2014.

[685] Sulle difficoltà politiche istituzionali della costruzione Europea di fronte all'emergere dei populismi e dei sovranismi di varia natura, v. J. F. Drevet, *L'Europe malade de ses Etats membres*, Futuribles, n.426, Settembre-ottobre 2018, p. 86 ss.

[686] All'insegna di slogan anti UE la campagna referendaria della sinistra francese "*Constitution Européenne: le capitalistes disent oui Nous Rèpondons Non",* riproduzione fotografica riportata nel volume, *Postwar,* di T. Judt, Laterza, Bari, 2017

[687] Sul ruolo e dispiegamenti delle correnti culturali sottostanti alla storia contemporanea dell'Ue, si rinvia a T. Judt, *Postwar,* cit. Sulle radici storico-culturali reazionarie di una certa destra italiana A. Scurati, *M il figlio del secolo,* Bompiani, Milano, 2018.

[688] In tal senso una ricognizione critica del pensiero politico e giuridico "europeista", e delle forme di *executive managerialism* con conseguenze, neoautoritarie, di *unfettered excutive discretion*, in C. Joerges, C. Kreuder-Sonnen, *Europe and European Studies in Crisis, Inter-Disciplinary and Intra-Disciplinary Schisms in Legal and Political Science,* WZB, Berlin Social Science Center, Discussion Paper, 2016, p. 13 ma *passim*. Per un approccio costruttivamente e propositivamente riformista delle istituzioni europee, invece S. Fabbrini, *Sdoppiamento. Una prospettiva nuova per l'Europa,* Laterza, Bari, 2017; pure M. Ferrera, *Rotta di collisione. Euro contro Welfare,* Laterza, Bari, 2016; G. Amato, E. Galli della Loggia, *Europa perduta?,* il Mulino, Bologna, 2014.

[689] In tal senso S. Giubboni, *Oltre il Pilastro europeo dei diritti sociali. Per un nuovo riformismo sociale in Europa,* in G. Bronzini (a cura di) *Verso un pilastro sociale europeo? Dopo la Joint Declaration di Göteborg,* Atti del convegno della Fondazione Basso, Roma, 9 maggio 2018, Fondazione Basso, Roma. Considerazioni critiche sul Pilastro sociale pure in A. Bogg, K.D. Ewing, *The continuing Evolution of European Labor Law and the Changing Context for Trade Union Organizing, CLL&PJ,* 2017, 38, p. 219 ss., che lo considerano una «*de facto deregulatory initiative*». In posizione di attesa critica anche F. Durante, *Lavoro e welfare: il sindacato e il Pilastro europeo dei diritti sociali,* in *RPS*, 2017, 2, p. 165.

di coazione pavloviana verso il neoliberismo che finirebbe per trapelare anche dalle buone intenzioni, da cui la riscoperta, anche da parte di certi settori della cultura giuscostituzionalista e non solo giuslavorista, di un certo patriottismo costituzionale, non alieno da sfumature sovraniste e identitarie, filone culturale, al quale sembra di recente sensibile anche la Corte Costituzionale (la sentenza n. 269 del 2017)[690].

2. Per un approccio realistico al Pilastro sociale: nè delusion nè entusiasmo.

Alla vigilia di elezioni del Parlamento Europeo che potrebbero segnare una svolta negativa per i fautori di una integrazione più forte e politica, non è il caso di riproporre atteggiamenti o facili speranze eurottimiste. Pare più corretto, per chi continua a dichiararsi semplicemente europeista senza ulteriori additivi linguistici, assumere un atteggiamento pragmatico e di riformismo concreto[691]. Si tratta di un atteggiamento che potrebbe sintetizzarsi in questa domanda: come può essere utilizzato il Pilastro europeo per una strategia di ripartenza dell'Europa sociale, senza eccessive illusioni ma fatta di piccoli passi[692]?

Circolano analisi e ricerche molto serie che si ispirano a un approccio pragmatico e concreto. In un recente studio di due ricercatori dell'*European Trade Union Institute* si offre una concreta base analitica oltre che giuridica, nel caso in cui ci fossero le condizioni politiche per trasformare, nel medio periodo, le raccomandazioni ancorché solenni del Pilastro sociale, in una strategia di diritti vincolanti ed effettivi, veicolata da mirati provvedimenti di *hard law*[693].

La proposta, in estrema sintesi, è di riformulare i venti *policy statement* del Pilastro sociale, in forma di rafforzamento di diritti sociali topici, e di inserimento di altri del tutto nuovi: alcuni di tipo procedurale, per esempio il diritto al rispetto dei diritti, una sorta di clausola generale di effettività, con ricadute sul sistema sanzionatorio che rinvia alla questione della dissuasività dei meccanismi nazionali di tutela dei diritti; tema di recente affrontato in Italia con riguardo alla riforma del rimedio reintegratorio nel licenziamento illegittimo e che ha prodotto come primo risultato la pronuncia di illegittimità costituzionale delle c.d. tutele crescenti[694]. E poi la traduzione

---

[690] Il dibattito a più voci sulla sentenza della Corte in http://www.giurcost.org/decisioni/2017/0269s-17.html, ove sono elencati gli interventi apparsi in varie riviste on line.

[691] Si veda J. Laborde, *Cosa resta del modello sociale europeo?*, *LD*, 2013, 3, p. 333 ss. S. Sciarra, *Solidarity and Conflict,* Cambridge University Press, Cambridge, 2018. Una sintetica, ma efficace e realistica, ricostruzione dell'evoluzione del modello sociale europeo nel contesto più generale dell'integrazione economica e politica, in G. Moro, *Il Modello sociale europeo fra complessità e ibridazione,* Alss, 2017, 3, p. 517 ss. Per una ricostruzione dell'*acquis* normativo alla base dei principali diritti sociali, E. Ales, *Diritti sociali e discrezionalità del legislatore nell'ordinamento multilivello: una prospettazione giuslavoristica, GDLRI*, 2015, 3, p. 455 ss.

[692] Nella medesima lunghezza d'onda di sobrio realismo S. Sciarra, *Solidarity and Conflict,* cit. Per una contestualizzazione storica del Pilastro sociale, F. Hendrickx, *European Labour Law and the Millennium Shift: From Post to (Social) Pillar, BCLR*, 2018, che gli attribuisce un ruolo di "*game changer*" malgrado persistenti dubbi e questioni aperte con riguardo alla traducibilità delle asserzioni in disposti normativi effettivi: «the Pillar obviously has the potential of bringing about a new policy dynamic. And within an EU context, labour law needs more than just new labour rights (…) Labour and social progress may also effectively proceed through small legal steps. The Pillar will certainly be subject of further legal debate and, quite likely, be used in legal interpretation. Every new formula with potential legal relevance, even if it goes through a Pilastro sociale, gives new potential to build up a legal system that responds to the logic of labour law and the aspirations of real social policy. This means that, besides the Pillar's political effects, the power of its words should not be underestimated», p. 61-62.

[693] K. Lörcher, I. Schömann, *The European pillar of social rights: critical legal analysis and proposals*, ETUI report 139, 2016.

[694] Si fa riferimento alla pronuncia, non ancora depositata al momento in cui si scrive, ma anticipata negli esiti da un comunicato della Corte (del 26 settembre 2018), con la quale i giudici costituzionali hanno dichiarato il contrasto della «previsione di un'indennità crescente in ragione della sola anzianità di servizio» ai principi di ragionevolezza e uguaglianza. Per le questioni in gioco si rinvia a B.

in uno specifico diritto del principio del *favor lavoratoris*; una maggiore esplicitazione del diritto di non regresso; il diritto alla protezione dei dati personali; diritti e protezioni per il whistleblower; un rafforzamento operativo del diritto al lavoro. In sintesi, la proposta di una struttura più articolata del Pilastro sociale con un focus maggiore sulle c.d. *working conditions*[695].

Si può discutere sul merito delle proposte, alcune delle quali sembrano troppo veicolate da vistosi pregiudizi. Il documento del centro di ricerca sindacale ritiene, per esempio, che il Pilastro sociale sia vistosamente ispirato alla ideologia della flexicurity, che è invece decisamente attenuata rispetto al pregresso, per esempio rispetto allo spazio che aveva nel Libro verde sulla modernizzazione del 2006[696], e in altri ormai storici passaggi[697]. E tuttavia l'approccio concreto e costruttivo pare proprio per questo preferibile, rispetto alla scelta di rinunciare alla prospettiva della costruzione sociale europea o assumerne una minimalista[698].

3. Cosa intendiamo quando parliamo di lavoratori digitali: il lavoratore della piattaforma come tipo sociale.

Con riguardo al tema specifico delle piattaforme digitali, l'Europa si è occupata già di economia collaborativa o come si preferisce più asetticamente definirla, economia delle piattaforme[699], in un documento della Commissione del 2016[700] che molti hanno giudicato sbiadito e poco pregnante quanto a proposte regolative e in una risoluzione del Parlamento del 2017[701]. Secondo

---

Caruso, *Il licenziamento disciplinare: la prospettiva rimediale tra bilanciamento della Corte costituzionale e diritto vivente giurisprudenziale, DRI*, 2018, 2, p. 494 ss.

[695] La riorganizzazione in un quadro sinottico dei diritti assume, nella proposta dei ricercatori dell'istituto sindacale europeo, una tale conformazione: Diritti Procedurali: *Rig*ht to effective enforcement; Right to most favorable conditions; Right to non-regression. Diritti Sostanziali: Right to work; Right to dignity at work; Right to reasonable working time; Right to the protection of personal data in the employment relationship; Right to freedom of expression including the right to whistleblowing; Right to protection of specific groups.

[696] Libro Verde, *Modernizzare il diritto del lavoro per rispondere alle sfide del XXI secolo,* Bruxelles, 22.11.2006 COM(2006) 708 definitivo.

[697] Altri documenti europei sulla flessicurezza in http://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=102&langId=it#navItem-1.

[698] Per un'analisi interpretativamente costruttiva del modello sociale europeo basata sul concetto di mercato interno costituzionalmente condizionato, si veda D. Shiek, *Towards more resilience for a social UE, the Constitutionally conditioned Internal market,* Celtes on line paper series, 2017, 6. Per la posizione della Commissione, in questa fase, cfr. il documento *Reflection paper on the Social dimension of Europe,* COM(2017) 206 of 26 April 2017

[699] DG IPOL, *The social protection of workers in the platform economy*, European Commission, Brussels, Belgium. Di lavoro on line (labour, platform work) si parla invece in un altro documento EU-OSHA, *The future of work: crowdsourcing - Safety and health at work.* 2015, p. 13. La letteratura sul tema non si risparmia quanto a terminologia, a dimostrazione della ancora scarsa condensazione concettuale del fenomeno: si parla, anche con sfumature valoriali diverse, di sharing economy, gig economy, crowd employment, on-demand economy, collaborative economy, crowd sourcing, peer to peer economy. Per una utile indagine anche dei vari termini utilizzati ne diversi contesti nazionali si v. la table n.3 della ricerca Eurofound (la più aggiornata e accurata sul fenomeno per quel che ci consta), *Digital age. Employment and working conditions of selected types of platform work*, Luxembourg, 2018. Interessanti pure gli annessi report sulle diverse situazioni nazionali, *National context analysis*; per l'Italia, molto accurato il report di V. Di Stefano, A. Aloisi, Eurofound, 2018. Per una ragionata rassegna della letteratura, sempre nell'ambito della medesima ricerca, Eurofound, *Platform work: Types and Implications for Work and Employment- Literature review*, Eurofound, 2018.

[700] European Commission, *A European agenda for the collaborative economy* COM (2016), No. 356, Brussels, Belgium. Si v. pure European Commission*, Commission staff working document*: *A European agenda for the collaborative economy - a supporting analysis,* (2016)2562059, Brussels, Belgium. European Commission, Flash Eurobarometer 438, *The use of collaborative platforms*, Brussels, Belgium, 2016. European Commission, *The European collaborative economy: A research agenda for policy support, Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions*, COM(2016) 356 final, 2 June 2016, Brussels, Belgium.

[701] Risoluzione del Parlamento europeo maggio 2017, *Su un'agenda europea per l'economia collaborativa* (2017/2003(INI)).

osservatori critici, nulla di più del "paludato mondo" dei documenti della Commissione e delle risoluzioni del Parlamento privi di efficacia: al più buone intenzioni.

Va, tuttavia, considerato che la nozione di lavoratore digitale pone di per sé un problema di identificazione e ricognizione del tipo sociale[702] oltre che di valutazione dei suoi numeri effettivi[703]. Gli effetti delle nuove tecnologie digitali e della quarta rivoluzione industriale sulla morfologia - ma anche sulla antropologia del lavoro - sono dirompenti: aumentano certamente la differenziazione e le fratture sociali, lo specchio del lavoro digitale si presenta in frantumi[704]. Sul piano della riflessione generale la IV rivoluzione industriale rimette al centro, come rilevato da Giuseppe Bronzini[705], il grande tema del rapporto tra tecnica, diritto e lavoro, intuito a suo tempo da Gaetano Vardaro e ora ripreso da Adalberto Perulli[706]. Quel che è certo è, dunque, che quella di lavoratore digitale non è una categoria sufficientemente discreta, rinviando invece a un quadro quanto mai mosso che, se una certezza produce, va considerata in negativo: il lavoro digitale, ancora in effetti poco diffuso percentualmente ma in crescita esponenziale[707], ci dice, certamente, della irrilevanza delle vecchie strategie di regolazione e protezione lavoristiche uniformi, mediante l'ormai inservibile strumento della norma inderogabile di legge o di contratto.

Gli studi più recenti[708] evidenziano almeno dieci tipologie di piattaforme e, al loro interno, tre tipologie a maggiore tipicità sociale, in cui si articolano differentemente, anche nei diversi contesti nazionali, le problematiche di tutela e di regolazione del lavoro, le dinamiche di interessi e identità nel lavoro e le questioni di rappresentanza:

---

[702] E' già problematico individuare una nozione di lavoratore subordinato di ambito europeo; di recente S. Giubboni, *Per una voce* status *di lavoratore subordinato nel diritto dell'Unione Europea, RDSS*, 2, 2018, p. 207 ss. In chiave critica anche con riguardo alla giurisprudenza CGUE, N. Kountouris, *The Concept of 'Worker' in European Labour Law: Fragmentation, Autonomy and Scope*, *ILJ*, 2,2018, p, 192 ss.

[703] I numeri dei lavoratori coinvolti nei processi di digitalizzazione dell'economia e, in particolare, dei lavoratori dell'economia delle piattaforme non sono ancora elevatissimi, ma certamente in potenziale crescita: una analisi dettagliata in Eurofound *Platform work: Types and Implications for Work and Employment. Literature review,* cit., p. 8, ove richiami ad analisi specifiche. I dati indicati dicono di una differenza tra lavoratori addetti a *micro task* e *professional* e di una netta differenza tra registrati e operativi (5,8 registrati per i micro task e 580.000 attivi, 42 milioni registrati e 4,2 soltanto attivi per i professional). Si rinvia al report citato per maggiori dettagli e per dati più disarticolati e comunque ancora incerti (p. 12 ss.) con riguardo anche alla tipologia di prestazione (occasionali, stabili, freelancer, clickworker o PeoplePerHour)

[704] In generale si rinvia a M. Barbera, *Impresa, lavoro e non lavoro nell'economia digitale, fra differenziazione e universalismo delle tutele, GDLRI,* 2018, 2, p. 403 ss. Dalle ricerche Eurofound già citate viene un ammonimento a evitare approcci di ricerca generalisti e per macro categorie, e a operare invece per differenziazioni nazionali e tecnologiche, *Platform work: Types and Implications for Work and Employment- Literature review,* pp. 111-12: «(…) platforms, clients and workers are, for the time being, hardly ever required to register with specific authorities. This results in a non-existence of administrative data to capture the phenomenon. Nevertheless, anecdotal evidence points towards a growing dynamism related to platform work. New platforms seem to continuously emerge, at least some of the existing ones grow, and the number of affiliated clients and workers are assumed to be increasing. Accordingly, the reality of platform work is becoming more and more diverse, with an increasing heterogeneity within this employment form».

[705] G. Bronzini, *L'idea di un pilastro sociale europeo: cenni introduttivi*, in G. Bronzini (a cura di) *Verso un pilastro sociale europeo*? *Dopo la Joint Declaration di Göteborg*, cit.

[706] A. Perulli, *Lavoro e tecnica al tempo di* Uber, *RGL,* 2017,2, I, p.195 ss.; G. Vardaro, *Tecnica, tecnologia e ideologia della tecnica nel diritto del lavoro*, in *PD*, 1986, p. 75 ss., il cui pensiero è opportunamente ripreso da M. Tiraboschi, *Il lavoro agile tra legge e contrattazione collettiva: la tortuosa via italiana verso la modernizzazione del diritto del lavoro, WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT* – 335/2017, pp. 37-47.

[707] *Supra* nota 21. Per dati quantitativi e per tipologia occupazionale nelle principali piattaforme operanti in Italia, si v. D. Guarascio, S. Sacchi, *Le piattaforme digitali in Italia, un'analisi della dinamica economica e occupazionale*, Inapppolicy Brief, 2018, p. 4.

[708] Eurofound, *Digital age. Employment and working conditions of selected types of platform work,* cit., p. 13 ss.

a) *On location platform-determined work,* praticamente le piattaforme che mediano l'incontro tra offerta e domanda di prestazioni di lavoro di tipo standard e sostanzialmente uniformi (i fattorini in bicicletta di Foodora, gli autisti di Uber).

b) *On location worker-iniated work*: piattaforme che mediano domanda e offerta di lavoro fisico ma per c.d. micro lavoretti e servizi specializzati (*plumbing, cleaning, gardening, tutoring, baby-sitting* ecc.).

c) *On line Contestant platform work*. Piattaforme che mediano lavoro digitale che si svolge direttamente su piattaforma, normalmente creativo e molto specialistico (*graphic design, branding, product development*, ma anche traduzioni, *editing* ecc.).

Ci sono ovviamente delle caratteristiche comuni in queste tre tipologie di piattaforme: si tratta, per tutte, di lavoro remunerato e non gratuito che viene organizzato attraverso una piattaforma on line che, a seconda dei modelli, assume un ruolo più o meno intrusivo nel controllo delle prestazioni di lavoro che intermedia[709]. Sono normalmente coinvolte tre parti[710] ed è questa l'unica analogia con il lavoro somministrato: la piattaforma on line, il cliente e il lavoratore. Lo scopo della mediazione è lo svolgimento di compiti specifici[711], a volte standard, nel senso di compiti ripetitivi (la consegna di cibo, il trasporto di passeggeri con la propria autovettura, i lavori di pulizia; lavoretti di qualità medio bassa); a volte diversificati e mutevoli: affrontare questioni complesse, risolvere problemi (compiti qualitativi, creativi e di alta professionalità). In alcuni casi il rapporto con la piattaforma può riguardare *«larger scale tasks»* o addirittura progetti (con remunerazioni più vicine ai prezzi di mercato)[712]. Il lavoratore è per definizione "esternalizzato', opera cioè al di fuori da ogni confine reale o virtuale di impresa; meglio, per definizione, il lavoro non si confronta con i "confini dell'impresa"[713]. Insiste, in ogni caso, una frammentazione del *job* in *tasks*: con terminologia italiana quel che si mette a disposizione non è una attività di lavoro (un insieme di mansioni finalizzate a uno scopo) ma si scambia lo svolgimento di un compito/frammento, sganciato da una catena integrata di attività, con una remunerazione[714]. Nel caso dei dri-

---

[709] A. Aloisi, *Commoditized workers. Case study research on labour law issues arising from a set of "on-demand/gig economy" platforms*, *CLL&P*, 2015, 37(3), p. 653 ss che considera le piattaforme il datore di lavoro di un lavoratore sostanzialmente subordinato. Più articolata la posizione di J. Prassl, M. Risak, *Uber, Taskrabbit, & Co: Platforms as employers? Rethinking the legal analysis of crowdwork'*, *CLL&PJ*, 2016, 37(3), che collegano la qualifica di datore alle effettive funzioni di volta in volta (nelle singole piattaforme) rilevate. Per una versione ridotta in italiano, J. Prassl, M. Risak, *Sottosopra e al rovescio: le piattaforme di lavoro* on demand *come datori, RGL*, 2017,2, p. 219 ss.

[710] «Platform is described as a three-sided architecture»: Eurofound, *Platform work: Types and Implications for Work and Employment- Literature review*, cit., p. 2.

[711] Il lavoro frammentato in micro compiti è una delle sei caratteristiche salienti che identifica tale tipo sociale (da Eurofound, op. ult. cit., p. 2). Gli altri cinque tratti identificativi sono così delineati: «Aim […] to conduct specific tasks or solve specific problems; Paid work organised through platforms; Three parties involved: platform, client, worker; Form of outsourcing/contracting out; Break-down of 'jobs' into 'tasks'; On-demand services».

[712] Eurofound, op. ult. cit., p. 61; A. Alkhatib, M.S. Bernstein, M. Levi, *Examining Crowd Work and Gig Work Through the Historical Lens of Piecework*, *Proceedings of the 2017 CHI Conference on Human Factors in Computing Systems*, p. 4603.

[713] Pioneristicamente questa dimensione è stata colta da K. Stone, *From Widgets to Digits,* Cambridge University Press, Cambridge, 2004.

[714] Si veda, più in dettaglio, l'analisi di Eurofound, *Platform work: Types and Implications for Work and Employment- Literature review*, cit. su *scale of tasks (micro e larger)* e relativi skill richiesti, p. 60 ss. Id. *Digital age. Employment and working conditions of selected types of platform work*, cit. p. 32 ss.; A. Alkhatib, M. S., Bernstein, and M. Levi, *Examining crowd work and gig work,* cit.; L. Irani, *Difference and dependence among digital workers: The case of Amazon Mechanical Turk*, South Atlantic Quarterly, 2015, 114(1), pp.

ver di Foodora o di Foodinho, per esempio, l'oggetto della prestazione lavorativa non è una generica attività di trasporto di cibo a mezzo bici o motociclo, ma una concreta e unica consegna di cibo ad un certo indirizzo; viene meno, in tal modo, la messa a disposizione continuativa, posto che l'unica e concreta prestazione da cui sorge l'obbligazione può essere accettata o rifiutata liberamente: da cui l'esclusione, secondo la giurisprudenza italiana, di uno dei requisiti basici della subordinazione, vale a dire la messa a disposizione senza possibilità di scelta se offrire o meno la prestazione[715]. I servizi, infine, non sono erogati secondo una ordinaria programmazione aziendale, ma a domanda del cliente: a singola richiesta (anche limitata nel tempo e nello spazio) corrisponde la singola prestazione (lavoro "*on tap*") con conseguente effetti di sua scarnificazione con riguardo al tempo (vengono del tutto assorbiti i c.d. tempi accessori e/o preparatori) e una conseguente 'virtualizzazione' dello spazio, non nel senso che tale dimensione scompaia, ma che diventa giuridicamente irrilevante: lo spazio fisico può essere attraversato dalla prestazione, può essere inframezzato o può essere contaminato con lo spazio virtuale, o può sparire del tutto nella rete .

Ovviamente non rilevano, allo scopo della messa a punto del tipo sociale del lavoro digitale, tutte quelle piattaforme che non mediano lavoro anche finalizzato a servizi, ma si limitano a mediare direttamente servizi: di scambio commerciale (E-bay), di affitto di alloggi (Airbnb), di informazioni turistiche (Tripadvisor), ovvero a organizzare i *social media* e quindi specializzati anche in scambi non commerciali: Facebook, Linkedin ecc.), ovvero pubblicità ed erogazione di servizi in rete (Google)[716]. Fatti salvi i normali rapporti di lavoro di tipo amministrativo negli *headquarters*, ridotti ovviamente al minimo rispetto alla mole di fatturato che tali piattaforme movimentano. In una prospettiva diversa si collocano poi le piattaforme che gestiscono lavoro tramite algoritmi (il neo fordismo digitale di Amazon) che non pongono problemi particolari di tipo sociale e di inquadramento giuridico ma semmai di nuove forme di tutela rispetto a problematiche antiche, ma rivisitate dalle nuove tecnologie[717].

225–234. A. Aloisi, *Commoditized workers,* cit.; C. Codagnone, F. Lupiáñez-Villanueva, P. Tornese, G. Gaskell, *Behavioural study on the effects of an extension of access to social protection for People in all forms of employment,* European Commission, DG Employment Social Affairs and Inclusion, 2018

[715] Cfr. le note pronunce di merito sul tema: Trib. di Torino 7 maggio 2018, in *RIDL*, II, p. 283 ss. con nota di P. Ichino, *Subordinazione, autonomia e protezione del lavoro nella* gig-economy; Trib. Milano, 10 settembre 2018, n. 1853.

[716] La distinzione tra piattaforme di capitale e piattaforme di lavoro in D. Guarascio, S. Sacchi, *Digitalizzazione, automazione e futuro del lavoro*, Roma, INAPP, 2017, Inapp paper n.2 < goo.gl/JfZDMV >; id., *Le piattaforme digitali in Italia. Un'analisi della dinamica economica e occupazionale*, INAPPPOLICYBRIEF, n. 8 giugno, 2018.

[717] Il modello Amazon è stato al centro delle cronache quotidiane negli ultimi anni sia in negativo per le intense politiche di sostituzione del lavoro umano con robot e la sua gestione tramite algoritmi R. Luna, *Amazon recluta diecimila robot,* la Repubblica 21.5.2104; R. Querzè, *Amazon, tra gli scaffali hi-tech l'algoritmo gestisce il lavoro,* Corriere della sera del 21.10.2018; A*mazon, la mia vita a 100 pacchi all'ora e il cronometro per il bagno,* la Stampa, 20.10.2017; sia per la politica dei controlli sulla prestazione (i famosi braccialetti), *Cohen, ideatore del brevetto: Quanto vibra? Come i fulmini e le saette,* Corriere della sera, 3.02.2018. *Amazon, Bracciali per gli operai,* Corriere della sera 2.2.2018; sia per le reticenze a consentire normali relazioni sindacali, B. Cattero, M. D'Onofrio, *Organizzazione del lavoro e contrattazione collettiva nelle fabbriche digitalizzate di Amazon in Germania e in Italia,* Paper presentato al convegno di Brescia, "Impresa, lavoro e non lavoro nell'economia digitale, 12-13 ottobre 2017; id. *Orfani delle istituzioni. Lavoratori, sindacati e le «fabbriche digitalizzate» di Amazon, QRS*, 2018, 1, pp. 7-28. Sia, in apparente contraddizione, per le avanzate politiche di welfare aziendale, *Maxi-intesa nel welfare Usa per 1,2 milioni di dipendenti, Jp Morgan, Amazon e Buffett alla rivoluzione del welfare,* Il sole 24 ore, 31.1.2018. Una stimolante analisi sulle complessive trasformazioni sociali, psicologiche e simboliche del lavoro in ragione della nuova dimensione individualizzata, all'indomani dello sciopero dei dipendenti di Amazon, in A. Ciampi, *Oltre il caso Amazon, Rivoluzione nel lavoro ma la politica è indietro,* Il Messaggero, 27.11.2017; arrivano a risultati diversi, pur partendo dal medesimo riconoscimento dei processi di individualizzazione del lavoro, i dati della ricerca di D. Marini, *Fuori Classe, dal movimento operaio ai lavoratori imprenditivi della Quarta rivoluzione industriale,* il Mulino, Bologna, 2018.

Se si vuole ricondurre ad una rozza semplificazione il lavoro nell'economia delle piattaforme, si potrebbe, pertanto, costruire una tassonomia di almeno cinque tipi sociali, ognuno di essi distinguibili quanto a bisogni, interessi e possibili modelli di rappresentanza, così come conferma la ricerca di Eurofound più volte citata limitatamente alle piattaforme scrutinate nel report - che si occupa soltanto di quelli mediati dalle piattaforme digitali.

1) Fuori dalla mediazione delle piattaforme digitali, i *lavoratori agili*, che operano in contesti organizzativi comunque fortemente modificati dalla digitalizzazione; essi potrebbero essere considerati una evoluzione dei telelavoratori moderni in ragione delle nuove tecnologie che consentono un maggiore coordinamento spazio temporale della prestazione attraverso la tecnologia *smart* e *tablet*[718]; si tratta di lavoratori/trici molto sensibili alle problematiche della conciliazione dei tempi di vita e di lavoro e per i quali alcuni ordinamenti, quello francese oltre quello italiano, iniziano a predisporre nuove tipologie di diritti (il diritto alla disconnessione)[719].

2) Sempre fuori dalla mediazione delle piattaforme, i *lavoratori smart* formalmente dipendenti, molto formati, creativi e partecipativi di Industria 4.0, portatori di istanze di coinvolgimento che inducono le aziende tecnologicamente avanzate, che si avvalgono delle loro prestazioni, ad autoriforme nel senso: della destrutturazione dei regimi di orario (orari autogestiti, eliminazione dei dispositivi segna tempo, moduli di *discretionary time off*); della modifica delle modalità di calcolo della retribuzione (il lavoro subordinato a progetto e schemi individualizzati di retribuzione), o dei meccanismi di gestione della prestazione (appiattimento della catena di comando e trasformazione tendenziale del potere direttivo in attività di coordinamento); della riformulazione dei sistemi di inquadramento (bande larghe, gestione dinamica e connessione stretta con la formazione permanente), che anticipano anche le acquisizioni più avanzate della contrattazione integrativa di secondo livello(si pensi alle esperienze di Microsoft Italia, Axa, e in campo internazionale aziende come Netflix, Virgin ecc.)[720].

3) I lavoratori *peer to peer* delle piattaforme di intermediazione di servizi on line (l'*On line Contestant platform work)* che svolgono lavoro virtuale e in forma autonoma, imprenditori di se stessi, generalmente molto qualificati, a forte mentalità individualista, in grado muoversi con discreto potere negoziale nel mercato virtuale, il che consente loro di acquisire redditi da lavoro medio alti, ma con non risolte problematiche previdenziali e assicurative[721]. Secondo diffuse posizioni, a livello comparato, per questi lavoratori che rientrano con certezza nello status di *independent contractor*, si pongono problemi di tutela nel mercato: strumenti contro gli abusi di posizione dominante e delle pratiche di subfornitura; diritti di informazione e strumenti negoziali in grado di colmare le asimmetrie informative; esclusione dell'applicazione della normativa antitrust per

---

[718] Distingue correttamente, anche lessicalmente, tra lavoratori agili e lavoratori smart, M. Tiraboschi, *Il lavoro agile tra legge e contrattazione collettiva: la tortuosa via italiana verso la modernizzazione del diritto del lavoro, WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT* – 335/2017, p. 3 ss.

[719] Ampiamente E. Dagnino, *Il diritto alla disconnessione nella legge n.81/2017 e nell'esperienza comparata, DRI*, 2017, 4, specie 1030 ss.

[720] Si rinvia a B. Caruso, *Strategie di flessibilità funzionale e di tutela dopo il Jobs Act: fordismo, post fordismo e industria 4.0,* 2018,1, 81 ss. e ivi i riferimenti ai risultati delle indagini di M. Aoki, *Corporations in Evolving Diversity; Cognition, Governance and Instituions,* Oxford University Press, Oxford, 2010. In argomento si v. pure l'analisi di F. Seghezzi, *La nuova grande trasformazione*, Adapt University Press, 2017.

[721] Eurofound, *Digital Age, Employment and working conditions of selected types of platform work,* cit., p. 19 ss.

consentirne anche forme di organizzazione e tutela collettiva; specifiche normative a tutela delle prassi vessatorie di ritardo nei pagamenti, ecc.[722]. Anche per questi lavoratori, data l'importanza della formazione professionale continua in ragione dell'innovazione tecnologica, si pone il tema di efficienti politiche pubbliche mirate a rafforzare sistemi e meccanismi di incentivi anche all'autoformazione.

4) I *lavoratori intermediati da piattaforme digitali (On location platform-determined work)*[723] per prestazioni tradizionali e molto fisiche (il servizio taxi o la consegna a domicilio): *worker* e non *employee* secondo le corti inglesi, ma anche subordinati secondo recenti pronunce di giudici americani, autonomi invece secondo la giurisprudenza italiana costretta a decidere secondo il dualismo, 'tutto bianco tutto nero', imposto dal legislatore, per i quali la dottrina italiana è tentata di porre il problema in tema di adattamento di tutele rimediali, magari per via negoziale, piuttosto che di astratta qualificazione della fattispecie anche ad opera di operazioni qualificatorie del legislatore[724]. Secondo accreditate ricerche sul campo questi lavoratori, che costituiscono la maggioranza di quelli utilizzati dalla piattaforma, appartengono alla categoria dei *low skill* e svolgono spesso compiti routinari e ripetitivi (per es. il click work)[725]. Per questi lavoratori si pongono i problemi più urgenti di tutela, anche di tipo previdenziale, posto che le ricerche sul campo dicono che in tale tipologia di lavoratori si registrano percentuali di mancata copertura previdenziale

---

[722] In Italia la prospettiva della tutela del genuino lavoro autonomo con strumenti specifici e non mutuati dagli schemi del lavoro subordinato è da tempo sostenuta da A. Perulli, *Il* Jobs Act *degli autonomi: nuove (e vecchie) tutele per il lavoro autonomo non imprenditoriale,* RIDL, I, 2017 p. 182 ss.; id., *Il Jobs Act del lavoro autonomo e agile: come cambiano i concetti di subordinazione e autonomia nel diritto del lavoro, WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT* – 341/2017; pure O. Razzolini, *Piccolo imprenditore e lavoro prevalentemente personale,* Giappichelli, Torino, 2012; prospettiva regolativa, in parte almeno, realizzata con il d.lgs. n. 81/2017; in Giappone in termini similari S. Ouchi, *New Technology and Labor Law: Why Should Labor Policy Address Issues of Independent Contractors in Japan?, CLL&PJ*,2018, 38, p. 623, che mette opportunamente in luce (p. 624) l'importanza per questa categoria di lavoratori anche della predisposizione di un efficiente sistema di formazione pubblica; prospettiva anche in tal caso embrionalmente intrapresa dal d. lgs . 81/2017. Sul medesimo numero della rivista la presentazione delle riforme italiane alla comunità internazionale di M. Del Conte, E. Gramano, *Looking to the Other Side of the Bench: the New Legal Status of Indipendent Contractors Under the Italian Legal System, CLL&PJ*, 39, 2018, p. 598 ss.

[723] Secondo i dati presentati dalle ricerche Eurofound più volte citate, i lavoratori delle piattaforme del tipo *On location worker-iniated work* (lavoratori intermediati dalle piattaforme ma per lavoretti non sempre standard) presentano modalità di svolgimento del lavoro e di organizzazione della intermediazione leggermente diverse da quelli dell' *On location platform-determined work (*i personal trasport e i bike couriers) ma non arrivano ad una tipicità sociale tale da far pensare a modelli normativi di protezione specifici. Su Amazon Turk, la piattaforma più rappresentativa di questo modello, si v. B. Bergvall-Kåreborn-D. Howcroft, *Amazon Mechanical Turk and the commodification of labour, NTEW*, 2014, 3, pp.213-223. L. Irani, *Difference and Dependence among Digital Workers: The Case of Amazon Mechanical Turk,* The South Atlantic Quarterly, 1, 2015, p. 225 ss.

[724] Una completa ricognizione dei casi che hanno avuto rilevanza in sede giudiziaria, amministrativa e conciliativa in Eurofound, *Platform work, Literaure review*, cit., p. 97 ss. Un'analisi della giurisprudenza internazionale che predilige la strategia rimediale in T. Treu, *Rimedi, tutele e fattispecie: riflessioni a partire dai lavori nella Gig economy, LD*, 2017, 3/4, p. 367 ss. Si v. pure sulla giurisprudenza delle Corti inglesi e americane V. Papa, *Post-industriale o pre-moderno? Economia digitale e lavoratori on-demand: nuovi paradigmi organizzativi e vecchie esigenze di tutela, DRI*, 2018, 3, p. 729-753. Per un commento a due sentenze straniere di opposto tenore una dell'ETA britannico sugli autisti Uber e una della Cour d'Appel de Paris su fattorini Deliveroo, A. Donini, *La libertà del lavoro sulle piattaforme digitali*, *RIDL*, 2018, II, p. 42 ss. La scelta redazionale di pubblicazione delle sentenze straniere si presta a una rapida riflessione di metodo comparato: che ciò sia avvenuto nella parte della rivista normalmente riservata alla giurisprudenza interna, con commento affidato a studioso italiano, si lascia particolarmente apprezzare sia come scelta redazionale e di format editoriale in sé, sia come segnale evidente di integrazione giuridica degli ordinamenti, in questo caso nazionali europei, non solo a fini teorici (la comunità internazionale dei giuslavoristi *in action*) ma anche a fini di orientamento della giurisprudenza pratica domestica.

[725] Eurofound, op. ult. cit., pp. 23, 62; B. Fabo, M. Beblavý, Z. Kilhoffer, K. Lenaerts, O*verview of European platforms: Scope and business models*, JRC (Joint Research Centre), Seville, Spain, 2017, p.15; BEIS, *The experiences of individuals in the gig economy,* Department for Business, Energy and Industrial Strategy (BEIS), 2018, UK Government, p.73. Dalla indagine Eurofound cit., si rileva una precisa correlazione tra skill individuali e specifiche funzioni richieste dalla piattaforma, pp. 23-24

maggiori rispetto ai lavoratori tradizionali[726].

5) Infine i *lavoratori "ri-massificati"* secondo un modello che richiama il neo fordismo, e quindi certamente subordinati, ma ove il capo con il cronometro della catena di montaggio taylor-fordista[727] viene sostituito dal potere più subdolo e invasivo, perché invisibile, dell'algoritmo (i neofordisti digitali di Amazon). Con le specifiche problematiche riguardanti, per un verso, la novità dell'intreccio sempre più stretto e inestricabile tra strumenti digitali finalizzati ad automatizzare il ciclo di produzione e meccanismi indiretti di controllo della prestazione (i nuovi robot e le relative *technicalities*: la polemica sui braccialetti per il controllo delle prestazioni) e, per l'altro, le problematiche tipiche di tutela in un settore, come quello della logistica, particolarmente esposto a fenomeni dumping sociale.

Si tratta di tipologie sociali che producono, soprattutto nel caso del lavoro tramite piattaforme, incertezze di sussunzione nelle fattispecie duali del novecento: lavoro subordinato e autonomo, ma anche incertezze a valle in ragione delle conclamate insufficienze e inadattabilità per quel che concerne le tutele standard e tipiche del lavoro subordinato[728]. Sono rimescolamenti della morfologia e dell'antropologia del lavoro strettamente collegati ai mutamenti dei processi produttivi indotti dalle nuove tecnologie e allo stesso contenuto dei beni e dei servizi, sempre più smaterializzati, tipico del modello *two-side markets*[729]. Concetti come cloud, big data, mobile apps, geolocalizzazione, internet delle cose, robotizzazione e intelligenza artificiale, rilevano direttamente, per i giuslavoristi, per gli effetti a valle che producono sul modo di lavorare e sul modo stesso di concepire il lavoro, innescando, pertanto, conseguenze dirompenti sulle tradizionali categorie sociologiche e giuridiche di lavoro e lavoratore. Si tratta di esiti multilaterali, differenziati non univoci su cui su cui la dottrina non solo giuslavoristica sta incominciando a riflettere[730].

4. Lavoro digitale, lavoro agile e Pilastro Europeo dei diritti sociali

La rilevanza di tale trasformazione del lavoro è certamente nel raggio del Pilastro sociale, almeno

---

[726] Eurofound, op. ult. cit., p. 98; pure Eurofound, *Digital age*, cit.

[727] B. Coriat, *La fabbrica e il cronometro: saggio sulla produzione di massa*, Feltrinelli, Milano, 1979. Sul caso Amazon *supra* nt. 35.

[728] Nel più volte citato rapporto Eurofound, *Platform work, Literature review.*, cit, pp. 24 25, con riguardo ai lavoratori dell'economia delle piattaforme in senso stretto, si evidenzia come, al di là di ciò che li accomuna (il lavorare tramite piattaforma), essi si differenziano avendo riguardo agli schemi di rapporto di lavoro tradizionali: full time, part time, autonomi e lavoratori occasionali, non registrati come lavoratori (not working) dalle agenzie pubbliche e private. Per una larga percentuale di addetti, il lavoro nelle piattaforme è per altro integrativo di un lavoro normale (circa il 70%- 80%: il 60 % ha già un full time job e circa il 10/15% sono lavoratori autonomi nell'economia tradizionale) dal che consegue che il reddito che ne deriva è anch'esso integrativo (27 ss.). Sugli schemi contrattuali utilizzati dalle piattaforme di consegna a domicilio in Italia, si rinvia a D. Guarascio, S. Sacchi, op. cit.

[729] In tali schemi diventa irrilevante la collocazione geografica dell'attività produttiva e della prestazione di lavoro mentre cruciali diventano l'uso dei big data, delle piattaforme digitali, con crucialità e salienza degli effetti dell'organizzazione di impresa e di lavoro a rete: si veda G. Valenduc, P. Vendramin *Work in the digital economy, ETUI WP*, 2016, 3, p. 11 ss. Si v. pure C. Degryse, *Digitalisation of the economy and its impact on labour markets*, *ETUI WP,* 2016, 2.

[730] Per le sfide ai valori fondanti delle civiltà occidentali, connesse all'economia digitale, incominciando dalla democrazia, T. Bussemer, C. Krell, H. Meyer, *Social Democratic Values in the Digital Society Challenges of the Fourth Industrial Revolution*, Friedrich Ebert Stiftung, n. 10, 2016. In Giappone si parla, a proposito di internet delle cose e dell'impatto sociale di queste nuove tecnologie, di Società 5.0, *Realizing Society 5.0*, JAPANGOV; «Society 5.0, which the Japanese government is aiming at realizing, is a society where, through the Internet of Things (Io T), all human beings and things are connected, and a huge amount of information is accumulated in the virtual space (on the net) by means of the sensorsstretched in real space. Artificial intelligence analyzes this big data, and the analysis results are fed back to human beings in various forms in real space», S. Ouchi, *New Technology and Labor Law,* cit., p. 616. La letteratura, interdisciplinare, sul tema è ormai estesa; inutile richiamare titoli e autori.

in una sua lettura positivamente orientata[731]. Le possibili connessioni tra tale dichiarazione solenne, lavoro digitale e nuovi possibili modelli di tutela giuridica possono essere evidenziate procedendo per dovute differenziazioni. Certamente fuori dalla zona d'ombra del Pilastro sociale si collocano i lavoratori "vincenti" nell'impatto con le nuove tecnologie: i lavoratori *smart*, ma anche i lavoratori agili di Industria 4.0, ma non solo. In tal caso il problema non è tanto un impellente bisogno di tutela eteronoma (ancorché diritti di nuovo conio come il diritto di disconnessione sembrano discretamente utili per evitare anche eccessi di autosfruttamento); quanto di rilevare nuove modalità di regolazione con un genuino ruolo affidato all'autonomia individuale nel corroborare le nuove coordinate spazio temporali della prestazione di lavoro. Tutto questo all'ombra della regolazione contrattuale e della legge, come è avvenuto in Italia con l'intervento promozionale sul lavoro agile, che è considerato una mera modalità di svolgimento del lavoro subordinato e quindi non collocato dal legislatore fuori dallo schema sussuntivo del lavoro subordinato. Si è trattato in questo caso di un intervento di adattamento del modello tipico della subordinazione, attuato attraverso un ampliamento dello spettro delle fonti e con una valorizzazione delle capacitazioni affidata all'autonomia individuale. In questo caso, si rimane all'interno di una prospettiva di assestamento evolutivo del diritto del lavoro delle sue fonti e dei suoi strumenti[732].

Sul piano simbolico la legge sul lavoro agile rappresenta l'ingresso, nell'universo normativo del diritto del lavoro, della rivoluzione digitale. Ma non è mancato chi lo ritiene un intervento inutile, annoverabile tra le leggi manifesto. La stessa innovazione maggiore, il diritto alla disconnessione (previsto all'art. 19 della l. n. 81/2017) secondo alcuni non innova radicalmente rispetto al vecchio e conosciuto istituto della reperibilità; secondo altri, non è chiaro in cosa il lavoro agile si distingua dal telelavoro a distanza[733] Chi ha studiato questa modalità negoziale di organizzazione del tempo e del luogo di lavoro resa agile dai nuovi apparati digitali, ne ha messo poi in rilievo anche i collegamenti con gli obblighi formativi. Si tratta, infatti, di una modalità di lavoro che, proprio in ragione dell'uso dei nuovi apparati tecnologici, richiede specifica formazione anche in capo a chi deve gestirla manegerialmente (elemento puntualmente colto dalla legislazione francese: Loi El-Khomri 2016, adaption du droit du travail à l'ère numérique).

I tempi per una valutazione, in termini di utilità effettiva dell'intervento legislativo, sono probabilmente ancora prematuri proprio perché il lavoro agile costituisce uno dei quegli istituti che andrebbero valutati a valle della loro implementazione e non a prescindere da essa. L'alternativa alla fine in campo è se tale istituto si limiterà a dare formale copertura contrattuale a prassi concessive, di fatto unilaterali, riguardanti accomodamenti lavorativi richiesti dai dipendenti all'insegna della conciliazione dei tempi (il che evidentemente è sempre qualcosa, in termini di nuovi

---

[731] In effetti solo nel Preambolo numero nove della dichiarazione solenne delle istituzioni europee (Parlamento, Consiglio UE e Commissione) si fa esplicito riferimento alla rivoluzione digitale: «I mercati del lavoro e le società sono in rapida evoluzione: nuove opportunità e nuove sfide emergono dalla globalizzazione, dalla rivoluzione digitale, dal mutamento dell'organizzazione del lavoro e dagli sviluppi sociali e demografici. Le sfide, come la notevole diseguaglianza, la disoccupazione di lunga durata e giovanile o la solidarietà tra le generazioni, sono spesso simili negli Stati membri, anche se incidono in misura diversa».

[732] M. Del Conte, E. Gramano, *Looking to the other side of the bench,* cit., p. 593 ss.; G. Santoro Passarelli, *Lavoro eterorganizzato, coordinato, agile e il telelavoro: un puzzle non facile da comporre in un'impresa in via di trasformazione, WP CSDLE, Massimo D'Antona".IT*, 327/2017; F. Malzani, *Il lavoro agile tra opportunità e rischi per il lavoratore, DLM*, 2018, 1, pp. 17-36; A. Andreoni, *Il lavoro agile nel collegamento negoziale,* RGL, I, 2018, p. 105 ss. R. Casillo, *La subordinazione «agile»*, *DLM*, 2017, n. 3, 19 ss. G. Franza, *Lavoro agile: profili sistematici e disciplina del recesso, DRI*, 3, 2018, p. 774 ss.

[733] In tal senso soprattutto, M. Tiraboschi, op. cit.; *contra* M. Del Conte, E. Gramano, cit.

spazi per l'autonomia negoziale individuale)[734]. Ovvero se le norme contenute nella legge consentiranno (ma sussistono dubbi in ragione dei vincoli, in materia di orario e di sicurezza che la stessa normativa contiene)[735] accomodamenti individuali funzionali a valorizzare il lavoro smart, effettivamente creativo e autogestito, quindi con ricadute anche sul sistema di retribuzione, sul potere direttivo e su regimi di orario realmente innovativi.

Dove le nuove tecnologie hanno prodotto effetti dirompenti, accentuando vecchie forme di casualizzazione del lavoro e di ampiamento del lavoro intermittente e a chiamata, nelle quali si ripropone la tradizionale - e mai estinta - funzione protettiva del diritto del lavoro (il *purposive approach* secondo Davidov)[736], è nel c.d. lavoro tramite piattaforme (secondo le modalità sopra rilevate, § 3). La piattaforma che intermedia domanda e offerta di lavoro e genera micro lavoretti *on demand*. Spesso a tale tipologia di lavoro, grazie alle geolocalizzazioni, si accompagna anche una accentuazione e una efficientizzazione del lavoro nella forma a chiamata, perché la piattaforma permette di intermediare con grande precisione, consentendo di individuare l'ubicazione geografica della domanda di lavoro, vale a dire i luoghi in cui sono richiesti i servizi e ove si genera la singola offerta di lavoro. In tal senso, certamente le piattaforme fluidificano il mercato del lavoro consentendo l'incontro tra domanda e offerta per micro prestazioni, in forme del tutto inconsuete e *just in time,* incoraggiando l'accesso al lavoro di soggetti tendenzialmente esclusi, ma anche accompagnando a prime e flessibili esperienze lavorative chi si affaccia per la prima volta sul mercato. Ma certamente prevale la caratteristica (e lo stigma in tal caso) del "lavoro a chiamata". Ciò ovviamente è molto più accentuato nei sistemi in cui sono legittimi e ampiamenti utilizzati gli *zero hours contracts*: Irlanda Olanda, UK.

Il tema, nella prospettiva della tutela e della regolazione discreta, non è ovviamente riconoscere rischi e vantaggi di tale tipologia di lavoro che vengono ormai ampiamente analizzati da indagini internazionali[737]. Da un lato, la possibilità di conciliare tempi di vita e di lavoro, potenzialità innovative, creatività di nuovi prodotti culturali e nuovi servizi, facilitazione all'accesso di lavoro di diversamente abili, ecc. Dall'altro, effetti di aumento di stress, *race to bottom* per la diffusa concorrenza che la piattaforma genera, rischi per la salute e la sicurezza con riguardo alla possibilità di bypassare controlli e standard connessi alle autorizzazioni amministrative, elusioni fiscali da parte dei gestori delle piattaforme e comunque realizzazioni di accomodamenti negoziali sperequati in ragione della distribuzione del potere a monte della singola transazione[738], la scarsa o inesistente copertura previdenziale. Il tema è noto: quali rimedi e tutele apprestare senza soffocare le istanze di autonomia connessi a tale modello di offerta di lavoro. È evidente come in questo caso ci si trovi per intero dentro il cono d'ombra del Pilastro sociale europeo che ha una tipica struttura rimediale e non suggerisce regolazioni per fattispecie.

Uno degli aspetti chiave del lavoro tramite piattaforme riguarda la libertà di scelta e il livello di autonomia dei lavoratori che utilizzano piattaforme digitali in modo professionale a differenza di

---

[734] Si v. in generale S. De Groof, *How Can Labour Law Contribute to Work-Life Balance? Recommendations far a Modern Working Time Law, BCLR*, 2017, 96, p. 51 ss. S. Petrilli, *Il lavoro agile: uno strumento per perseguire l'obiettivo di work-life balance,* Azienditalia, 2018,3, p. 468 ss.

[735] A. Allamprese, P. Pascucci, *La tutela della salute e della sicurezza del lavoratore agile*, *RGL*, 2017, 2, I, 311 ss. L.M. Pelusi, *La disciplina di salute e sicurezza applicabile al lavoro agile, DRI*, 2017, 4, p. 1041 ss.

[736] G. Davidov, *A Purposive Approach to Labour Law,* Oxford University Press, Oxford, 2016; v. i commenti sul volume di Davidov di B. Caruso, R. Del Punta; A. Perulli, R. Rogosky e la replica dell'autore in *GDLRI*, 2017,4, p. 743 ss.

[737] Si rinvia ai più volte citati Report di Eurofound e alla letteratura ivi richiamata.

[738] G. Smorto, *La tutela del contraente debole nella* platform economy, *GDLRI*, 2018, 2, p. 423 ss.

chi ha un approccio dilettantistico (secondo lavoro, occupazione transitoria, ecc.). I professionisti attribuiscono un valore elevato all'autonomia, all'indipendenza e al controllo sul proprio lavoro, ma il problema è se - e in che misura - le condizioni per un'autonomia di questo tipo siano soddisfatte dalle piattaforme (retribuzione equa, monitoraggio degli orari di lavoro, portabilità delle referenze ottenute dai clienti, disconnessione coattiva, ecc.). Il che può avvenire soltanto per le percentuali, ancora risicate, dei lavoratori in grado di dispiegare un forte potere negoziale sia con i clienti sia con i gestori della piattaforma.

Ma c'è ovviamente - e le indagini sul campo lo rilevano - chi si rivolge alla piattaforma o per integrare il reddito del lavoro tradizionale insufficiente, o perché non trova di meglio e da quella dipende.

Il profilo della tutela del reddito, che è certamente una delle questioni più urgenti del lavoro tramite piattaforma, è ben posto metodologicamente dal pilastro sociale nel Preambolo n. 15 e al punto 5, Capo II, lettera a), che richiama in qualche misura l'art. 35 della Costituzione italiana: indipendentemente dal tipo e dalla durata del rapporto di lavoro, i lavoratori hanno diritto a un trattamento equo e paritario per quanto riguarda le condizioni di lavoro e l'accesso alla protezione sociale e alla formazione[739].

5. Nel cono d'ombra del Pilastro sociale Europeo: tre possibili strategie regolative

Con riguardo alla tutela del reddito da lavoro nelle piattaforme il Pilastro sociale europeo sembra, dunque, implicare - anche se non in maniera esplicita - tre strategie regolative non necessariamente alternative ma che possono essere complementari.

La prima opzione - che è probabilmente la più pregnante per un approccio di tutela – è la strategia del "reddito dignitoso a prescindere", che significa rinviare a politiche pubbliche di contrasto al fenomeno dei *working poors.* È evidente che in tal caso il Pilastro sociale spinge verso una strategia di riconoscimento di un compenso minimo, proporzionato alla quantità e alla qualità di lavoro, a prescindere dalla modalità di svolgimento della prestazione. Si tratterebbe, in tal caso, di pensare alla possibilità di costruire un percorso sul salario/remunerazione da lavoro, minimo europeo, che ovviamente non deve necessariamente essere pensato solo per i lavoratori delle piattaforme, ma per il variegato universo dei lavoratori vulnerabili[740]. Ciò non si pone in alternativa duale con possibili strategie rimediali di anticipo da parte delle Corti del lavoro: la giurisprudenza

[739] Così il Preambolo, punto 15, parte II: «I principi che si riferiscono ai lavoratori si applicano a tutte le persone occupate, indipendentemente dalla loro situazione occupazionale, dalle modalità e dalla durata dell'occupazione». Punto 5, lett. a): «Indipendentemente dal tipo e dalla durata del rapporto di lavoro, i lavoratori hanno diritto a un trattamento equo e paritario per quanto riguarda le condizioni di lavoro e l'accesso alla protezione sociale e alla formazione» Letto in combinato disposto con il punto 6: «a. I lavoratori hanno diritto a una retribuzione equa che offra un tenore di vita dignitoso. b. Sono garantite retribuzioni minime adeguate, che soddisfino i bisogni del lavoratore e della sua famiglia in funzione delle condizioni economiche e sociali nazionali, salvaguardando nel contempo l'accesso al lavoro e gli incentivi alla ricerca di lavoro. La povertà lavorativa va prevenuta».

[740] Si prescinde in questa sede dal tema delle competenze dell'UE in materia di retribuzione notoriamente formalmente esclusa dal comma 5 dell'art. 153 TFUE. Ma va d'altra parte sottolineata la valenza interpretativa, anche in senso estensivo/evolutivo, che il Pilastro finirebbe per avere in uno con la tendenza della Corte di giustizia a interpretare estensivamente le competenze in materia di condizioni di lavoro e di non discriminazione retributiva (cfr. Corte di giustizia 22 maggio 2014, C-539/12, *Z.J.R. Lock c. British Gas Trading Limited)*.

inglese sulla base del riconoscimento della natura di *worker* degli autisti di Uber, giusta la definizione dell'*Employment act*, ha riconosciuto il diritto al salario minimo, oltre al diritto alle ferie e al controllo sull'orario di lavoro[741].

Si tratta esattamente di quel che non possono fare i giudici italiani, stante almeno ai pronunciamenti dei Tribunali di Torino e di Milano[742], costretti invece a operare per qualificazioni rigide di fattispecie tipologiche anziché per rimedi: se la prestazione di lavoro non risulta sussumibile nella dipendenza funzionale, nella forma ancorché attenuata dell'eterorganizzazione (i fattorini di Foodora sono formalmente liberi di rifiutare la chiamata), non c'è accesso alle tutele (per altro quelle integrali e poco adattabili del lavoro subordinato)[743]. Non c'è possibilità alcuna di tutele selettive.

Una seconda opzione regolativa, percorribile seguendo le tracce indicate dal Pilastro sociale è, allora, il riconoscimento di un nocciolo duro di diritti per il lavoratore *sans phrase* (remunerazione, diritti sindacali, tutela antidiscriminatoria, diritti sociali minimi, recuperando Supiot). Su questo il documento solenne non sembra dare indicazioni chiare ed esplicite, anche in ragione della sua struttura per punti e non di documento analitico. Più sbilanciato in tal senso sembrava il Libro verde del 2006, le cui indicazioni regolative si incagliarono, com'è noto, sulla enucleazione europea di una nozione - omogenea nei vari sistemi nazionali - di dipendenza economica. In ragione delle profonde trasformazioni indotte dal lavoro tramite piattaforma, è possibile affermare che la realtà sociale attuale presenta condizioni più adatte per la riconsiderazione di una tale prospettiva, che non è affatto esclusa dal Social pillar.

Si tratta di una ripresa del tema dello Statuto dei lavori, mai obliterato in Italia e recentemente rilanciato, anche in ragione dei buoni risultati in chiave rimediale per i lavoratori di Uber in Gran Bretagna, con un interessante riconoscimento anche nella legislazione irlandese che ha introdotto due nuove categorie di lavoratori a cui si apprestano diritti ad hoc (il falso lavoratore autonomo e il lavoratore autonomo pienamente dipendente). Tale soluzione deve comunque confrontarsi con le non del tutto risolte difficoltà teoriche e pratiche di individuare con certezza di confini un terzo tipo intermedio, attrattivo di tutele discrete, tra lavoro subordinato e autonomo, soluzione che ha trovato di recente un certo supporto teorico oltre che in GB anche in negli

---

[741] *Supra* nt. n. 42.

[742] *Supra* nt. n. 33, fatta, comunque, salva una possibile diversa considerazione, rispetto a quella dei giudici, dell'eterorganizzazione allo scopo dell'applicazione dell'art. 2 del d.lgs. n. 81 del 2015; ricostruzione possibile ermeneuticamente qualora si consideri la riduzione di fatto dei margini dell'autocoordinamento spazio temporale effettivo, al di là della formale libertà di scelta sull'accettazione della singola offerta, che finisce per produrre una messa a disposizione scaturente dalla situazione di dipendenza economica. In tal senso, se non si è inteso male, Ichino, commento a Trib. Torino, cit.

[743] La ricerca empirica più volte citata - Eurofound, *Platform work, Literature Review*, p. 58 - dimostra che la prestazione di lavoro dei workers si può inserire, in ragione della tipologia di piattaforma, sia in contesti fortemente gerarchizzati e con bassissimo spazio di autonomia; sia all'opposto in contesti altamente *entrepreneurial,* ad alta e piena autonomia di scelta; sia di tipo intermedio, come nei casi in cui sono intervenute le pronunce dei giudici italiani, nei quali alla libertà di scelta se offrire o meno la prestazione (come nel lavoro a chiamata), non corrisponde alcuna autonomia nella scelta del valore economico della prestazione; con la "variante Uber", in cui il costo dinamico (*dynamic pricing*) è «algorithmically adjusted in response to increases and decreases in demand and supply»; si v. pure A. Sundararajan, *The sharing economy : The end of employment and the rise of crowd-based capitalism*, MIT Press, Cambridge, London, 2016, cap. 7 dell'e book.

USA[744]. Proprio il lavoro nelle piattaforme digitali e la sua prolificità nel produrre continue ibridazioni e contaminazioni di "tipi e sotto tipi" dimostra la difficoltà di riprodurne una istantanea che ne fissi e stabilizzi i contorni normativi. È, infatti, proprio il ritmo del mutamento che l'innovazione tecnologica ha innestato a rendere problematico il pensare e regolare "per fattispecie" e "non per disciplina" nell'era del lavoro digitale[745]. Ed è la stessa variabilità/volatilità delle modalità di lavoro nelle piattaforme digitali che sconsiglia probabilmente anche l'opportunità di pensarlo come una modalità di lavoro speciale meritevole di una regolazione specifica e fissata una volta per tutte[746].

La terza opzione regolativa, non espressamente menzionata dal Pilastro sociale, ma sicuramente non esclusa, e anzi incoraggiata dal riferimento al dialogo sociale[747], è la contrattazione collettiva ad hoc e il riconoscimento dei diritti sindacali. Qui il discorso si complica; il nomadismo cooperativo e la difficoltà di costruire identità collettive forti dei lavoratori dispersi nella rete e a forte propensione individualistica - l'IO SPA - rendono non semplice questa strategia[748], per non parlare degli ostacoli che potrebbe porre la Corte di giustizia in ragione del rapporto tra aggregazione sindacale di lavoratori autonomi e tutela della concorrenza[749]. Ostacoli che - in disparte il tema generale al quale rinvia la sentenza: in cosa viola le regole della concorrenza una genuina organizzazione di tutela dei diritti sociali basici dei lavoratori autonomi in un epoca storica in cui è dimostrato che la concorrenza spinta oltre un certo limite genera redditi di lavoro indipendente al di sotto della soglia di povertà? – sono superabili in ragione delle argomentazioni stesse avanzate dalla Corte di giustizia con riguardo ai professori di orchestra olandesi supplenti: i lavoratori autonomi in situazione di dipendenza economica non sono tali, ma sono *falsi lavoratori autonomi* e dunque pienamente rientranti nel perimetro delle tutele, anche collettive, del lavoro subordinato. A tale situazione non si applica l'art. 101, comma 1, TFUE[750].

---

[744] M. Cherry, *The Cautionary Tale of the Intermediate worker category in Italy: a Response to Del Conte and Gramano, CLL&PJ*, 2018, 39, p. 639 ss. S. D. Harris, A. B. Krueger, *A proposal for modernizing labor laws for twentyfirst- century work: The independent worker*, The Hamilton Project, Discussion paper 2015/10.

[745] Il dibattito in Italia sull'alternativa, innescata dall'art. 2 del d.lgs. n.81/2015, ripercorso da M. Del Conte, E. Gramano, *Looking to the other side*, cit., p. 590 ss. e nt. 7 ss. Si v. pure le rapide ma incisive considerazioni di G. Balandi, *Concetti lavoristici impigliati nella rete, RTDPC*, 2018, 2, p. 465 ss.

[746] Non a caso P. Ichino (*Subordinazione , autonomia e protezione,* cit.), sostenitore in Italia di questa ipotesi (concretizzatasi nella presentazione del ddl S—2934/2017 alla fine passata legislatura), prova a innestare una proposta di normativa rimediale ad hoc per i lavoratori su piattaforma – la previsione dell'*umbrella company* per superare lo scoglio della qualificazione come subordinazione tecnico funzionale del rapporto di lavoro con le piattaforme - sul concetto basico, anche questo di non facile concretizzazione, di dipendenza economica come surrogato del concetto di subordinazione.

[747] Si veda pure il riferimento alla promozione del *New start for social dialogue* contenuto nella *Communication from the Commission to the European Parliament, the Council and the European Economic and Social Committee, Monitoring the implementation of the European Pillar of Social Rights* COM(2018) 130 final del 13.3.2018, p. 3.

[748] Entrambi i report Eurofond citati sottolineano la difficoltà dell'organizzazione e dell'azione collettiva soprattutto per i lavoratori mediati dalle piattaforme. Diverso il discorso per i digitali massificati (Amazon) e per i lavoratori cognitivi dell'industria 4.0, per i quali si pongono dinamiche di azione e organizzazione collettiva diverse, in parti tradizionali, in parte innovative.

[749] Il noto caso FNV Kunsten (Corte di giustizia 4 dicembre 2014, C-413/13, *FNV Kunsten Informatie en Media contro Staat der Nederlanden).*

[750] Così la Corte di giustizia al punto 36 della sentenza «ne consegue che lo status di 'lavoratore' ai sensi del diritto dell'Unione non può essere pregiudicato dal fatto che una persona è stata assunta come prestatore autonomo di servizi ai sensi del diritto nazionale, per ragioni fiscali, amministrative o burocratiche, purché tale persona agisca sotto la direzione del suo datore di lavoro, per quanto riguarda in particolare la sua libertà di scegliere l'orario, il luogo e il contenuto del suo lavoro (v. sentenza Allonby, EU: C:2004:18, punto 72), non partecipi ai rischi commerciali di tale datore di lavoro (sentenza Agegate, C-3/87, EU:C:1989:650, punto 36) e sia

E tuttavia la possibilità di esplorare modelli negoziali collettivi che tengano conto delle oggettive peculiarità del lavoro in dipendenza economica nella *digital economy*, senza pensare all'importazione meccanica della regolazione contrattuale per il lavoro dipendente, sembra una strada perseguibile. Si tratterebbe in tal caso di valutare la possibilità in concreto di una regolamentazione in deroga di modelli di lavoro eterorganizzato a cui non applicare per intero la disciplina del lavoro subordinato, come quella pensata per lavoratori *outbound* nei call center, secondo quanto previsto dall'art. 2, comma 1, lett. a) del d.lgs. n. 81/2015[751].

Lo schema normativo, come è noto, rinvia: a) ai sindacati comparativamente rappresentativi; b) al livello nazionale di contrattazione e c) alle particolari esigenze produttive ed organizzative che giustificherebbero l'adattamento (la norma parla di discipline specifiche) del trattamento economico e normativo, ma riferite al *settore*. Mentre i primi due requisiti appaiono ragionevoli oltre che adattabili anche al lavoro nelle piattaforme (in disparte il tema più generale di come radicare la rappresentatività comparativa su dati effettivi e misurati e il problema di individuare la corretta taratura del modello di rappresentanza per questi tipi di lavoratori)[752], meno adattabile alla realtà dell'economia e del lavoro delle piattaforme è il concetto di "settore" che è notoriamente collegato all'organizzazione materiale della produzione e della sua distribuzione in settori merceologici omogenei. È oltremodo complesso, infatti, identificare un settore specifico riferito all'economia digitale, ovvero considerare il lavoro nelle piattaforme come afferente a un settore in se stesso dotato di autonomia e confini funzionali, produttivi e merceologici. Il concetto di settore suona in qualche modo ossimorico rispetto all'economia digitale che è per definizione trasversale.

Non può tuttavia essere esclusa un'operazione ermeneutica evolutiva che consideri in astratto la *ratio* della norma: consentire alle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative di individuare, oltre i "settori" tradizionalmente intesi, ai quali si riferisce letteralmente la norma, processi negoziali di adattamento della deroga dell'art. 2, lett. a), d.lgs. 81/2015, individuando, a livello nazionale, e relativamente anche a specifiche tipologie di piattaforme (per esempio il lavoro su *on location platform-determined,* i fattorini di Foodora) alcune tutele discrete: remunerazione minima, tempi di lavoro, tutela contro le disconnessioni ingiustificate.

---

integrata nell'impresa di detto datore di lavoro per la durata del rapporto di lavoro, formando con essa un'unità economica (v. sentenza Becu e a., C-22/98, EU:C:1999:419, punto 26)». Sulla sentenza si v. M. Doherty, *Trade Union and the 'the Gig Economy', BCLR*, 2017, 39, p. 101-102.

751 «La disposizione di cui al comma 1 non trova applicazione con riferimento: a) alle collaborazioni per le quali gli accordi collettivi nazionali stipulati da associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale prevedono discipline specifiche riguardanti il trattamento economico e normativo, in ragione delle particolari esigenze produttive ed organizzative del relativo settore». La dottrina sull'art. 2 del d.lgs n.81/2015 è ormai ampia. Alla nt. 63 adde, D. Mezzacapo, *L'incerta figura delle colloborazioni organizzate dal committente, RGL*, I, 2017, p. 49 ss.; T. Treu, *Tipologie contrattuali, Libro dell'anno 2016*, Treccani, http://www.treccani.it/enciclopedia/tipologie-contrattuali-nell-area-del-lavoro-autonomo_%28Il-Libro-dell%27anno-del-Diritto%29/

752 Questo problema incrocia a un tempo il tema domestico delle regole di misurazione della rappresentatività, soprattutto allorquando il legislatore devolve alle parti sociali importanti poteri regolativi come nella situazione prefigurata nel testo: si rinvia all'ampio dibattito in corso sulle regole sindacali e alle varie proposte in campo tra cui quella del gruppo Freccia Rossa. E il tema, di carattere generale, se il lavoro digitale, e nelle piattaforme in particolare, imponga di pensare a meccanismi di rappresentanza diversi da quelli pensati per le imprese tradizionali: per esempio rappresentanza dispiegata sul territorio anziché in azienda. Sul punto già K. Stone, op. cit., con riferimento al modello *janitors* negli USA, o attualmente Ver.di in Germania. Si v. M. Doherty (*Trade Unions and the 'Gig Economy,* cit., p. 105 ss.), nella prospettiva del pilastro sociale. Un'interessante ricerca sulle diverse strategie di azione e organizzazione sindacale nel mondo, con riguardo all'economia delle piattaforme, comprensive di strumentazioni alternative alla tradizionale contrattazione collettiva (forme mutualistiche, forums, worker center, iniziative imprenditoriali) in H. Johnston, C. Land-Kazlauskas, *Organizing on-demand: Representation, voice, and collective bargaining in the gig economy*, *OIL inwork, Conditions of Work Series No. 94*, Geneva, 2018. Favorevoli, anche sulla base di principi teorici di giustizia sostanziale, a un'autonoma regolamentazione del lavoro e anche della costituzione di forme di rappresentanza specifica dei lavoratori delle piattaforme digitali, A. Lamine, J. Prassl, C*ollective Autonomy for On-Demand Workers? Normative Arguments, Current Practices and Legal Ways Forward*, *BCLR*, 2017, 39, p. 269 ss.

Se così fosse, pare evidente che il Pilastro sociale, al di là della sua attuale pregnanza regolativa, potrebbe comunque incentivare un cambiamento nel modo stesso di concepire il rapporto tra principi e regole: in tal caso il principio della adeguata e sufficiente remunerazione, contenuto nel Pilastro sociale, non più limitato all'universo del lavoro subordinato tradizionale, potrebbe essere attuato, con una tutela discreta e selettiva, attraverso una operazione di regolazione negoziale sartoriale, all'ombra di principi generale di diritto europeo, veicolati dalla legislazione nazionale e adattati, appunto, dalla contrattazione collettiva. Si realizzerebbe un esempio virtuoso di dialogo interordinamentale e di interazione positiva di fonti di diversa natura e livello.

Protezione sociale ed equilibrio intergenerazionale*

Tiziano Treu

1. Il rapporto fra le generazioni: fattori di rischio. 244

2. La minaccia demografica: denatalità e invecchiamento. 244

3. L'aumento dell'indice di dipendenza e il peso sul welfare. 245

4. Gli squilibri di reddito. 246

5. Disoccupazione, inattività e rischio di precarietà. 247

6. I ritardi del sistema formativo e le sfasature fra scuola e lavoro. 248

7. Fattori di riequilibrio: misure coerenti e durevoli nel tempo. 250

8. Misure di protezione sociale: salario minimo, welfare universale, contrasto alla povertà. 252

9. Misure promozionali dell'autonomia dei giovani: diritto allo studio, sostegno all'occupazione stabile, autonomia abitativa e finanziaria. 253

10. Misure di *active ageing*. 254

11. La prospettiva del *flexible retirement*. 255

12. Condizioni di riequilibrio tra le generazioni: stabilità istituzionale, sviluppo durevole, welfare intergenerazionale, comunicazioni e scambi di esperienze. 256

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 374/2018

1. Il rapporto fra le generazioni: fattori di rischio.

Il rapporto fra le generazioni è un elemento costitutivo dell'ordine sociale; il suo equilibrio ne garantisce la stabilità e l'equità.

Le grandi trasformazioni che in questi ultimi anni stanno alterando i principali aspetti dei sistemi economici e salariali ricevuti dalla tradizione, compresi quelli che determinano le relazioni fra diverse età della vita.

I principali indicatori sulle condizioni di vita e di lavoro di giovani e anziani sono stati così profondamente modificati, e divaricati, da far ritenere che l'equilibrio intergenerazionale è in pericolo: anzi secondo alcuni, si è già rotto.

I fattori determinanti di questa divaricazione sono strutturali, radicati anzitutto nelle tendenze demografiche che segnalano riduzione della natalità da una parte e allungamento delle aspettative di vita, con il conseguente invecchiamento della popolazione, dall'altra.

Queste tendenze sono legate a componenti biologiche naturali, ma su cui sono intervenute scelte sociali e politiche che hanno influito sulla loro intensità e direzione, come risulta evidente dalla diversità con cui esse si manifestano nei diversi paesi.

Infatti le scelte di policy dei vari paesi relative alle principali condizioni economiche e sociali delle persone hanno contribuito a determinare il contenuto dei rapporti intergenerazionali, in molti casi accentuandone lo squilibrio.

Una importanza centrale al riguardo - come si vedrà subito - rivestono i vari istituti di protezione sociale e di welfare cui fa riferimento il titolo del mio contributo, ancora a monte le politiche economiche e di sviluppo con particolare riguardo a quelle occupazionali, nonché le misure per l'educazione e l'istruzione, sempre più decisive nella società della conoscenza.

Prima di fornire qualche dato significativo sugli assetti più rilevanti per la qualità dei rapporti intergenerazionali, segnalo subito che, in quanto connessi a tendenze strutturali come la demografia e radicati in profondità nei vari sistemi economici e sociali. Tali assetti non possono essere modificati se non con interventi coerenti e di medio–lungo periodo. Contrariamente a quanto si vuole far credere, azioni improvvisate e disorganiche, sono inutili o controproducenti se si vuole incidere efficacemente sugli equilibri fra le generazioni.

2. La minaccia demografica: denatalità e invecchiamento.

Le tendenze demografiche, da sempre centrali nelle vicende delle nazioni, oggi si manifestano con effetti divaricanti e destabilizzanti fra le varie parti del mondo: tassi di natalità decrescenti in molti paesi sviluppati e del vecchio mondo, e una crescita impetuosa nelle nazioni povere soprattutto dell'Africa.[753]

L'Italia è un caso estremo, in quanto presenta da anni il tasso di natalità più basso in Europa (8,2 nati su 1000) che, se non corretto, proietta nei primi anni un calo drammatico sia della popolazione in generale (da 60 milioni odierno a 56.5 nel 2050) sia ancor più della popolazione attiva; al 2050 è prevista una sua riduzione del 23% che equivale a una perdita di 3.5 milioni nei prossimi

[753] Questi dati sono ampiamente illustrati e discussi nelle loro implicazioni da ultimo nel volume a cura di L. Cappellari, C. Lucifora, A. Rosina, *Invecchiamento attivo mercato del lavoro e benessere,* Mulino, 2018, spec. pgg.11 e ss.

20 anni.

Si tratta di una tendenza comune ad altri paesi europei a noi vicini, come la Germania; ma non è ineluttabile come si vede dall'esempio della Francia ove il tasso di natalità è risalito a 1,25 e la popolazione attiva è prevista crescere, sia pure di poco (1%).

Gli squilibri delle tendenze demografiche, specie fra paesi sviluppati e paesi poveri, unita alle crescenti diseguaglianze fra le diverse aree del mondo, sono una delle ragioni principali che motivano le migrazioni di massa cui stiamo assistendo in questi anni e che hanno l'Europa come destinazione principale. Le stime, sia pure aleatorie, indicano movimenti verso l'Europa di oltre 200 milioni di persone nei prossimi decenni (Gallup).

Alla bassa natalità l'Italia accompagna primati anche nell'altra grande tendenza epocale, quella all'allungamento dell'aspettativa di vita. L'aspettativa per gli uomini è stimata a 80,3 anni (la più alta in Europa) e quella delle donne a 84.9 (la terza, dopo Francia e Spagna). La crescita è risultata superiore alle previsioni: quasi 1.5 anni negli ultimi 10, come si è visto nelle stime fatte nel 1995 per valutare l'andamento della spesa pensionistica.

Neppure qui le tendenze sono omogenee; segnalano significative differenze sia in relazione ai vari territori (in Trentino si vive 3 anni più che in Campania), sia in relazione alle condizioni di vita e di lavoro delle persone. In particolare è marcata la correlazione della longevità con il grado di istruzione, che influisce evidentemente anche sulle opportunità e condizioni di vita e di lavoro.

L'aumento delle aspettative di vita ha comportato una rapida crescita del numero delle persone non autosufficienti: gli over 75 sono il 22,4% e salgono al 29% nei prossimi vent'anni. Inoltre la vita degli ultimi anni (oltre i 75) è spesso caratterizzata da condizioni di salute precaria.

Queste condizioni della vita anziana esercitano una pressione senza precedenti sui costi e sulle strutture della sanità e ancor più su quelle di cura e di assistenza delle persone. Le strutture previdenziali e assistenziali sono sollecitate ad adeguarsi per interventi più diffusi di quelli tradizionalmente richiesti; in particolare il finanziamento dei sistemi di *long term care* è destinato ad assorbire quote crescenti del PIL.[754]

I costi sono inoltre gravati da una indennità di accompagnamento (di 515 euro mensili) che pesa per oltre 13 mld sul bilancio pubblico, anche perché è distribuita in modo indifferenziato a prescindere dalle condizioni di reddito dei beneficiari (due milioni sono le indennità pagate).

L'impatto combinato dell'allungamento della vita e del basso tasso di natalità modifica in profondità l'assetto demografico del nostro Paese con conseguenze su molti aspetti della vita economica e sociale.

3. L'aumento dell'indice di dipendenza e il peso sul welfare.

Una conseguenza di grande rilevanza per gli equilibri economici e finanziari soprattutto del sistema pensionistico, riguarda l'aumento del cd. indice di dipendenza strutturale, cioè del rapporto fra popolazione non attiva e popolazione attiva. Tale rapporto è alto in Italia rispetto ad

[754] Cfr. E. Brenna, Cura degli anziani, scelte lavorative e salute, in L. Cappellarii, C. Lucifora, A. Rosina, *Invecchiamento attivo*, cit., p. 115, ss. Gli investimenti per la *long term care* vanno dal 4.29% del PIL dell'Olanda al 2.28 della Danimarca, mentre in Italia si fermano all'1.2%; C. Lucifora, D. Vigani, *Decisioni di pensionamento e investimento in salute*, ivi, p. 163, ove indicazioni sull' andamento delle spese pubbliche nella salute per età.

altri Paesi (secondo i dati ISTAT è al 55,5%) perché sia il basso tasso di natalità sia la longevità sono tendenze in atto da tempo.

Questo indice di dipendenza è alto anche se riferito alla popolazione anziana (over 65): il rapporto di questa popolazione sulla popolazione attiva è al 34%. Entrambi sono destinati a crescere rapidamente. Il significato economico e sociale di tali indici si apprezza solo che si considerino le implicazioni sul sistema pensionistico e dell'intera sicurezza sociale.

L'impatto è diretto sulle pensioni che sono finanziate dai contributi sul lavoro, ma riguarda tutte le prestazioni sociali che sono sostenute dai contributi sociali o dalla fiscalità generale, che come è noto grava in prevalenza sui redditi da lavoro.

Espresso in termini semplificati, ciò significa che sulle persone attive, oggi e sempre più nei prossimi anni, e quindi sui giovani, dovrà gravare un peso crescente per reggere il finanziamento della protezione sociale (pensioni e sanità) di tutta la popolazione e in particolare degli anziani. Il rapporto 55% indica che due persone al lavoro dovranno contribuire con una parte consistente del loro reddito, già ora elevata, per mantenere il welfare di una persona non attiva e in particolare di anziani variamente individuati a seconda in particolare dell'età di pensionamento.

4. Gli squilibri di reddito.

Lo squilibrio generazionale e il peso sui giovani sono destinati a crescere anche in termini relativi, se si considerano le loro capacità di reddito. Le retribuzioni dei giovani infatti sono già da tempo molto minori di quelle degli adulti (il 67% nel 1983); e si sono ulteriormente ridotte in termini relativi (nel 2015 sono al 60%). Le distanze sono ancora più accentuate se si considera il rapporto dei salari dei giovani con le retribuzioni degli over 60: era al 70% nel 1984 ed è calato al 50% nel 2015.[755]

Queste diseguaglianze dipendono da vari fattori, in particolare da un sistema retributivo prevalente sia nell'impiego pubblico ma anche nel settore privato, che premia ancora l'anzianità piuttosto che la professionalità e il merito.

Distanze retributive così gravi pesano negativamente sulle condizioni di vita dei giovani pregiudicando l'autonomia personale e familiare; tanto più che si accompagnano spesso a scarse possibilità di avere lavori stabili e con lunghi periodi di inoccupazione e disoccupazione. Inoltre tali debolezze retributive e occupazionale, se non corrette in tempo, si riflettono aggravate sulle prospettive pensionistiche, che, secondo il metodo di calcolo contributivo, sono legate direttamente alla continuità dell'occupazione e al livello retributivo.[756]

Questo impatto negativo è particolarmente accentuato nel caso delle donne che hanno carriere lavorative più brevi dei maschi e spesso interrotte a motivo dei loro carichi familiari. Ne è prova evidente il fatto che mentre il gap retributivo delle donne rispetto ai lavoratori maschi è apprezzato in Italia attorno al 15-17%, le distanze nell'ammontare delle pensioni delle donne sono più

[755] Peraltro le diseguaglianze dei redditi, come il rischio di povertà, crescono dopo i 50 anni, in ragione soprattutto della variabilità del lavoro: cfr. K. Aktas, L. Cappellari, E. Lippo, *Dinamica dei redditi da lavoro nel ciclo di vita*, in L. Cappellari, C. Lucifora, A. Rosina, *Invecchiamento attivo*, cit. p. 43 ss.

[756] Le riforme di recente introdotte da molti paesi nei sistemi pensionistici hanno contribuito a garantirne la sostenibilità finanziaria, ma spesso a scapito della sostenibilità sociale e dell'adeguatezza delle pensioni, specie per lavoratori precari e per le donne. Cfr. ampiamente T. Treu, *Sustainable social security*, in WP C.S.D.L.E. Massimo D'Antona, INT, 145/2018; e in generale European Commission, *Pension adequacy report*, vol. I, 2018, p. 17 ss.

che raddoppiate (oltre il 32-33% secondo i dati OCSE).

In realtà il sistema pensionistico italiano, nonostante le riforme introdotte negli anni, presenta ancora non poche distorsioni che sanciscono o aumentano le diseguaglianze fra vari gruppi ed età di lavoratori. Esso riflette in generale lo squilibrio fra le generazioni non solo per le donne.

Un fattore distorsivo fra i più accentuati è costituito dalle pensioni di anzianità, che specie in passato hanno premiato le carriere lavorative continue e spesso precoci.

Per i motivi sopra accennati, tali pensioni hanno riguardato in maniera marginale le donne; in prospettiva sono destinate sono destinate a ridursi fino a scomparire, cosicché non riguarderanno le attuali generazioni giovani.

Più in generale l'andata a regime l'andata a regime sia pure progressiva del metodo contributivo contribuirà a garantire la sostenibilità finanziaria del sistema, ma garantirà pensioni meno generose da quelle promesse dal metodo retributivo e rischia di pregiudicarne la adeguatezza per i lavoratori con bassi salari e carriere precarie, cioè per molti degli attuali giovani.

Questo è uno degli squilibri più gravi dell'attuale rapporto fra generazioni. Non a caso è al centro delle controversie di questi anni anche se è privo di rimedi convincenti e condivisi.

L'applicazione del metodo contributivo comporta un rapporto trasparente e omogeneo fra prestazione, contributi versati e pensioni; ma è ormai sostanzialmente privo di elementi solidaristici, quindi non corregge, anzi riflette ed enfatizza, le disparità della carriera lavorativa. La distribuzione degli importi pensionistici attuali è ancora relativamente più omogena della distribuzione del reddito della popolazione attiva perché risente ancora del precedente assetto pensionistico, basato sul metodo retributivo. Peraltro questo metodo non è privo di distorsioni in quanto avvantaggia certi settori (le pensioni privilegiate) e gruppi di persone, in particolare quelle con carriere più rapide: lo comprova il fatto che il 10% delle pensioni più elevate comporta il 25% della spesa totale.

5. Disoccupazione, inattività e rischio di precarietà.

Le trasformazioni del mercato del lavoro intervenute in questi anni hanno inciso sulle opportunità occupazionali di tutti i lavoratori, in particolare aumentando il tasso di disoccupazione e le quote di lavoro atipico e a termine. Ma hanno gravato in particolare sul lavoro dei giovani, che sono stati i più colpiti dalla crisi economica. Il loro tasso di occupazione è sceso di 10,4% dal 2008, mentre quello degli over 55 è cresciuto di 16 punti dalla stessa data e quello degli over 65 di 1,5 punti.

Né la fine della crisi ha ridotto le distanze fra generazioni in tutti i principali indicatori del mercato del lavoro: il tasso di disoccupazione per i giovani da 15 a 34 anni è al 32,7%, (pur essendo sceso dal 43,6% del 2014), ed è tre volte la media nazionale.

Anche il tasso di attività è calato, talchè il problema cruciale dei giovani italiani è il basso tasso di occupazione dovuto soprattutto ai lunghi periodi di inattività negli anni successivi alla fine degli studi. [757]

[757] C. Dell'Aringa, T. Treu, *I giovani nella crisi: analisi, prospettive, proposte*, in *Giovani senza futuro?,* a cura di C. Dell'Aringa, T. Treu, Mulino, 2011, p. 14 ss.

I giovani NEET restano un numero ancora inaccettabilmente alto: 2.1 milioni tra disoccupati e non disponibili al lavoro. Il fenomeno dei NEET è più diffuso fra i giovani-adulti che non tra i giovani-giovani. Infatti i giovani nella fascia di età più bassa (15-24) sono prevalentemente impegnati (ancora) nel circuito scolastico mentre i giovani delle età successive, in maggioranza hanno finito il percorso di studi e si trovano quindi ad affrontare il problema dell'inserimento nel mondo del lavoro.

Questa crescita, con l'età, di giovani che si dichiarano ormai distaccati dal mercato del lavoro, appare la conseguenza di lunghi periodi di mancanza di occasioni di lavoro, che alla fine scoraggia spesso in modo definitivo dal cercare e dal rendersi disponibile per qualsiasi tipo di attività lavorativa.

La percentuale di giovani occupati a termine è nettamente più alta della media nazionale (secondo i dati ISTAT): 30% dello stock contro una media italiana del 15%. Inoltre 9 giovani su 10 sono assunti a termine e, fatto ancora più preoccupante, si allungano i tempi del loro passaggio al lavoro a tempo indeterminato (dopo un anno ciò si verifica solo nel 20% dei casi).[758]

Anche il part time spesso involontario è più diffuso fra i giovani che fra gli adulti: il 31% contro la media italiana del 20%.

Va ricordato inoltre che un effetto della crisi è stato di tenere i giovani più a lungo nei percorsi di istruzione e formazione. Ciò conferma la tesi che la scuola e l'università funzionano come aree di parcheggio soprattutto quando il mercato del lavoro offre meno possibilità di occupazione.

L'entrata ritardata dei giovani nel mercato del lavoro e in particolare nell'accesso ai lavori a tempo indeterminato, li mantiene in condizioni di non autonomia e spesso di prolungata dipendenza dai genitori e convivenza in famiglia: una condizione che, come testimoniano le ricerche, proietta effetti negativi su tutta la loro vita lavorativa e personale.[759]

Lo squilibrio nell'andamento dell'occupazione fra giovani e anziani si è accentuato negli ultimi anni in particolare in conseguenza dell'innalzamento dell'età pensionabile che ha mantenuto al lavoro quote crescenti di persone che erano in uscita dal mercato del lavoro; il tasso di occupazione degli anziani fra 55 e 65 anni è cresciuto dal 29,8% del 1993 al 50,3% del 2016. E dal 2013 l'80% della nuova occupazione ha riguardato la classe di età 55-74 anni. Si noti come le statistiche internazionali sui dati occupazionali comprendono la fascia di età fino a 74 anni, ben oltre l'età pensionabile ufficiale.

6. I ritardi del sistema formativo e le sfasature fra scuola e lavoro.

Un ultimo elemento significativo per valutare il rapporto fra generazioni ai nostri fini riguarda la quantità e la qualità dell'istruzione. Si tratta di un dato sempre più rilevante nella nostra società dove le capacità cognitive e gli skills professionali sono la risorsa fondamentale per la vita e il lavoro delle persone, oltre che per la competitività del Paese.[760] I livelli di istruzione della popolazione italiana sono storicamente inferiori alla media europea: sono 60,1% le persone fra 25 e 64

---

[758] B. Anastasia, *Sulle trappole della precarietà: quali indicazioni dalle ricerche empiriche e dalle statistiche disponibili?,* in C. Dell'Aringa, T. Treu, *Giovani senza futuro?,* cit., p. 169 ss.

[759] M. Livi Bacci, *La sindrome del ritardo*, in C. Dell'Aringa, T. Treu, *Giovani senza futuro?,* cit., p. 269 ss.

[760] Cfr. l'efficace sintesi sullo stato e sulle prospettive dell'educazione nella società della conoscenza, World Bank, World development Report, *The changing nature of work*, 2018, spec. capp. 3 e 4.

anni con almeno un titolo di studio secondario superiore rispetto a oltre il 76% europeo. Il ritardo è dovuto alla scarsa istruzione della popolazione matura e non ai giovani che hanno migliorato le loro posizioni e presentano percentuali più alte, ma sempre inferiori ai dati europei.

Le distanze dall'Europa sono consistenti – pur se ridotte negli ultimi anni - anche nell'istruzione terziaria: solo il 26% dei giovani fra 30 e 34 anni ha un titolo di studio superiore, rispetto alla media europea del 39,9%. Tale gap si riflette sulla popolazione lavorativa e sugli stessi imprenditori. E anche in questo caso penalizza il Mezzogiorno, dove la percentuale di laureati resta al 21,6%.

Un altro primato negativo è la percentuale di giovani senza titolo di studio di scuola superiore che, alla fine del (breve) periodo scolastico, si trova nella condizione di NEET. Si tratta di un gruppo di giovani che l'OCSE definisce "*left behind*" e che, come dice la stessa espressione utilizzata, sono a maggior rischio di patire a lungo una condizione di svantaggio. Infatti ad una preparazione scolastica insufficiente sommano la mancanza di lavoro e quindi di possibilità di costruirsi una esperienza e una qualificazione da spendere nel mercato del lavoro.

I ritardi nell'istruzione si cumulano con le difficoltà che i nostri giovani incontrano nella transizione tra scuola e lavoro.[761] L'OCSE ha stimato il numero di anni che i giovani hanno trascorso nello stato di occupazione nei cinque anni successivi alla fine del loro percorso scolastico. Il nostro Paese è tra gli ultimi della classifica, con un numero di anni poco superiore a tre. Il che significa che per quasi due dei cinque anni passati dopo la fine degli studi i nostri giovani non hanno lavoro. Ci confrontiamo con Paesi europei come la Danimarca, l'Olanda, la Germania, la Svizzera, l'Austria, la Francia, dove il numero di anni passati nell'occupazione è superiore a quattro. È interessante notare come tra questi Paesi che registrano la performance migliore, ci siano tutti i Paesi dove vige l'istituto dell'apprendistato "alla tedesca".

Un ulteriore svantaggio dei nostri giovani riguarda la bassa percentuale che combina lo studio con esperienze di lavoro. Nonostante i tentativi fatti, soprattutto dall'ultimo governo, di lanciare l'alternanza fra scuola e lavoro fatica a diffondersi: siamo a percentuali di gran lunga più basse di quelle presenti in altri paesi. E le decisioni recenti del governo rischiano di frenarne la crescita se non di bloccare l'esperimento.

Eppure esistono studi che dimostrano che le esperienze di lavoro, organizzate nel percorso scolastico, (stage, tirocini, apprendistato, programmi estivi di lavoro, ecc.) aiutano i giovani nella successiva fase di transizione dagli studi al lavoro. Sono infatti Paesi in cui l'alternanza è poco sviluppata che mostrano i tassi di NEET più elevati.

Le criticità ora elencate, unite alla debole funzionalità dei servizi all'impiego, contribuiscono a spiegare le gravi sfasature del mercato del lavoro; un consistente fenomeno di *mismatch* tra competenze dei giovani e skill richiesti dalle imprese che si traducono in migliaia di posti vacanti non coperti, per lo più qualificati; e, per altro verso, un'alta percentuale (il 32%) di giovani sovraistruiti per i lavori che svolgono.[762]

---

[761] Cfr. su questi temi C. Dell'Aringa, T. Treu, *I giovani nella crisi*, cit., p. 18 ss.

[762] Cfr. P. Sestito, *Il disagio giovanile. Politiche giovanili. La risposta?,* in C. Dell'Aringa, T. Treu, *Giovani senza futuro?, cit.,* p. 159 ss.; R. Torrini*, I giovani tra crisi e stagnazione del sistema produttivo. Stare come d'autunno,* in C. Dell'Aringa, T. Treu, *Giovani senza futuro?,* p. 375 ss.

Questi fenomeni colpiscono i giovani sotto i 24 anni e gli anziani sopra i 65; i primi per percorsi scolastici inadatti, i secondi per carenza di formazione continua (solo il 7% degli adulti vi partecipa, contro più del doppio in Europa).

7. Fattori di riequilibrio: misure coerenti e durevoli nel tempo.

I dati sopra sintetizzati per il rapporto fra le generazioni contengono non pochi segnali preoccupanti. Quasi tutti gli indicatori mostrano una crescente criticità nelle condizioni e di reddito di lavoro e ancor più di opportunità per i giovani, che li allontana dalle generazioni passate. E, come si è visto, le tendenze demografiche sono destinate ad aggravare gli squilibri. Se non si vuole che le tensioni si aggravino fino al punto di rottura occorre ricercare un nuovo equilibrio con misure coerenti che incidano su tutti gli elementi di crisi. L'equilibrio non può che essere ricercato su basi diverse dal passato, perché le trasformazioni intervenute in questi anni, non solo economiche ma culturali e persino antropologiche, hanno cambiato in profondità i termini in cui il rapporto fra generazioni si basava nel passato.

Per lo stesso motivo un equilibrio effettivo richiede un complesso di misure in grado di intervenire efficacemente sui vari elementi di crisi, che siano non solo fra loro coerenti ma durevoli nel tempo.

Infatti quasi tutti tali elementi segnalano condizioni strutturali della vita e dello sviluppo che non possono essere modificate con interventi episodici e soggetti a variazioni nel tempo, come purtroppo sono stati molti di quelli sperimentati in anni recenti.

In linea con questa impostazione una premessa alle proposte specifiche richiama la necessità di politiche generali che invertano le due tendenze che hanno inciso negativamente sulle condizioni di vita e di lavoro del Paese: la bassa natalità da una parte e dall'altra una crescita stagnante ed essa stessa squilibrata che ha penalizzato l'occupazione e la produttività.

Per il primo aspetto il richiamo è alla necessità di dare impulso alle politiche della famiglia, nei loro diversi aspetti, fiscali, economici ed educativi, ispirandosi alle pratiche adottate in paesi vicini, a cominciare dalla Francia, che hanno mostrato di produrre effetti positivi.

Per il secondo aspetto, la priorità è di promuovere politiche basate sulla innovazione non solo tecnologica ma sociale e ambientale che stimolino lo sviluppo e la crescita di lavoro regolare e di qualità. Le esperienze di altri paesi dimostrano che con una prospettiva di aumento dell'occupazione è possibile conciliare l'allungamento della vita lavorativa degli anziani con le opportunità di buona occupazione dei giovani. Le stesse esperienze mostrano che è illusorio pensare di garantire tali opportunità ai giovani anticipando l'età di pensionamento degli anziani. Mentre nuove opportunità occupazionali possono essere ricercate sia nei settori innovativi della manifattura e dei servizi specie di cura alle persone.

L'impatto delle nuove tecnologie specie digitali sull'andamento dell'occupazione è incerto, ma è destinato a crescere. È significativo che la minaccia della rivoluzione digitale per il lavoro ha riaperto in Europa il dibattito non solo sulla flessibilità degli orari, ma sulla loro riduzione. Il recente contratto dei metalmeccanici tedeschi ha riconosciuto il diritto dei lavoratori di ridurre (per due anni) l'orario settimanale a 28 ore (con parziale riduzione del salario) con il diritto a ritornare all'orario normale (di 35 ore). In cambio ai datori di lavoro è stata riconosciuta una maggiore flessibilità nell'organizzazione di tali orari. E il part time (non sempre volontario) sta diffondendosi

configurandosi come un sistema diffuso di redistribuzione del lavoro, spesso all'interno della famiglia, graduato a seconda dell'età e finalizzato a favorire sia una entrata progressiva dei giovani nel mercato del lavoro sia una uscita flessibile degli anziani verso la pensione.

Al di là delle dimensioni complessive dell'occupazione, le forme e la qualità del lavoro saranno investite da un cambiamento senza precedenti che penalizzerà soprattutto i lavori ripetitivi portando a una polarizzazione delle posizioni di lavoro.[763] Il cambiamento è così profondo che sta manifestando la inadeguatezza non solo delle regole tradizionali ma delle stesse categorie fondative del diritto del lavoro, a cominciare da quella di lavoro subordinato. Non si tratta solo di dubbi espressi da giuristi teorici, ma di incertezze che pervadono il legislatore, le parti sociali e le stesse decisioni della magistratura. [764]

Per questo una misura prioritaria, tanto più urgente dati i ritardi del nostro Paese, è di migliorare la qualità della scuola fino all'istruzione terziaria superiore; e di investire di più nella formazione continua.

Il recupero dei ritardi nell'istruzione è la via per cogliere le opportunità delle nuove tecnologie per i giovani ma anche per i meno giovani. Una formazione continua, di qualità e generalizzata è necessaria per fronteggiare i rischi di obsolescenza professionale degli adulti e per dare sostanza alle politiche di *active ageing* per gli anziani.

Per i giovani i dati sopra riportati segnalano alcune particolarità confermate dalle esperienze europee. Anzitutto servono le misure mirate a promuovere le capacità dei giovani più a rischio, quelli che hanno abbandonato precocemente la scuola e quelli con competenze deboli che aumentano la difficoltà di inserirsi stabilmente al lavoro: due gruppi presenti nel nostro Paese e ancora più nelle aree del Mezzogiorno.

In secondo luogo è necessario il potenziamento dell'educazione terziaria verso l'obiettivo europeo del 40%, perché il mercato del lavoro richiederà prestazioni con crescenti contenuti di conoscenza e competenza.

Anche la qualità dell'insegnamento e apprendimento è messa in discussione dalle evoluzioni del mondo del lavoro e dell'impresa.

Le ricerche indicano la necessità di combinare conoscenze tecniche e specialistiche con un arricchimento delle conoscenze di base, delle capacità relazionali e di *problem solving*. Infine, vanno rafforzati gli strumenti atti a favorire il passaggio dalla scuola al lavoro, aumentando le possibilità di avere esperienze di lavoro durante il percorso di studio anche con un uso corretto degli stage e valorizzando l'apprendistato nei suoi diversi livelli.

Il rafforzamento dei sistemi educativi va accompagnato con interventi sia di orientamento dei giovani sia di revisione degli indirizzi che li avvicinino alle nuove esigenze del sistema produttivo: entrambi necessari per contrastare il drammatico spreco di risorse umane che è il *mismatch*.

---

[763] Le analisi sul tema sono molteplici: vedi fra tutte Eurofound, *Automation, digitalization and platforms*: *implications for work and employment*, 2018; OECD, *The future of work*, Policy forum, Jan. 2016; European economic and social committee, 2017, *Impact of digitalization and on demand economy on labour market and the consequences for employment and industrial relations,* www.cesc.Europa.eu; World Bank, World development report 2018, *The changing nature of work*, ove si presentano anche molte proposte di policy; IMF, *Technology and the future of work,* Group of Twenty, 2018.

[764] Cfr. la mia relazione al Congresso ISLSSL di Torino, settembre 2018, www.islssltorinocongress.org., WP C.S.D.L.E., Massimo D'Antona, IT, 373/2018.

La debolezza delle *chances* occupazionali dei giovani istruiti non sta solo nella scarsa qualità delle istituzioni educative e formative, ma anche nella nostra struttura produttiva, basata largamente su piccole imprese che non manifestano un adeguato fabbisogno di personale laureato, anche quando ne avrebbero bisogno, e in generale nella scarsa presenza di settori produttivi ad alta tecnologia. Per questo motivo è alta la proporzione dei lavoratori che svolgono mansioni ove le competenze richieste sono inferiori a quelle acquisite a scuola. Si innesca così un circolo vizioso fra scarse opportunità di lavoro qualificate, tecniche, intellettuali e dirigenziali, e bassi tassi di istruzione superiore. Tale circolo vizioso si può superare solo con misure coordinate dal lato dell'offerta formativa e della domanda di lavoro.

8. Misure di protezione sociale: salario minimo, welfare universale, contrasto alla povertà.

In realtà per correggere il patto intergenerazionale che lo riequilibri nei confronti dei giovani serve un insieme coordinato di misure sia di protezione sociale sia di promozione, che ne rendano possibile e sostengano la autonomia.

Le prime sono importanti specie nelle presenti condizioni di scarsa crescita e debole occupazione. Le misure di *social protection* devono riguardare la generalità della popolazione, ma beneficiano anzitutto i giovani che da queste condizioni sono i più colpiti. Mi limito a menzionare le misure principali. Anzitutto la previsione di un salario minimo legale, ormai adottato in quasi tutti i paesi europei, che è diretto a sostenere i redditi bassi, specie dei gruppi di lavoratori deboli (*working poors*) non coperti dalla contrattazione collettiva.[765]

Un ruolo fondamentale rivestono le varie forme di welfare dirette a proteggere le persone dai rischi del lavoro e della vita. In particolare qui rilevano i sostegni al reddito in caso di disoccupazione e sospensione del lavoro.

I limiti della loro copertura storica, che era concentrata sui lavoratori stabili, lasciavano scoperti gran parte dei lavoratori atipici fra cui, come si è visto, molti giovani. Per ovviare a questo limite sono state introdotte in molti paesi, fra cui di recente l'Italia, misure dirette a estendere in senso universalistico la copertura di tali benefici, così da comprendere la generalità dei lavoratori.[766]

Molti paesi inoltre hanno introdotto forme diverse di reddito minimo che funzionano come reti di sicurezza per lavoratori e cittadini che abbiano esaurite le altre forme di sostegno al reddito e versano in condizioni di povertà. Pur nella loro varietà, questi istituti di contrasto alla povertà hanno mantenuto l'approccio, comune ad altre forme di assistenza e di welfare, di combinare la loro erogazione con politiche dirette a impegnare i beneficiari in modo più o meno vincolante in prestazioni di lavoro, nella propria formazione o in altre attività socialmente utili.[767]

Le proposte di istituire un reddito di cittadinanza (o di base) generalizzato e svincolato da ogni condizione sono state ampiamente discusse; hanno avuto sperimentazioni limitate e di esito ancora incerto; ma non sono state finora adottate come misure generali.

---

[765] Eurofound*, Statutory minimum wages in the Eu,* 2018.

[766] P. Bozzao*, Ammortizzatori sociali nel mercato del lavoro,* in *Il libro dell'Anno del Diritto*, Treccani, 2016, p. 383 ss. e A. Pandolfo, *Ammortizzatori sociali nel rapporto di lavoro*, ivi, p. 390 ss.; F. Ranelli, *Jobs Act e trattamenti di disoccupazione,* GDLRI, 2015, p. 497 ss.

[767] Cfr. la ricerca comparata a cura delle Fondazioni Astrid e Circolo Fratelli Rosselli, *Nuove (e vecchie) povertà: quale risposta? Reddito di inclusione, reddito di cittadinanza e oltre,* Quaderni Astrid, Mulino, 2018.

9. Misure promozionali dell'autonomia dei giovani: diritto allo studio, sostegno all'occupazione stabile, autonomia abitativa e finanziaria.

Altrettanto e forse più importanti per il futuro dei giovani sono misure di promozione e di sostegno alla loro autonomia personale. Ribadisco che la formazione adeguata è il principale strumento per ottenere lavoro e autonomia personale nella vita. Essa va potenziata e resa accessibile a tutti, anche con il rafforzamento degli istituti di diritto allo studio.

Sono state avanzate varie proposte, che in Italia sono particolarmente urgenti, per promuovere l'autonomia dei giovani.[768] Fra queste si segnalano la promozione della autonomia abitativa (da sostenersi con politiche di affitti sostenibili) e il sostegno ad avviare attività autonome e imprenditoriali, che comprende non solo agevolazioni fiscali, ma politiche del credito attente a valutare i meriti dei giovani. Una misura particolarmente significativa attuata in Francia e solo ipotizzata in Italia, prevede la attribuzione ai giovani di una dotazione personale di risorse, finanziate anche con fondi pubblici, di cui questi possano disporre per avviarsi nella vita adulta.

Vari paesi, compresa l'Italia, hanno adottato misure variamente configurate per incentivare le imprese ad assumere giovani. In realtà le ricerche mostrano che queste misure hanno efficacia dubbia, specie quando gli incentivi sono concessi in forma generalizzata e non stabile. L'esperienza italiana recente ne dà conferma perché gli incentivi di carattere generale decisi dal Jobs Act hanno comportato nell'immediato (2015-2016) un forte incremento delle assunzioni a tempo indeterminato e delle trasformazioni dei contratti a termine in contratti a tempo indeterminato. Ma tale effetto si è ridotto e poi esaurito con il ridursi e il venir meno degli incentivi.[769] Una misura successiva ha opportunamente resi selettivi gli incentivi all'assunzione e li ha finalizzati a sostenere in particolare la occupazione dei giovani e nelle aree del Mezzogiorno.

Un'altra misura di sostegno messa in opera in Italia secondo le indicazioni europee è la cd. "garanzia giovani". Essa ha avuto una consistente risposta da parte dei giovani. Secondo gli ultimi dati forniti dall'Anpal (al 31 dicembre del luglio 2017) oltre un milione e mezzo di giovani si sono registrati presso i centri dell'impiego, (che scendono a 1.3 se si considerano le cancellazioni), circa un milione sono stati presi in carico e a 547.000 di loro è stata proposta almeno una misura di sostegno formativo o di lavoro previsto dal programma e 226.000 sui 472.000 che hanno concluso il percorso hanno trovato lavoro.[770]

La Garanzia Giovani ha avuto l'effetto positivo di attivare il rapporto di molti giovani con le istituzioni pubbliche competenti in materia di occupazione anche coinvolgendoli in misure utili. Il contributo di queste misure a favorirne una effettiva occupazione è stato minore e legato non solo alla capacità di risposte dei Centri per l'Impiego ma (soprattutto) alle condizioni occupazionali di vari mercati del lavoro; non a caso, i risultati sono stati migliori nelle aree del centro-Nord che in quelle del centro-Sud.

---

[768] Cfr. A. Rosina, E. Voltolina, *Politiche a favore della indipendenza intraprendente delle nuove generazioni,* in C. Dell'Aringa, T. Treu, *Giovani senza futuro?,* cit., p. 335 ss.; M. Livi Bacci, *La sindrome del ritardo*, cit., p. 270 ss.

[769] Cfr. i dati del monitoraggio del Ministero del Lavoro, *Quaderni di monitoraggio*, n.1/2016, e C. Dell'Aringa*, Il Jobs Act. Principi ispiratori, contenuti e primi effetti*, in scritti in memoria di F. Neri, e inoltre anche in riferimento ai dati più recenti: C. dell'Aringa, *L'esplosione dei lavori temporanei: fattori ciclici o strutturali?,* Monografie Arel, 14 marzo 2018.

[770] P. A. Varesi, *I livelli essenziali concernenti i servizi per l'impiego e la sfida della "garanzia per i giovani",* in Giornale Dir. Lav. Rel. Ind., 2014, n. 2, pp. 185-196.

10. Misure di *active ageing*.

Il rapporto intergenerazionale richiede di essere riequilibrato con interventi coerenti per entrambe le generazioni, giovani e anziani. I dati sopra riportati in particolare la rapida crescita dell'indice di dipendenza richiedono misure sia sul versante del sistema pensionistico sia in tema di mercato del lavoro.

L'obiettivo principale è di valorizzare le risorse lavorative in età adulta, per renderle utili al Paese e non farle pesare sulle nuove generazioni invece di rappresentare costi sociali improduttivi.

A tal fine le indicazioni europee hanno sollecitato imprese e istituzioni pubbliche a indirizzare politiche coerenti e durature alla prospettiva dell'*active ageing*. Le migliori esperienze dei paesi europei mostrano come l'invecchiamento attivo possa essere sostenuto e richieda non misure episodiche, ma azioni e interventi *comprehensive* che incidano coerentemente sui vari aspetti della vita personale e di lavoro nella età anziana.[771] Si tratta di interventi che coinvolgono sia le politiche pubbliche sia le pratiche aziendali e sindacali, ma che riguardano anche direttamente la responsabilità dei singoli. Infatti la politica dell'invecchiamento dipende non solo dalle predisposizioni genetiche, ma da scelte individuali: stili di vita[772] e fattori di contesto, soprattutto legati al mondo del lavoro e alle occasioni con cui ciascuno di noi esprime il proprio potenziale produttivo, inteso in maniera ampia, comprensivo cioè della capacità di partecipare alla vita della società, sostenere la propria famiglia, curare se stesso e (quando si assume il ruolo di "nonni") anche i figli dei propri figli.

Le ricerche e le esperienze in materia segnalano vari ambiti di azione utili ad attivare l'età anziana. Il rapporto fra età di lavoro e quella in cui si fuoriesce dal sistema produttivo; le scelte che le organizzazioni operano nei confronti delle risorse umane per la qualificazione e riqualificazione professionale; le politiche del mercato del lavoro e della formazione professionale. L'approccio più indicato per affrontare questi tre contesti è quello unitario, che tratta ogni aspetto in maniera specifica, ma come tassello di un unico puzzle il cui disegno effettivo risulta soltanto dall'insieme delle parti.[773]

Le imprese hanno a disposizione molti strumenti per orientare le scelte organizzative e del personale per renderle *age friendly:* formazione e sviluppo, modifiche dell'orario, cura della salute, innovazione organizzativa, ricollocazione delle persone in mansioni più adatte all'età e all'esperienza maturata, impiego di formule flessibili di transizione verso quiescenza e numerose altre prassi organizzative. Questi percorsi dovrebbero avere un duplice obiettivo: valorizzare da una parte le capacità dei lavoratori maturi, offrendo una qualità migliore della vita lavorativa, e potenziare dall'altra le capacità delle aziende di gestire al proprio interno il tema dell'età.

---

[771] Cfr. A. Ponzellini, *Le politiche per l'invecchiamento attivo in Europa*, in T. Treu (a cura), *L'importanza di essere vecchi*, Mulino, 2012, p. 195 ss.

[772] L'importanza degli stili di vita sull'invecchiamento risulta confermata da tutte le analisi comparate e influisce anche sulle scelte di pensionamento, che dipendono non poco dalle condizioni di salute oltre che da quelle di reddito: cfr. E. Cottini, P. Chinetti, *Salute e stili di vita dei lavoratori*, in L. Cappellari, C. Lucifora, A. Rosini, *Invecchiamento attivo,* cit., p. 145 ss.; S. Pecorelli e J. Ivanovic, *Invecchiare con successo: gli aspetti biologici, gli stili di vita e l'azione europea per l'invecchiamento attivo e in salute*, in T. Treu (a cura), *L'importanza di essere vecchi*, cit., p. 135 ss. e anche per la relazione con i consumi, A. Golini, A. Lorenti, *Investire nell'invecchiamento. Longevità, invecchiamento della popolazione, lavoro, consumi*, ivi, p. 79 ss.

[773] T. Treu, *Introduzione* a *L'importanza di essere vecchi*, cit., p. 5 ss.

La pratica di queste misure di *age management* è variamente diffusa nei vari paesi. In Italia è ancora limitata ad alcune grandi aziende e non sempre inserite in programmi *comprehensive*. Gli interventi più diffusi, attuati unilateralmente o negoziati con i sindacati, riguardano gli orari flessibili e i miglioramenti ergonomici dell'ambiente e, in alcuni settori dei servizi – come le banche – la sperimentazione di carriere laterali anche esterne all'azienda, con la trasformazione dalle mansioni di dipendente ad attività consulenziali.

Un'area importante di intervento riguarda le politiche retributive. La prassi italiana, ancora largamente legata all'anzianità di servizio, non riflette adeguatamente né i meriti né la variazione dei bisogni in relazione all'età e, come si è visto, penalizza i giovani.

Tale assetto è radicato nella cultura sindacale e aziendale e quindi superarlo incontra non poche resistenze. Ma il suo perdurare, oltre a essere ingiustificato, rischia di spiazzare gli anziani, squilibrando il costo del lavoro e favorendo le politiche di esodo anticipato.

11. La prospettiva del *flexible retirement*.

La difficoltà di praticare politiche di *active ageing* è inoltre legata a una impostazione delle nostre politiche pensionistiche e dell'occupazione che ha a lungo favorito le uscite anticipate dal lavoro con diversi strumenti - dai veri e propri prepensionamenti ai cd. "scivoli" previsti dalla contrattazione collettiva di vari settori (banche, assicurazioni, ecc.) – alle sanatorie dei cd. esodati conseguenti al brusco innalzamento dell'età pensionabile previsto dalla cd. legge Fornero, e da ultimo alle varie forme di APE introdotte come eccezioni alle regole della Fornero.

Questi interventi legislativi, che privilegiano una strada opposta a quella dell'*active ageing,* hanno contribuito a far apparire meno urgenti le misure di invecchiamento attivo anche in aziende ove l'età media si sta già rapidamente elevando. Le proposte più recenti che ripropongono l'abbassamento dell'età pensionabile a quota 100, al di là di ogni valutazione su costi, continuano su questa strada contribuendo ad allargare le distanze fra le due generazioni.

Una innovazione introdotta da molti paesi specie del centro-Nord Europa che si coniuga con le indicazioni europee è quella del *flexible retirement.* Questa prevede, con diverse varianti, che i lavoratori arrivati all'età della pensione o vicini ad essa, possano concordare una riduzione dell'orario di lavoro, ottenendo un sostegno finanziario che può consistere in una pensione parziale e/o in una integrazione della retribuzione corrispondente al part time, eventualmente accompagnata dai contributi previdenziali, o in un'altra indennità.[774]

Tale scelta è stata accolta positivamente poiché serve a favorire un passaggio graduale, e quindi meno traumatico, dei lavoratori da una vita lavorativa intensa alla totale inattività e, per altro verso, perché corrisponde a un (possibile) interesse delle imprese a sostituire gradualmente i lavoratori, specie quelli con competenze di valore scarsamente disponibili sul mercato, impegnandoli a trasferire ad altri tali competenze.

Anche il nostro ordinamento prevede una variante di questo istituto nella forma di contratto di solidarietà espansiva,[775] che prevede la possibilità di un pensionamento graduale flessibile con

[774] T. Treu, *Introduzione*, cit., p. 27 ss.; P. Sandulli, *Part time e prepensionamento,* ne Il libro dell'Anno del Diritto, Treccani, 2017, p. 384 ss.
[775] A. Pandolfo, S. Lucantoni, *I contratti di solidarietà*, in Il Libro dell'Anno del Diritto, Treccani, 2017, p. 349 ss.

due anni di anticipo rispetto all'età legale per i lavoratori destinatari di un contratto collettivo di solidarietà espansiva, che stabilisce la riduzione dell'orario di lavoro di almeno la metà (part time al 50% o in percentuale minore) e la contestuale assunzione di un giovane per ogni part time per la quale il datore riceve una agevolazione contributiva (dlg 148/2015). Il lavoratore può godere del cumulo fra stipendio e pensione ed è previsto il finanziamento a carico del fisco dei contributi corrispondenti alla retribuzione persa dal lavoratore.

Nonostante questo sostegno pubblico che riduce alquanto la perdita pensionistica del lavoratore, la misura ha avuto scarsa applicazione. Tale risultato può dipendere sia dalle condizioni poste dalla legge (accordo sindacale e assunzione di giovani) sia dalle resistenze nei confronti del part time, ancora diffuse sia fra le imprese sia fra i lavoratori. Ma, ancora una volta, le modifiche del quadro legislativo appena ricordate che riducono l'età pensionabile costituiscono un freno ad avviare esperimenti in questa materia. Una forma di sostegno per il pensionamento flessibile particolarmente favorevole è stata prevista dal recente contratto collettivo dei bancari che integra i trattamenti dei *part timers* in uscita con il fondo di solidarietà del settore.

12. Condizioni di riequilibrio tra le generazioni: stabilità istituzionale, sviluppo durevole, welfare intergenerazionale, comunicazioni e scambi di esperienze

Le tendenze fin qui descritte segnalano una crescente distanza nelle condizioni di vita e di lavoro fra le generazioni che rischia di rompere i legami di solidarietà fra gli individui e fra le età che hanno contribuito a tenere insieme la nostra società. Il riequilibrio di tali legami richiede, come si è già sottolineato, misure coerenti e durevoli.

Per questo una condizione per la loro efficacia è che non solo il disegno ma le applicazioni di tali misure siano sostenuti nel tempo, sia in sede normativa che amministrativa. E tale sostegno richiede una stabilità politica e anche istituzionale, tale da garantirne la continuità almeno nelle direzioni fondamentali delle riforme.

Le misure specifiche sopra ricordate devono perseguire un orientamento comune. Gli istituti di tutela sociale vanno indirizzati all'obiettivo di proteggere dai rischi specifici, che sono diversi dal passato e distinti per le diverse età. Per i giovani si tratta del rischio della disoccupazione, della precarietà e della dipendenza personale fino a quello della povertà; per gli anziani del rischio dell'inattività e dell'abbandono, oltre che della mancanza di cure e di assistenza.

Le misure di promozione costituiscono un investimento sociale necessario per rafforzare l'autonomia e le opportunità delle persone nell'intero percorso di vita. La correzione dello squilibrio demografico tramite adeguate politiche di sostegno alla famiglia, è il primo investimento sociale da rafforzare, perché costituisce condizione essenziale dello sviluppo economico e umano.

Nella stessa direzione educazione e formazione occupano un ruolo centrale per dare ai giovani le conoscenze necessarie ad affrontare le sfide del lavoro e della vita adulta; ma devono accompagnare le persone fino all'età anziana, perché contribuiscono ad arricchirla e a renderne possibile la partecipazione attiva alla vita economica e sociale.

Per essere pienamente efficaci queste misure vanno sostenute, oltre che da una continuità istituzionale, anche da politiche economiche in grado di influire sulla qualità e sulla sostenibilità della crescita e di garantire prospettive di occupazione ai giovani e meno giovani. Tali politiche sono

tanto più necessarie di fronte alle trasformazioni indotte dalle nuove tecnologie digitali, che mettono in discussione il futuro del lavoro, la sua qualità come la sua quantità, prefigurando la possibilità di dover pensare anche a una nuova distribuzione del lavoro fra le persone e nelle diverse età della vita.

In conclusione va sottolineato che il riequilibrio fra le generazioni, proprio perché si radica profondamente nei costumi e nei rapporti personali e sociali, richiede non solo misure economiche, ma la riattivazione di intensi canali comunicativi e di scambi di esperienze fra giovani e anziani.

Si tratta di una ricerca culturale e sociale innovativa, perché molti canali e rapporti tradizionali fra le generazioni sono oscurati, se non interrotti, dalle attuali modalità di vita e di comunicazione, che sono molto diverse da quelle prevalenti anche solo pochi decenni fa. Più in generale la riattivazione di questi canali deve fare i conti con le tensioni e con le forze centrifughe che minacciano la coesione sociale in tutti i paesi moderni.

La ricerca va perseguita nei diversi luoghi in cui le persone e le generazioni si incontrano. Fra questi c'è *in primis* la famiglia, che si è allargata con la compresenza di più generazioni e che va aiutata a reagire alle tensioni e alle difficoltà esterne, non solo economiche, per continuare ad essere un luogo di convivenza e di crescita comune. I luoghi di lavoro, anche se sempre più diversificati e spesso resi indefiniti dalle tecnologie digitali, continuano ad essere importanti per le persone e per una parte consistente della loro vita. Per questo anche nei luoghi di lavoro il riequilibrio generazionale deve essere favorito con tutti gli strumenti e le pratiche sopra ricordati, a cominciare dalla condivisione fra giovani e anziani di ruoli e di esperienze professionali e umane.

Permessi e congedi per l'assistenza alle persone con disabilità. Stato dell'arte e profili critici alla luce della l. n. 76 del 2016*

Giovanna Pistore

1. Gli strumenti offerti dall'ordinamento. Caratteri generali. 259
2. Cosa succede alla luce della l. n. 76/2016? 260
3. Quali prospettive per il futuro? 263

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 375/2018

1. Gli strumenti offerti dall'ordinamento. Caratteri generali.

«One in six people in the European Union (EU) has a disability that ranges from mild to severe making around 80 million who are often prevented from taking part fully in society and the economy because of environmental and attitudinal barriers».

Questo è l'*incipit* della *European Disability Strategy 2010-2020*[776], che evidenzia come la persona disabile si trovi in una situazione di svantaggio nell' «accessibilità all'ambiente fisico, sociale, economico e culturale, alla salute, all'istruzione, all'informazione e alla comunicazione»[777].

Tale situazione si ripercuote anche sulla vita dei congiunti, richiedendo l'intervento dello Stato tramite strumenti e tutele che permettano la conciliazione tra il lavoro e le necessità di cura, assistenza ed inclusione del disabile[778].

In questo solco, nel nostro ordinamento, si inseriscono i permessi retribuiti previsti dall'art. 33, comma 3, della l. n. 104/1992 e il congedo straordinario retribuito di cui all'art. 42, c. 5, del d. lgs. n. 151/2001, che vanno oltre una logica meramente assistenziale guardando a una «piena integrazione nella famiglia, nella scuola, nel lavoro e nella società» (art. 1, comma 1, lett. *a),* l. n. 104/1992) per superare gli «stati di emarginazione e di esclusione sociale della persona handicappata» (art. 1, c. 1, lett. *d)*, l. n. 104/1992).

L'interesse primario sotteso «è quello di assicurare in via prioritaria la continuità nelle cure e nell'assistenza del disabile che si realizzino in ambito familiare»[779], nel quadro della protezione accordata dagli artt. 2, 32 e 38 c. 1 Cost.[780]. Si tratta di «interventi economici integrativi di sostegno alle famiglie che si fanno carico dell'assistenza della persona diversamente abile, evidenziando il rapporto di stretta e diretta correlazione (…) con le finalità (…) di tutela della salute psicofisica della persona handicappata e di promozione della sua integrazione nella famiglia»[781]. Sono quindi misure che hanno carattere latamente assistenziale, non essendo erogate direttamente dallo Stato, che preferisce affidare i compiti di cura a chi è più vicino al disabile.

Riassumendo, il fulcro di questi istituti è a) l'esigenza di tutela della persona disabile che si esplica attraverso b) un vincolo solidaristico, espresso da un rapporto affettivo qualificato tra il disabile e la persona che usufruisce dei permessi e congedi previsti dalla legge. Nonostante il richiamo alla dimensione familiare, il nucleo considerato ricomprende anche soggetti estranei alla scelta matrimoniale, purché legati da un rapporto di assistenza morale e materiale rispetto al disabile.

---

[776] Il documento può essere letto all'indirizzo https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2010:0636:FIN:en:PDF.

[777] Convenzione ONU sui diritti delle persone con disabilità, Preambolo, lett. *v).* La Convenzione, del 13 dicembre 2006, è stata ratificata dall'Italia con la l. 3 marzo 2009, n. 18.

[778] Per una disamina dei problemi in materia, A. MURATORIO, *Handicap (diritto del lavoro)*, in *Dig. Disc. Priv. Sez. Comm.*, 2007. Il ruolo centrale della famiglia è evidenziato anche nella Convenzione ONU sui diritti delle persone con disabilità, che nel Preambolo, lett. *x),* sottolinea come «la famiglia (…) è il naturale e fondamentale nucleo della società e merita la protezione da parte della società e dello Stato, (…) le persone con disabilità ed i membri delle loro famiglie dovrebbero ricevere la necessaria protezione ed assistenza per permettere alle famiglie di contribuire al pieno ed eguale godimento dei diritti delle persone con disabilità».

[779] Corte cost. 18 aprile 2007, n. 158.

[780] Questa è la *ratio* specificata dalla giurisprudenza che, nel corso del tempo, ha allargato il novero dei beneficiari. In particolare il congedo straordinario biennale, inizialmente previsto solo per i genitori del disabile, è stato esteso dalla Corte costituzionale, nell'ordine, a fratelli e sorelle (sentenza 16 giugno 2005, n. 233), al coniuge in via prioritaria (sentenza 8 maggio 2007, n. 158), ai figli (sentenza 30 gennaio 2009, n. 19); a parenti o affini entro il terzo grado (sentenza 18 luglio 2013, n. 203).

[781] Corte cost. 16 giugno 2005, n. 233.

Da un punto di vista operativo le due fattispecie presentano numerosi punti di contatto.

È richiesto innanzitutto un comune requisito di carattere sanitario, cioè la situazione di disabilità grave della persona da assistere, accertata dalla Commissione medica integrata ASL/INPS, e consistente in una «minorazione, singola o plurima, [che] abbia ridotto l'autonomia personale, correlata all'età, in modo da rendere necessario un intervento assistenziale permanente, continuativo e globale nella sfera individuale o in quella di relazione» (art. 3, c. 3, l. n. 104/1992).

Analogo è anche il novero dei soggetti che possono usufruirne, secondo una regola di esclusività, pur con alcune differenze. I permessi spettano[782] al coniuge, a parenti e affini entro il secondo grado, oppure entro il terzo grado qualora i genitori o il coniuge della persona con *handicap* abbiano compiuto i sessantacinque anni di età, siano anche essi affetti da patologie invalidanti o siano deceduti o mancanti.

Diversamente, per il congedo straordinario, è prevista una gradazione gerarchica tra i beneficiari, dato che può farne richiesta in prima battuta solo il coniuge convivente, mentre gli altri soggetti (padre e madre anche adottivi, figli, fratelli o sorelle, il parente o l'affine entro il terzo grado) ne fruiranno solo nel caso di mancanza, decesso o patologie invalidanti delle categorie precedenti. È richiesto inoltre, in questo caso, il requisito della convivenza[783], inteso però dalla giurisprudenza in senso non coincidente alla coabitazione[784], ricomprendendo anche le ipotesi in cui il lavoratore si rechi presso la residenza del disabile limitatamente ad una fascia oraria della giornata.

In entrambe le ipotesi è prevista l'erogazione di un'indennità a carico dell'INPS, anticipata dal datore di lavoro e coperta da contribuzione figurativa accreditata su domanda di parte. Possono usufruirne unicamente i lavoratori dipendenti del settore pubblico e privato, mentre nulla è previsto in favore dei lavoratori autonomi anche se l'identità del bene protetto, cioè la cura e l'integrazione del disabile, solleva dubbi di illegittimità costituzionale in relazione all'art. 3 Cost.

I permessi vengono concessi per tre giorni al mese, in maniera frazionata anche ad ore o continuativa e concorrono alla maturazione delle ferie[785]. Il congedo straordinario può essere anch'esso fruito in modo continuativo o frazionato e ha una durata massima di due anni.

2. Cosa succede alla luce della l. n. 76/2016?

Il riconoscimento ad opera della l. n. 76/2016 delle unioni civili e delle convivenze di fatto ha innegabili riflessi anche sulla disciplina dei permessi e congedi per l'assistenza ai disabili, ridefinendo l'ambito applicativo delle fattispecie. Nonostante forti similitudini, i due tipi di legame vengono trattati diversamente dal Legislatore quanto a peso del vincolo solidaristico ed effetti, pertanto la loro intersezione con la normativa lavoristica richiede un'analisi differenziata.

Cominciamo dalle unioni civili. Il comma 20 della legge n. 76/2016 sgombera il campo da ogni dubbio, facendo ritenere che le garanzie previste dalla legge n. 104/1992 e dal d. lgs. n. 151/2001 valgano anche nei confronti dei membri dell'unione[786]. È previsto infatti che «le disposizioni che

[782] I permessi *ex lege* n. 104 spettano anche allo stesso lavoratore disabile.
[783] INPS, Circolare 6 marzo 2012, n. 32 e Messaggio 4 marzo 2010 n. 6512.
[784] Cass. pen. sez. II 16 febbraio 2017, n. 24470.
[785] Cass. civ. sez. lav. 7 giugno 2017, n. 14187.
[786] Così peraltro anche la Circolare INPS 27 febbraio 2017, n. 38.

si riferiscono al matrimonio e [quelle] 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».

Problematica invece è la possibilità di accedere ai permessi o ai congedi qualora la persona da assistere sia ad esempio il figlio biologico del *partner* oppure il genitore, il fratello o la sorella dello stesso. Questo perché la legge n. 76/2016 omette di richiamare l'art. 78 c.c. in materia di affinità: secondo la dottrina maggioritaria ne discende che, a differenza del matrimonio, gli effetti nell'unione civile sono limitati ai soli paciscenti[787], non instaurandosi alcun legame al di fuori della coppia. La questione però non è pacifica, dato che al mancato richiamo fa da contraltare il rinvio, senza alcuna riserva di compatibilità, alle norme in materia di alimenti e a quelle sull'impresa familiare, le quali postulano invece reciproche obbligazioni pure tra affini[788], ma il rinvio esteso sembra frutto di disattenzione legislativa, più che di un intento cosciente di totale assimilazione al matrimonio. La delimitazione degli effetti civili si ripercuote a cascata anche sulle norme lavoristiche escludendo in questi casi la possibilità di accedere ai permessi *ex lege* n. 104 o al congedo straordinario, con conseguenze distoniche sul piano della coscienza sociale poiché, nonostante l'esistenza di un legame affettivo, il membro dell'unione non potrà prestare assistenza al disabile parente del *partner*, ove quest'ultimo sia nell'impossibilità di provvedervi direttamente.

Forse è possibile giungere a diversa soluzione nel caso dei figli geneticamente discendenti da un solo membro della coppia. Il comma 20 della l. n. 76/2016 conclude facendo salvo, ambiguamente, «quanto previsto e consentito in materia di adozione dalle norme vigenti», e quindi anche l'istituto dell'adozione in casi particolari di cui all'art. 44, l. n. 184/1983, utilizzato dalla giurisprudenza per ammettere la c.d. *stepchild adoption*[789] nelle unioni omosessuali facendo leva sulla tutela del preminente interesse del minore[790]. Sotto questo profilo, pertanto, non sembrano esservi ostacoli alla fruizione dei permessi e dei congedi anche per l'assistenza al minore disabile figlio biologico di un *partner* e adottato dall'altro.

Ad avviso di chi scrive, inoltre, nessuna questione potrebbe sorgere pure nel caso in cui venga trascritto o rettificato il certificato di nascita straniero da cui risulti che il minore è figlio di una coppia omosessuale[791], potendo entrambi i genitori, di conseguenza, avvalersi delle tutele previste in caso di disabilità del bambino.

---

[787] G. DE CRISTOFARO, *Le "unioni civili" fra coppie del medesimo sesso. Note critiche sulla disciplina contenuta nei commi 1°-34° dell'art. 1 della l. 20 maggio 2016, n. 76, integrata dal d.lgs. 19 gennaio 2017, n. 5*, in *Nuove Leggi Civ. Comm., 2017, 1, 101 ss.;* M. SESTA, *La disciplina dell'unione civile tra tutela dei diritti della persona e creazione di un nuovo modello familiare*, in *Fam. Dir.,* n. 10/2016, p. 881 ss. e segnatamente p. 885; T. AULETTA, *Disciplina delle unioni non fondate sul matrimonio: evoluzione o morte della famiglia?*, in *Le nuove leggi civili commentate*, n. 3/2016, p. 367 ss. Si veda anche, per un quadro complessivo, F. AZZARRI, *Unioni civili e convivenze (diritto civile)*, voce in *Enc. Dir.*, Annali X, 2017, p. 997 ss. e in particolare p. 1008, cui si rinvia per gli ampi riferimenti bibliografici.

[788] G. OBERTO, *I regimi patrimoniali delle unioni civili*, in *Giur. it.*, 2016, 1800 ss. e in particolare p. 1806.

[789] Cass. civ. sez. I, 22 giugno 2016, n. 12962.

[790] Si veda sul tema G. FERRANDO, *L'adozione in casi particolari nell'evoluzione normativa e giurisprudenziale*, reperibile all'indirizzo http://www.cortedicassazione.it/cassazione-resources/resources/cms/documents/Relazione_Prof_ssa_Ferrando.pdf

[791] Trascrizione ammessa da Cass. civ. sez. I, 15 giugno 2017, n. 14878, in *Giust. Civ. Mass.* 2017; Cass. civ. sez. I, 30 settembre 2016, n. 19599, in *GiustiziaCivile.com* 27 febbraio 2017.

Diverso è invece l'approccio nella considerazione delle convivenze *more uxorio*, che nella valutazione legislativa – frutto di un'intensa e conforme elaborazione giurisprudenziale sul tema - seguitano a non essere equiparate al coniugio per l'insussistenza di un vincolo dotato dei medesimi caratteri di stabilità, tant'è che la l. n. 76/2016 neppure le riconduce all'art. 2 Cost. Tale circostanza indurrebbe ad escludere il convivente dai beneficiari dei permessi e congedi, ove sia necessario assistere il compagno disabile grave.

Questa sarebbe la conclusione sul piano dei principi, in realtà la differenziazione tra i legami seguita a non essere chiara, come emerge dalla sentenza della Corte costituzionale n. 213/2016, che ha esteso anche al convivente di fatto la possibilità di usufruire dei permessi mensili *ex lege* n. 104/1992.

Il caso riguardava la dipendente di un'Azienda USL che chiedeva il riconoscimento del diritto ad usufruire di tali permessi per assistere il proprio compagno e, al contempo, resisteva alla pretesa della datrice di recuperare nei suoi confronti le ore già usufruite a tale titolo, concesse dalla stessa Azienda ma poi revocate proprio per l'assenza di legami di parentela, affinità o coniugio con il disabile. Il fatto peraltro è curioso e testimonia il riconoscimento del dato metagiuridico, attraverso una prassi amministrativa incauta alla luce della legge ma già aperta alla concessione dei permessi anche nel caso della convivenza *more uxorio*.

Il Tribunale di Livorno, giudice remittente, pur ribadendo la diversità tra convivenza e vincolo di coniugio rilevava come la famiglia presa in considerazione dall'art. 33, c. 3, l. n. 104/1992 non sia quella nucleare protetta dall'art. 29 Cost., ma quella intesa come «formazione sociale» *ex* art. 2 della Carta. Di conseguenza l'esclusione dall'accesso ai permessi *ex lege* n. 104/1992 non avrebbe consentito alla persona affetta da disabilità grave «di beneficiare di piena ed effettiva assistenza nell'ambito di una formazione sociale che la stessa ha contribuito a creare e che è sede di svolgimento della propria personalità individuale», con conseguenti profili di irragionevolezza, tenuto conto della disparità di trattamento tra il disabile inserito in una stabile formazione di fatto e quello coniugato. Ad avviso del Tribunale, inoltre, l'impossibilità per un lavoratore di assistere il proprio convivente disabile contrasterebbe pure con quanto sancito dall'art. 8 CEDU, che tutela la «vita familiare» anche di coloro che siano parte di un legame *more uxorio*. L'esclusione dei conviventi dall'accesso ai permessi retribuiti comporterebbe pertanto una possibile violazione degli artt. 2, 3, 32 Cost[792].

Il ricorso viene accolto dalla Corte, facendo però leva non su una possibile discriminazione del lavoratore che assista il disabile (aspetto questo rinvenibile nelle pieghe nell'ordinanza di rimessione[793]), ma sulla *ratio* dell'istituto, cioè la tutela della salute psico – fisica del portatore di *handicap*. Si tratta di un diritto inviolabile ai sensi dell'art. 32 Cost., che va garantito e tutelato nei confronti del disabile grave sia come singolo che come parte di una formazione sociale ai sensi dell'art. 2 Cost., dovendosi intendere per formazione sociale «ogni forma di comunità, semplice o complessa, idonea a consentire e favorire il libero sviluppo della persona nella vita di relazione,

[792] Trib. Livorno, Ord., 15 settembre 2014, Est. Calò, che può essere letta all'indirizzo http://www.questionegiustizia.it/doc/Tribunale_Livorno_ordinanza_15_settembre_2014.pdf

[793] Lo scopo diretto di permessi e congedi non è aiutare il lavoratore, ma tutelare il disabile, per questo si è ritenuto che «nessun elemento testuale o logico consente di attribuire al beneficio una funzione meramente compensativa o di ristoro delle energie impiegate dal dipendente per l'assistenza prestata al disabile» (Cass. civ. sez. lav. 13 settembre 2016, n. 17968).

nel contesto di una valorizzazione del modello pluralistico»[794]. L'esclusione del convivente da coloro che possono accedere ai permessi di cui alla legge n. 104/1992 integra, pertanto, una violazione dell'art. 3 della Costituzione, non per la differenziazione tra convivenza e coniugio, ma per la diversa considerazione della persona disabile a fronte della medesima esigenza di tutela.

A parte la notazione di stampo privatistico per cui, nonostante il silenzio nella l. n. 76/2016, le convivenze vengono ricondotte all'art. 2 Cost., la censura di irragionevolezza appare pertinente ove si consideri il rapporto tra la disciplina lavoristica/assistenziale e quella civilistica dell'istituto. È stato rilevato poc'anzi come i permessi e i congedi poggino sul legame solidaristico sussistente tra disabile e lavoratore. Benché si affermi una diversità ontologica tra i vincoli sottesi a matrimonio e convivenza, all'atto pratico la differenza sfuma e risulta di difficile individuazione. Il comma 36 dell'art. 1, l. n. 76/2016, esordisce qualificando come conviventi di fatto «due persone maggiorenni unite *stabilmente* da legami affettivi di coppia e di *reciproca assistenza morale e materiale»*, assistenza esplicitata, anche se in modo non compiuto, nelle successive disposizioni. Il comma 38 riconosce ai conviventi di fatto gli stessi diritti spettanti al coniuge nei casi previsti dall'ordinamento penitenziario. Il comma 39 prevede invece che in caso di malattia o ricovero i conviventi di fatto abbiano diritto reciproco di visita, di *assistenza* nonché di accesso alle informazioni personali, anche se poi i commi 40 e 41 subordinano la rappresentanza per le decisioni in materia di salute o di donazione degli organi alla necessaria designazione effettuata in forma scritta o alla presenza di un testimone. Ad ogni modo, sarebbe incongruo limitare la possibilità di reciproca assistenza escludendo le ipotesi in cui il convivente sia disabile grave.

Allo stato resta invece esclusa la possibilità, per i conviventi, di accedere al congedo straordinario biennale previsto dal d. lgs. n. 151/2001, come confermato dalla Circolare INPS n. 37/2018. L'atteggiamento dell'ente previdenziale è comprensibile, considerato che all'estensione della platea dei beneficiari non corrisponde un uguale allargamento dei contribuenti[795]. E infatti lo stesso Legislatore della l. n. 76/2016 si mostra molto attento al versante economico dei nuovi istituti, imponendo al Ministero del lavoro di attuare, sulla base dei dati forniti dall'INPS, il monitoraggio degli oneri di natura previdenziale e assistenziale previsti in forza dell'equiparazione tra unioni civili e coniugio e, in caso, di provvedere alle necessarie modifiche di bilancio (art. 1, c. 67, l. n. 76/2016). Abbiamo visto però come congedi e permessi rispondano ad un'identica *ratio*: è facile immaginare quindi la futura instaurazione di un contenzioso sul punto.

Anche per le convivenze residuano i medesimi problemi derivanti dall'insussistenza di alcun legame di affinità nei confronti del figlio biologico o dei parenti del convivente. Si segnala però come la giurisprudenza ammetta l'adozione in casi particolari anche dei figli del convivente, con conseguente accesso ai benefici previsti in caso di disabilità a favore del genitore adottivo.

3. Quali prospettive per il futuro?

La presenza di situazioni di bisogno tuttora non coperte dalla legge induce a chiedersi se comunque, alla luce del quadro normativo esistente, vi siano margini per un progressivo allargamento delle tutele.

---

[794] Così la Corte, richiamando la propria sentenza del 15 aprile 2010, n. 138.

[795] Cfr. C. A. NICOLINI, *Quali i riflessi previdenziali delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e delle convivenze di fatto?*, in *RDSS*, n. 3/2016, p. 563 ss.

Alcuni spiragli sembrano essere aperti dalle argomentazioni seguite dalla Consulta nell'estensione ai conviventi *more uxorio* dei permessi di cui alla l. n. 104/1992.

Si è detto che permessi e congedi poggiano su due pilastri, cioè l'esigenza di tutela della persona e il vincolo solidaristico col lavoratore. La Corte però considera i due aspetti in via congiunta ed anzi li assorbe nel diritto fondamentale alla tutela della salute che va garantito al portatore di *handicap* sia come singolo che nelle formazioni sociali di cui fa parte. Applicando tale assioma, la presenza di un legame affettivo stabile, benché non giuridicizzato, consentirebbe di estendere le previsioni su congedi e permessi anche alle situazioni testé esaminate e tuttora escluse.

In questo senso deporrebbe pure l'interpretazione del diritto interno alla luce della normativa comunitaria. L'art. 26 della Carta di Nizza «riconosce e rispetta il diritto dei disabili di beneficiare di misure intese a garantirne l'autonomia, l'inserimento sociale e professionale e la partecipazione alla vita della comunità». La norma sembrerebbe applicabile anche *in subiecta materia*: è vero che l'art. 51 della Carta ne definisce l'ambito di applicazione «esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione», però tale attuazione viene intesa non come trasposizione *stricto sensu* considerata, ma in senso ampio, quale «sfera di competenza» del diritto comunitario[796]. A questo proposito l'art. 4, c. 2 lett. *b)* TFUE attribuisce all'Unione competenza concorrente nella «politica sociale» per quanto riguarda gli aspetti definiti nel trattato, tra cui rientra proprio la protezione delle persone con disabilità.

In aggiunta, per quanto concerne i minori potrebbe essere invocato anche l'art. 24 della Carta di Nizza, che al comma 1 riconosce e tutela il diritto dei minori alla protezione e alle cure necessarie per il loro benessere e soprattutto, al comma 2, stabilisce che «in tutti gli atti relativi ai bambini, siano essi compiuti da autorità pubbliche o da istituzioni private, l'interesse superiore del bambino deve essere considerato preminente».

Qualcosa però non torna nella ricostruzione della Consulta perché il vincolo di solidarietà, che costituisce specificazione del diritto, è pure il *prius* logico per l'operatività dell'istituto. Sorge quindi una domanda: il diritto alla salute del portatore di *handicap* può avere una latitudine tale da valorizzare un qualsivoglia legame, seppur stabile? La «formazione sociale», per ammissione unanime della dottrina costituzionalistica, nonché come rilevato nell'ordinanza di rimessione e

---

[796] CGUE, Grande sezione, 26 febbraio 2013, causa C-617/10, *Åkerberg Fransson*, par. 21: «i diritti fondamentali garantiti dalla Carta devono essere rispettati quando una normativa nazionale rientra nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione, non possono quindi esistere casi rientranti nel diritto dell'Unione senza che tali diritti fondamentali trovino applicazione. L'applicabilità del diritto dell'Unione implica quella dei diritti fondamentali garantiti dalla Carta». Si veda anche G. BRONZINI, *Happy birthday; il primo anno di "obbligatorietà" della Carta di Nizza nella giurisprudenza della Corte di giustizia*, in B. CARUSO – M. MILITELLO (a cura di), *I diritti sociali tra ordinamento comunitario e Costituzione italiana: il contributo della giurisprudenza multilivello*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" - Collective Volumes* - 1/2011, p. 26 ss., che evidenzia un approccio estensivo della Corte di giustizia. A questo riguardo L. MARI, La Carta di Nizza: contenuto e principi ispiratori, in M. NAPOLI (a cura di), *La carta di Nizza. I diritti fondamentali dell'Europa*, V&P, 2004, p. 13, sottolinea come vi sia una «sfera indefinita del campo di attuazione del diritto dell'Unione, con la conseguenza che la Carta dei diritti appare tale da potersi sovrapporre alle disposizioni costituzionali nazionali in tutta l'area nella quale le istituzioni europee decidono di intervenire». Riguardo all'applicazione della Carta di Nizza ad opera della Corte costituzionale, M. CARTABIA, *La tutela multilivello dei diritti fondamentali - il cammino della giurisprudenza costituzionale italiana dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, relazione tenuta all'Incontro trilaterale tra le Corti costituzionali italiana, portoghese e spagnola* , Santiago de Compostela 16-18 ottobre 2014, reperibile al sito https://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/RI_Cartabia_santiago2014.pdf

nella sentenza, resta tuttora un concetto indeterminato[797]. In assenza di una delimitazione civilistica del legame rimane il rischio di una applicazione indiscriminata della norma, di possibili frodi alla legge e di evidenti ripercussioni sul piano della certezza del diritto.

È quindi importante individuare un criterio discretivo che permetta di valorizzare un vincolo effettivo. Il tema, delicatissimo, non pertiene di certo al giuslavorista. Si segnala però che l'art. 4 del Regolamento Anagrafico della popolazione residente, allegato al d.P.R. n. 223/1989, definisce famiglia anagrafica «un insieme di persone legate da vincoli di matrimonio, unione civile, parentela, affinità, adozione, tutela o da vincoli affettivi, coabitanti ed aventi dimora abituale nello stesso comune», valorizzando quindi anche un legame di reciproca assistenza non giuridicizzato ma ancorandolo a saldi dati fattuali. Il requisito della coabitazione però andrebbe in controtendenza rispetto a quanto già previsto in materia di permessi e congedi, per cui la necessaria convivenza è esclusa oppure viene intesa in senso estensivo.

Resta da chiedersi se nell'individuazione di paletti all'applicabilità dell'istituto sia possibile utilizzare quale parametro interposto[798] il riferimento dall'art. 8 CEDU invocato però – diversamente da come fa il Tribunale di Livorno - non a tutela del lavoratore che richieda i permessi ma del disabile da assistere.

Ciò richiederebbe, ad opera del giudice nazionale, l'applicazione delle categorie come delineate dal formante esterno. Al riguardo, la nozione di «vita familiare» elaborata dalla Corte EDU è più ampia rispetto a quella forgiata sull'art. 29 Cost. ma sembra ricomprendere, allo stato attuale, solo i soggetti ascrivibili a quella che possiamo indicare come «famiglia» nucleare. Già quando il legame trascende tale dimensione, come ad esempio nel caso del rapporto tra nonni e nipoti[799] o zii e nipoti[800], la Corte si muove in modo molto cauto, facendovi rientrare la parentela più lata alla condizione di una prova stringente circa l'esistenza di un legame personale effettivo, desumibile dalla coabitazione o da visite frequenti.

Forse, tuttavia, c'è un altro modo per andare oltre le strettoie della disciplina civilistica, valorizzando le categorie lavoristiche e in particolare i divieti di discriminazione.

---

797 Si rinvia, per una ricostruzione del tema, a F. DAL CANTO, *I principi fondamentali*, in R. ROMBOLI (a cura di), *Manuale di diritto costituzionale italiano ed europeo*, vol. I, Giappichelli, 2015, p. 113 ss. e soprattutto p. 128 ss.

798 Occorre rammentare – anche se la questione non è pacifica alla luce del richiamo alla Convenzione EDU contenuto nell'art. 6 TUE- che, diversamente dalle norme comunitarie, il contrasto con una norma CEDU non potrebbe legittimare una disapplicazione del diritto interno ma unicamente una sua applicazione conforme o, nel caso in cui questa sia impossibile, il sollevamento della questione di legittimità costituzionale rispetto al parametro dell'art. 117, comma 1, Cost. Così Corte cost. sentenze 24 ottobre 2007, n. 348 e 349, confermate dalla giurisprudenza successiva. La dottrina sul punto è vastissima: per una rassegna che costituisce utile punto di partenza per un approfondimento bibliografico, si segnala M. FIERRO (a cura di), *L'efficacia delle decisioni della Corte di Strasburgo nei confronti dei paesi contraenti che non sono parte del giudizio*, in https://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/decisioni_Corte_Strasburgo.pdf Si veda anche M. CARTABIA, *La Cedu e l'ordinamento italiano: rapporti tra fonti, rapporti tra giurisdizioni, in Atti del Seminario All'incrocio tra Costituzione e Cedu: il rango delle norme della convenzione e l'efficacia interna delle sentenze di Strasburgo*, Giappichelli, 2007.

799 Corte EDU 9 giugno 1998, *Bronda c. Italia*.

800 Corte EDU 23 marzo 1999, *Ticli e Mancuso c. Italia*; 3 giugno 2004, *Zampieri c. Italia*.

Occorre ricordare che «l'efficacia della tutela della persona con disabilità si realizza (…) anche mediante la regolamentazione del contratto di lavoro di cui è parte il familiare della persona tutelata essendo il riconoscimento di diritti in capo al lavoratore in funzione del diritto del congiunto con disabilità alle immutate condizioni di assistenza[801]».

Nel caso dell'"affine" (ci si perdoni l'utilizzo improprio del termine) dell'unito civilmente, sarebbe possibile ravvisare una possibile discriminazione ai sensi della Direttiva 2000/78/CE, non basata sull'*handicap*, ma sull'orientamento sessuale, perché la persona che potrebbe assistere il disabile non può accedere ad uno strumento giuridico che dispieghi i medesimi effetti del matrimonio[802].

Diverso invece è il caso dei rapporti tra convivente di fatto e parenti dell'altro convivente. In questo caso non sarebbe possibile invocare nei confronti degli "affini" né l'irragionevolezza né la discriminatorietà. Sul primo punto, l'irragionevolezza è ravvisabile unicamente nella disciplina dei rapporti interni alla coppia, in cui il vincolo di solidarietà non si traduce nella possibile assistenza in caso di disabilità. Non è possibile inoltre ritenere che sussista una discriminazione, la quale non potrebbe essere basata sull'orientamento sessuale né sulle convinzioni personali, posto che adottando quest'ultima categoria si darebbe spazio alle idee che hanno guidato la libera scelta di dare al proprio legame una determinata forma giuridica pur avendo a disposizione strumenti più stringenti.

Ci si rende conto di come le costruzioni prospettate siano particolari, facendo emergere in modo impietoso le discrasie e l'urgenza una revisione profonda dell'impianto legislativo, che tenga profondamente in considerazione tutte le istanze di tutela e le interconnessioni tra le diverse norme dell'ordinamento.

Avrebbe potuto occuparsene la l. n. 76/2016, ma questa è un'altra storia.

---

[801] Cfr. Trib. Roma 12 marzo 2014, n. 2781

[802] Queste d'altronde sono le argomentazioni sottese a numerose sentenze della Corte di giustizia. Si veda CGUE 12 dicembre 2013, C-267/12, *Hay*, in *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*, in *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*,in *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*. Ci si permette di rinviare alle considerazioni identiche già svolte, anche se con riferimento ai profili pensionistici, a G. PISTORE, *Convivenza di fatto e tutela dei superstiti tra problemi vecchi e nuovi*, in *WP CSDLE D'Antona.it*, n. 345/2017 e in *Var. Temi Dir. Lav,* n. 4/2017.

Riflessioni sulla misurazione della rappresentanza datoriale nell'ordinamento statale e intersindacale*

Mariella Magnani

1. La misurazione della rappresentanza datoriale ai fini della contrattazione collettiva. 268

2. Dal pluralismo competitivo della rappresentanza dei lavoratori al pluralismo competitivo della rappresentanza dei datori di lavoro. 268

3. La questione dei cd. "perimetri". 270

4. I criteri di misurazione della rappresentatività. 271

5. Riflessioni sull'opportunità della fissazione dei criteri e della certificazione dei dati di rappresentatività datoriale e sindacale. 272

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 376/2018

1. La misurazione della rappresentanza datoriale ai fini della contrattazione collettiva.

La misurazione della rappresentanza datoriale è profilo di estrema attualità; esso è anzi vitale, per il funzionamento, non solo del sistema di relazioni sindacali, ma anche dell'intero sistema del diritto del lavoro italiano, visto che neppure dopo il Jobs Act si è interrotta la tecnica della integrazione tra disposizioni legali e disposizioni contrattuali ai fini della disciplina di diversi istituti[803].

Il compito coregolativo – di nuova generazione rispetto ai rinvii contenuti nel codice civile – è tuttavia stato assegnato solo a sindacati qualificati, prima ai sindacati maggiormente rappresentativi, poi ai sindacati comparativamente più rappresentativi. Detto per inciso, il motivo del passaggio dalla primitiva formulazione (sindacato maggiormente rappresentativo) a quella odierna (sindacato comparativamente più rappresentativo) non è affatto limpido e non è mai stato conclusivamente individuato.

Tralasciando di soffermarsi dettagliatamente sul punto e sulla corposa letteratura che ne è scaturita[804], accenno solo al fatto che, se si considera che la formula compare per la prima volta nella l. 28 dicembre 1995, n. 549, sul contratto collettivo da prendere a riferimento per il calcolo dei contributi previdenziali ed assistenziali, nel caso di concorrenza di più contratti collettivi nello stesso ambito di riferimento (o categoria), essa avrebbe l'ambizione di far fronte al pluralismo competitivo tra associazioni sindacali, non solo dei lavoratori, ma anche dei datori di lavoro.

È, questo, il fenomeno di nuova emersione, neppure considerato dal costituente nell'ultimo comma dell'art. 39 Cost.[805] .

2. Dal pluralismo competitivo della rappresentanza dei lavoratori al pluralismo competitivo della rappresentanza dei datori di lavoro.

Va sottolineato un secondo punto nelle tappe di avvicinamento al tema. Intoppi nel funzionamento dei sistemi di relazioni industriali si intravedono un po' ovunque, specie dove il contratto nazionale è (o è stato) tradizionalmente baricentrico. Però bisogna prestare attenzione a non fare di tutte le erbe un fascio.

In particolare, dal punto di vista analitico, bisogna distinguere il caso in cui il pluralismo competitivo concerna le sole associazioni sindacali dei lavoratori – e comunque quelle appartenenti allo stesso ordine contrattuale – come è avvenuto per un certo periodo in Italia a fronte di una rappresentanza datoriale monolitica; ed il caso in cui la frammentazione sindacale concerna anche la parte datoriale con creazione di diversi ordini contrattuali, come parimenti sta avvenendo in Italia.

---

803 Cfr. M. MAGNANI, *Il rapporto tra legge e autonomia collettiva*, in *DRI*, 2017, p. 1 ss.

804 Per una disamina del più recente dibattito v. P. TOMASSETTI, *La nozione di sindacato comparativamente più rappresentativo nel decreto legislativo n. 81/2015*, in *DRI*, 2016, n. 2, p. 367 ss.; P. PASSALACQUA, *Il modello del sindacato comparativamente più rappresentativo nell'evoluzione delle relazioni sindacali*, *ivi*, 2014, n. 2, p. 378 ss.; ID., *Autonomia collettiva e mercato del lavoro. La contrattazione gestionale e di rinvio*, Giappichelli, Torino, 2005, *passim*.

805 Un fenomeno certificato dalle ultime rilevazioni del CNEL del 2017 nel cui archivio risultano depositati 868 CCNL, con un incremento del 44,2% rispetto al 2013, quando quelli rilevati erano 561. Ad avere oggi più contratti in assoluto è il settore del commercio, con 213 contratti; numerosissimi sono anche i contratti dell'edilizia (68), dell'agricoltura (49), dei trasporti (65), dello spettacolo (44). Contengono il fenomeno dell'incremento i settori metalmeccanico e chimico con, rispettivamente, 31 e 34 accordi: v. 6° Report Cnel, settembre 2017, in *http://www.cnel.it*.

Non a caso, visto nel contesto italiano, il problema della misurazione della rappresentatività "sindacale" ai fini (dei diritti sindacali e) della contrattazione collettiva ha riguardato in primo luogo le associazioni sindacali dei lavoratori a seguito della rottura del fronte sindacale unitario. Come sappiamo, il sistema sindacale di fatto si è sempre retto sulla sostanziale unità d'azione dei sindacati dei lavoratori (ed in definitiva anche dei sindacati dei datori di lavoro), che ha consentito il risultato della unicità del contratto collettivo.

Ciò è tanto vero che negli anni '80 è stata addirittura prospettata la tesi dell'efficacia *erga omnes* dei contratti collettivi stipulati dai sindacati maggiormente rappresentativi[806]. Gli accordi interconfederali a cavallo del primo decennio del nuovo secolo – culminati nell'accordo del 2014, cd. T.U. sulla rappresentanza – costituiscono la risposta emergenziale alla lacerante esperienza degli accordi separati. In buona sostanza quegli accordi costituivano il minimo perché il sistema potesse conservare una prospettiva di sopravvivenza[807].

Il problema che si pone oggi è quello di una pluralità di contratti che insistono nella medesima categoria; e ciò, evidentemente, a causa della rottura del monopolio della rappresentanza dei datori di lavoro[808]. Bisogna essere consapevoli che si tratta di un aspetto qualitativamente diverso rispetto al precedente. E ciò segna il cambio di passo o la netta discontinuità tra gli accordi stipulati fino al 2016 e quello del 2018[809].

L'accordo interconfederale del 28 febbraio del 2018 delinea il percorso per arrivare ad un "modello" di certificazione della rappresentatività datoriale, prima condizione, assieme alla verifica della rappresentatività delle associazioni sindacali dei lavoratori, per realizzare "quel sistema di relazioni sindacali previsto dal dettato costituzionale"[810] cui allude l'accordo stesso.

La certificazione della rappresentanza datoriale si basa su un percorso, affidato al Cnel, articolato in tre tappe: a) la ricognizione dei "perimetri" della contrattazione collettiva nazionale di categoria al fine di "consentire alle parti sociali di valutarne l'adeguatezza rispetto ai processi di trasformazione in corso nell'economia italiana[811]"; b) la ricognizione dei soggetti firmatari dei contratti nazionali, "affinché diventi possibile, sulla base di dati oggettivi, accertarne l'effettiva rappresentatività"[812]. Confindustria, Cgil, Cisl e Uil si impegnano a proporre l'adozione "a tutti i soggetti coinvolti" di regole che assicurino il rispetto dei perimetri della contrattazione collettiva e dei suoi contenuti; c) la terza fase si innescherebbe nel caso di raggiungimento di un accordo. Vi sarebbe

---

806 Cfr. G. FERRARO, *Ordinamento, ruolo del sindacato, dinamica contrattuale di tutela*, Cedam, Padova, 1981, *passim*.

807 Così, giustamente, F. LISO, *Qualche erratica considerazione sul recente accordo interconfederale Confindustria, Cgil, Cisl e Uil del 9 marzo 2018*, in *Boll. Adapt*, 23 aprile 2018, n. 16, p. 2.

808 Cfr. L. BELLARDI, *L'associazionismo dei datori di lavoro: un elemento di fragilità delle relazioni industriali?*, in *DLRI*, 2016, p. 403 ss.; G. OLINI, *I contratti nazionali: quanti sono e perché crescono*, *ivi*, 2016, p. 417 ss.; A. LASSANDARI, *Sulla verifica della rappresentatività delle organizzazioni sindacali datoriali*, *ivi*, 2017, p. 1 ss.; V. PAPA, *Verso una rappresentanza misurata? Strumenti e metodi di misurazione della rappresentatività datoriale*, *ivi*, 2017, p. 21 ss.; S. CIUCCIOVINO, *Mettere ordine nella giungla dei ccnl: un'esigenza indifferibile*, *ivi*, 2018, p. 227 ss.

809 Lo sottolinea lucidamente ancora F. LISO, *Qualche erratica considerazione sul recente accordo interconfederale Confindustria, Cgil, Cisl e Uil del 9 marzo 2018*, cit., p. 6.

810 Cfr. il punto 4 dell'accordo.

811 Si aggiunge che la "ricognizione dei perimetri contrattuali potrà consentire alle parti sociali, se del caso, di apportare i necessari correttivi, intervenendo sugli ambiti di applicazione della contrattazione collettiva nazionale, anche al fine di garantire una più stretta correlazione tra CCNL applicato e reale attività di impresa": cfr. il punto 4, lett. a).

812 Cfr. il punto 4, lett. b).

la possibilità che "le intese in materia di rappresentanza possano costituire, attraverso il loro recepimento, il presupposto per l'eventuale definizione di un quadro normativo in materia"[813].

3. La questione dei cd. "perimetri".

L'accordo interconfederale affronta coraggiosamente il problema che ha sempre afflitto la discussione teorica sull'attuazione dell'art. 39 Cost., vale a dire quello della definizione della categoria, preliminare alla valutazione della rappresentatività dei sindacati, quali che ne siano i criteri.

È forte infatti il rischio che in caso di conflitto cd. giurisdizionale e dunque di definizione autoritativa della categoria (o del "perimetro", come si esprime l'accordo interconfederale), vi sia un conflitto con il principio di libertà sindacale[814]. Non è un caso che Giugni, fortemente consapevole dell'intangibilità della libertà sindacale, quando negli anni '90, per dare attuazione ad un punto dell'accordo di concertazione del 1993, si fece promotore di una iniziativa legislativa volta a conferire efficacia generalizzata ai contratti collettivi, previde che gli ambiti, all'interno dei quali andava misurata la rappresentatività delle associazioni, dovessero essere indicati dagli stessi soggetti candidati alla misurazione[815].

Ed è quanto cerca di fare il nostro accordo interconfederale. Certo, se le parti sociali non riuscissero a trovare un accordo, spetterebbe al legislatore "perimetrare" gli ambiti di applicazione dei contratti collettivi[816].

Ma forse questo è un problema che i giuristi italiani hanno sempre sopravvalutato, dal momento che l'effetto *erga omnes* postula inevitabilmente, appunto in caso di mancato accordo sulla categoria, un intervento autoritativo. Si tratta ovviamente di individuarne le modalità meno invasive. Ma, certo, non si può dimenticare che l'art. 39 Cost., che contiene il principio di libertà sindacale, va letto insieme al suo ultimo comma il quale, appunto, in caso di cd. conflitto giurisdizionale, postula inevitabilmente un intervento legislativo che definisca numeri e contorni delle categorie.

È interessante il caso tedesco per quanto attiene al principio dell'unicità/unità del contratto collettivo. Dopo diverse schermaglie giurisprudenziali, questo principio è stato positivizzato con la legge 3 luglio 2015, che ha disposto che "nel caso in cui si sovrappongano i campi di applicazione di contratti collettivi di contenuto diverso di diversi sindacati (contratti collettivi confliggenti),

---

[813] Cfr. il punto 4 dell'accordo; cfr. F. LISO, *Qualche erratica considerazione sul recente accordo interconfederale Confindustria, Cgil, Cisl e Uil del 9 marzo 2018*, cit., p. 5 ss.; F. DI NOIA, *Sul "ritrovato" dinamismo del sistema di relazioni industriali. Rappresentatività e assetti contrattuali dopo l'accordo interconfederale 28 febbraio 2018*, in corso di pubblicazione in *DRI*, 2018, n. 4.

[814] Cfr. M. MAGNANI, *I sindacati nella costituzione*, in *DLRI*, 2018, p. 581 ss. Classica è la discussione degli anni '60: v. G. F. MANCINI, *Libertà sindacale e contratto collettivo "erga omnes"*, in *RTDPC*, p. 134 ss.; G. PERA, *Problemi costituzionali del diritto sindacale italiano*, Feltrinelli, Milano, *passim*; G. GIUGNI, *Sub art. 39*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Zanichelli-Foro italiano; Bologna-Roma, p. 260 ss.

[815] Cfr. F. LISO *Qualche erratica considerazione sul recente accordo interconfederale Confindustria, Cgil, Cisl e Uil del 9 marzo 2018*, cit., p. 8 e il d.d.l. n. 3639 presentato alla Presidenza della Camera dal Ministro del lavoro Giugni il 13 gennaio 1994, recante "Norme in materia di rappresentanza sindacale unitaria", in *RIDL*, 1994, III, p. 4 ss.

[816] Previsioni in ordine alla definizione della categoria sono contenute nella Proposta della rivista *DLM*, *Disciplina delle relazioni sindacali, della contrattazione collettiva e della partecipazione dei lavoratori*, in *DLM*, 2014, p. 155 ss.; nella c.d. *Carta dei diritti universali del lavoro* elaborata dalla Cgil, in *RGL*, 2016, I, p. 233 ss. Per un commento ai contenuti delle proposte cfr. M. MARAZZA, *Dalla "autoregolamentazione" alla "legge sindacale"? La questione dell'ambito di misurazione della rappresentatività sindacale*, in *ADL*, 2014, p. 625 ss; V. PAPA, *Verso una rappresentanza misurata? Strumenti e metodi di misurazione della rappresentatività datoriale*, cit., p. 39 ss.; A. LASSANDARI, *Sulla verifica della rappresentatività delle organizzazioni sindacali datoriali*, cit., p. 11.

nello stabilimento devono applicarsi solo le norme del contratto collettivo del sindacato che al momento della stipula dell'ultimo contratto collettivo confliggente concluso nello stabilimento aveva nello stabilimento stesso la maggioranza degli iscritti con un rapporto di lavoro subordinato"[817].

Il principio è stato positivizzato al fine porre rimedio ai casi di concorrenza tra sindacati che rivendicano la stipulazione di diversi contratti collettivi, per la tutela del rispettivo gruppo professionale, all'interno della medesima unità produttiva. Il problema si è posto nel settore ferroviario: alcuni macchinisti si sono organizzati in un altro sindacato e non hanno accettato il contratto di categoria stipulato dal sindacato tradizionale. Il modello è stato seguito dai piloti del sindacato Cockpit e dai medici degli ospedali pubblici[818].

Fin dall'approvazione della proposta di legge da parte del Governo, la dottrina ha formulato critiche nei confronti dell'introduzione del principio dell'unicità del contratto collettivo, ritenendolo contrario al principio di libertà sindacale sancito dall'art. 9, co. 3, *Grundgesetz*[819].

La Corte costituzionale tedesca, investita della questione, con una sentenza molto attesa, l'11 luglio 2017 ha respinto le eccezioni di legittimità costituzionale, ritenendo ragionevole l'intervento legislativo in esame, pur limitativo della libertà sindacale, sul presupposto che esso intenda assicurare uno sviluppo collaborativo e meno conflittuale delle relazioni sindacali. È interessante l'argomentazione per cui il diritto di libertà sindacale implica che lo Stato deve intervenire per garantire un sistema efficiente di contrattazione collettiva[820]. È un argomento interessante che va tenuto in considerazione, perché mette in guardia contro eccessive e paralizzanti enfatizzazioni del principio di libertà sindacale, che è in un certo senso caratteristica genetica della maggioritaria dottrina italiana.

4. I criteri di misurazione della rappresentatività.

L'accordo interconfederale del 28 febbraio 2018 nulla dice in ordine ai criteri utilizzabili per la misurazione della rappresentatività datoriale. Sul punto, diverse circolari ministeriali, che hanno

---

[817] V. § 4a, co. 2, *Tarifvertragsgesetz* del 9 aprile 1949, come modificata dalla *Tarifeinheitsgesetz* del 3 luglio 2015. Prima dell'emanazione di tale legge, il principio dell'unicità contrattuale (*Tarifeinheit*) era stato affermato solo a livello giurisprudenziale, dalla fine degli anni Ottanta, dal Tribunale federale del lavoro (*Bundesarbeitsgericht*). In numerose pronunce esso aveva infatti evidenziato che in un'azienda poteva essere applicato un solo contratto collettivo tra quelli astrattamente applicabili; qualora la stessa materia fosse stata disciplinata da contratti stipulati con due diverse organizzazioni sindacali, uno dei due contratti era da considerarsi inefficace e la prevalenza veniva decisa in base al principio della specialità. Successivamente il principio della *Tarifeinheit* è stato abbandonato, in favore dell'opposto principio della *Tarifpluralität*, secondo il quale in ogni unità produttiva possono trovare applicazione più contratti collettivi per lavoratori appartenenti al medesimo gruppo professionale: cfr. T. DIETERICH, *Autonomia collettiva: vecchio modello, nuova realtà*, in *DLRI*, 2016, p. 565 ss.; E. ALES, *Lo sciopero (nei servizi pubblici) in Germania: uno sguardo critico dall'Italia*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".INT, 2015, n. 117, p. 14 ss.

[818] Cfr. M. T. RÖRIG, *Act on Uniformity of Collective Agreements is for the most part compatible with the Basic Law*, 11 luglio 2017, in *http://www.bundesverfassungsgericht.de*.

[819] Cfr. ancora T. DIETERICH, *Autonomia collettiva: vecchio modello, nuova realtà*, cit., p. 566 ss.; E. ALES, *Lo sciopero (nei servizi pubblici) in Germania: uno sguardo critico dall'Italia*, cit., p. 15 ss.

[820] La Corte ha comunque precisato, posto che la legge del 3 luglio 2015 incide sui diritti dei sindacati minoritari, che essa continua ad applicarsi fino ad una nuova regolamentazione, che dovrà intervenire entro il 31 dicembre 2018, se e solo se, nella sua applicazione concreta da parte dei Tribunali, dal un lato, si dimostri in "maniera plausibile" che il contratto collettivo è stato stipulato dal sindacato maggioritario; dall'altro lato, che il sindacato di maggioranza ha preso in considerazione in maniera "seria ed efficace" gli interessi dei gruppi professionali del contratto collettivo sostituito. Per un commento alla sentenza cfr. L. NOGLER, *La sentenza della Corte costituzionale tedesca sulla legge sull'unicità del contratto collettivo*, in *DLRI*, 2017, pp. 633-634.

preso posizione sulla nozione di sindacato comparativamente più rappresentativo al fine dell'individuazione dei contratti collettivi da prendere a riferimento per la determinazione della retribuzione nel settore delle cooperative[821], della contribuzione previdenziale[822], dell'applicazione dell'art. 2, co. 2, d.lgvo n. 81/2015[823], rinviano al numero complessivo delle imprese associate; al numero complessivo dei lavoratori occupati; alla diffusione territoriale (numero di sedi presenti nel territorio ed ambiti settoriali); al numero di contratti collettivi nazionali stipulati dall'associazione[824].

Sono sicuramente interessanti in proposito il dibattito e le conclusioni raggiunte nell'ordinamento francese, dove, infine, non si è ritenuto sufficiente il numero delle imprese associate, ma si è imposta una ponderazione con il numero dei dipendenti delle imprese associate[825].

5. Riflessioni sull'opportunità della fissazione dei criteri e della certificazione dei dati di rappresentatività datoriale e sindacale.

Quali suggerimenti si possono trarre dalle indicazioni (peraltro incomplete) dell'accordo interconfederale del 2018? Forse l'indicazione di una via gradualistica, vale a dire l'opportunità della messa in opera, in via legislativa, di un meccanismo di misurazione della rappresentatività. E ciò a prescindere dalla sempiterna questione di una legge di attuazione dell'art. 39 Cost.

Recentemente è stata sottoscritta una convenzione tra INPS e CNEL finalizzata ad un censimento dei CCNL con lo scopo ultimo di individuare i contratti stipulati dai sindacati comparativamente più rappresentativi[826].

Ad oggi della ricognizione dei "perimetri" della contrattazione collettiva nazionale di categoria non si discute e neppure della successiva tappa prevista dall'accordo interconfederale.

È invece in pieno svolgimento il dibattito sull'opportunità di un intervento eteronomo che rafforzi le regole autonomamente forgiate dalle cd. parti sociali. Un dibattito reso possibile dalla proposizione sul piano teorico e, direi, dalla sempre più diffusa accettazione della tesi della portata non

---

821 Cfr. circ. Min. lav. 9 novembre 2010.

822 Cfr. circ. Min. lav. 1° giugno 2012.

823 Cfr. risposta Min lav. a interpello n. 27 del 15 dicembre 2015.

824 Si vedano anche le Proposte della rivista *DLM*, *Disciplina delle relazioni sindacali, della contrattazione collettiva e della partecipazione dei lavoratori*, cit. e la c.d. *Carta dei diritti universali del lavoro* elaborata dalla Cgil, cit. La prima proposta prevede che la rappresentatività datoriale si presume qualora, entro 60 giorni dalla sottoscrizione dell'ipotesi di contratto collettivo nazionale, non sia inoltrata al Ministero del lavoro una richiesta di verifica da parte di una o più associazioni che, pur non avendo sottoscritto tale ipotesi di contratto, "rappresentino almeno il 20% delle imprese ricomprese nel campo di applicazione del contratto collettivo nazionale e occupino almeno il 30% dei lavoratori del medesimo ambito" (art. 3, co. 2). La seconda individua quali criteri per la misurazione della rappresentatività delle associazioni il "numero dei datori di lavoro ad esse iscritti" e il "numero dei dipendenti occupati presso ciascuno di esse" (art. 35).

825 Cfr. M. VITALETTI, *Rappresentanza datoriale e contratti collettivi nazionali. Riflessioni intorno al modello francese*, in *DLRI*, 2017, p. 58 ss.; V. PAPA, *Verso una rappresentanza misurata? Strumenti e metodi di misurazione della rappresentatività datoriale*, cit., p. 35 ss.; M. LE FRIANT, *La misurazione della rappresentatività datoriale: una riforma difficile ma necessaria*, in *DLRI*, 2017, p. 72 ss.; P. QUINQUETON, *La représentativité patronale*, in *Bulletin d'information de la Cour de Cassation*, 15 settembre 2016, n. 847, p. 46 ss., in *http//www.courdecassation.fr. I medesimi criteri sono applicati anche nell'ordinamento spagnolo, in cui ai fini della misurazione della rappresentatività datoriale sono presi in considerazione sia il numero assoluto delle imprese affiliate, sia il numero di lavoratori impiegati nelle stesse: cfr. J. C. VILLALÓN, La rappresentanza datoriale in Spagna, in DLRI, 2017, p. 419 ss.*

826 Cfr. l'accordo di collaborazione interistituzionale tra il CNEL e l'INPS sottoscritto in data 19 giugno 2018, in http://www.cnel.it.

ostativa dell'art. 39, II[a] parte, nei riguardi di un intervento legislativo che correli regole di democrazia sindacale ed efficacia del contratto collettivo. Nell'ambito di una interpretazione evoluzionista della norma costituzionale, l'art. 39 viene per così dire destrutturato[827] per raggiungere risultati non dissimili da quelli raggiunti in altri ordinamenti (si pensi all'ordinamento francese) ma sulla base del solo principio di libertà sindacale e della legge ordinaria[828].

Se questa debba essere la via maestra non so; è certo però che la totale anomia non sembra più sostenibile.

Non si può ignorare che molti equilibri normativi del diritto del lavoro si basano su quella nozione di sindacato comparativamente più rappresentativo che proprio la accentuata frammentazione della contrattazione collettiva nazionale – essenzialmente a causa della frammentazione della rappresentanza sindacale datoriale, che consente fenomeni di "law shopping" – ha reso in molti casi controversa, se non addirittura inapplicabile. Chi conosce, ad esempio, il contenzioso sui minimi retributivi nel settore delle cooperative (*ex* art. 7, l. n. 248/2007) l'ha potuto toccare con mano: se non ci si vuole appoggiare alla traballante costruzione del "fatto notorio"[829], per cui sarebbe "fatto" appunto "notorio" che i sindacati aderenti a CGIL, CISL, UIL sono comparativamente più rappresentativi, i giudici – quand'anche vi fosse consenso sui criteri della rappresentatività – non hanno gli strumenti in concreto per accertarne la ricorrenza ed effettuare la comparazione.
Ritengo che, a prescindere dalla disciplina della contrattazione collettiva, di questo problema il legislatore possa – e debba – farsi carico attribuendo ad una autorità amministrativa il compito di certificare – naturalmente dopo averne fissato i criteri – i dati sulla rappresentatività sindacale. A prescindere dalla sempiterna questione della legge sindacale, forse almeno su questo una riflessione si imporrebbe.
Naturalmente resta il problema preliminare, vale a dire la definizione dell'ambito di applicazione del contratto nel cui ambito effettuare la misurazione della rappresentatività: ma può essere che dal censimento sopra ricordato emerga che le coincidenze oggettive tra i contratti collettivi esistenti siano già numerose. Là dove questa coincidenza non vi sia, l'ideazione di qualche meccanismo, del tipo commissione paritetica sulla contrattazione collettiva non sconosciuta ad altri ordinamenti, potrebbe essere d'aiuto.

---

827 È un'operazione che compie Romagnoli per la verità in relazione alla normativa sulla contrattazione nel pubblico impiego, da cui estrae norme compatibili con l'art. 39 Cost. generalizzabili, vale a dire estensibili anche al lavoro privato: cfr. U. ROMAGNOLI, *Il sindacato e la legge*, in *RTDPC*, 1998, p. 1 ss.

828 Cfr. M. MAGNANI, *I sindacati nella Costituzione*, cit., p. 595.

829 V., tra le altre, Trib. Milano 5 maggio 2017, che ha escluso che costituisca «fatto notorio» la maggior rappresentatività, non tanto di Cgil, Cisl e Uil, quanto dei sindacati di categoria alle stesse aderenti; nello stesso senso, Trib. Milano 27 giugno 2017; Trib. Milano 30 novembre 2016; Trib. Milano 10 novembre 2014; v. però, in senso contrario, App. Genova 19 gennaio 2017 che ha accolto la domanda dei ricorrenti sulla scorta della «notoria grande rappresentatività in ambito nazionale di Confindustria e Confcooperative, da un lato, e di Cgil, Cisl e Uil, dall'altro» e, con argomentazioni simili, Trib. Milano 15 giugno 2017; Trib. Torino 2 aprile 2013.

Il diritto del lavoro gialloverde: tra demagogia, cosmesi e paralisi regressiva*

Lorenzo Zoppoli

A mio padre – l'Avv. Ettore Zoppoli – che per oltre cent'anni ha vissuto e trasmesso la sua fede laica nella vita e nell'essere umano

1. Potenzialità di una ripartenza. La criticabile riscrittura del diritto del lavoro da parte del centrosinistra e il contratto di programma per la nuova legislatura. 275

2. Il contratto di Governo: gli estremi si toccano, ma si "fondono" poco (salario minimo legale, *flat tax*, reddito di cittadinanza, pensioni, ecologismo non "sviluppista"). 277

3. L'analisi economica del diritto del lavoro dalla centralità dell'impresa alla visione macroeconomica (lisergico) keynesiana. 278

4. L'entrata in scena del giovane Ministro del Lavoro: il decreto dignità tra contrasto al precariato e tendenze sovraniste. 281

5. Segue: il rispristino della causalità nei contratti a termine. 284

6. Segue: la riforma dei licenziamenti (prima e dopo Corte Cost. 194/2018). 286

7. Segue: le lacune sul lavoro occasionale. 288

8. La riforma del lavoro pubblico: Il decreto "concretezza". 289

9. Le relazioni sindacali: pensiero inerziale e opposizione crescente del sindacalismo confederale. 290

10. Un pericoloso "interregno": un diritto in balia dei mercati (senza politica e senza giudici). 292

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 377/2018

1. Potenzialità di una ripartenza. La criticabile riscrittura del diritto del lavoro da parte del centrosinistra e il contratto di programma per la nuova legislatura.

Com'è noto, l'attuale maggioranza di Governo e le sue politiche del diritto si configurano per molti versi come un'esperienza inedita per la nostra Repubblica, che pure ormai ne ha viste tante, soprattutto nei secondi quarant'anni (invece piuttosto avari di frequenti novità erano stati i primi quaranta, al volgere dei quali imperversava la domanda: moriremo democristiani?[830]). La mia impressione è che la novità della fase politica iniziata con la fiducia al Governo Conte è talmente grande (o piccola?) che ancora non si riesce né a comprendere né a descrivere nei suoi tratti salienti, salvo far riferimento a categorie del passato più o meno recente che però illuminano frammenti del presente di cui sappiamo solo che non restituiscono in pieno il nuovo inafferrabile scenario. Populismo, fascismo, sovranismo, razzismo o xenofobia, anticapitalismo, dirigismo, antieuropeismo (anche al di là dell'"austeritarismo"[831] o dell'"austericidio"[832]), neostatalismo (opposto al cosmopolitismo), ambientalismo, veteroliberismo nordista antiassistenzialista, parassitismo devozionale, *imagination au pouvoir* e chi più ne ha più ne metta: sono tutti termini e/o categorie evocati per descrivere scelte e comportamenti dei nostri attuali governanti[833]. Solo qualche settimana fa un autorevole commentatore definiva i 5stelle – perno dell'attuale maggioranza – "un movimento politico con un'ideologia incerta, sul filo della regressione culturale, una miscela di fatalismo (il declino inarrestabile del lavoro, travolto dalle innovazioni tecnico-organizzative), la decrescita economica felice perché rispetta l'ambiente, il rifiuto della scienza in quanto deformerebbe la natura umana"[834]. E in questa definizione forse l'elemento più caratterizzante è il riferimento al "pensiero regressivo", che potrebbe essere una cifra che accomuna le pur diverse componenti dell'attuale maggioranza governativa[835]. Come ci ha infatti avvertito da tempo un acuto interprete della modernità come Bauman, siamo in epoca di "retrotopie" in un mondo che molti vedono caratterizzato da una "grande regressione"[836]. Ancora una volta il nostro Paese potrebbe trovarsi ad anticipare tendenze ben visibili anche altrove grazie ad una fase politica che si polarizzasse verso riforme di stampo "regressivo".

Non corriamo troppo però. La tendenza "regressiva" delle politiche del diritto del Governo legapentastellato per ora nella mia riflessione resta un'ipotesi da verificare. Anzitutto occorre individuare, seppure limitatamente alla materia assegnatami e pure con una qualche accettabile approssimazione, politiche del diritto che si traducano in diritto.

---

[830] Ancor più singolare oggi è il sentimento diffuso rispetto ad un'eventuale risposta positiva: una sorta di nostalgia per un destino che non si è avverato. Anche se qualcuno comincia a paragonare la Repubblica di oggi alla prima Repubblica senza quattrini (F. Taddei, *Il governo del cambiamento è una prima repubblica squattrinata*, ne *Il Foglio* del 3 novembre 2018) e Luigi Di Maio al "Forlani giovane" (v. M. Giannini, *Gli spari nel buio dei 5Stelle*, in *la Repubblica* del 3 novembre 2018).

[831] R. Hyman, *L' "austeritarismo" e l'Europa: quali vie per resistergli*, in *Quad.rass.sind.- Lavori*, 2015, 16 (3), p. 65 ss.

[832] C. Rendueles, *Dalla regressione globale ai contromovimenti postcapitalistici*, *La grande regressione. Quindici intellettuali da tutto il mondo spiegano la crisi del nostro tempo*, curato da H. Geiselberg, Feltrinelli, 2018, p. 181.

[833] V., ad esempio, il "girotondo di opinioni" in *Com'è il lavoro a cinque stelle?*, ne *il Foglio del 14 marzo 2018.* Cui *adde* R. Morese, *Imagination au pouvoir, un raffronto indecente ma istruttivo*, in Newsletter di ANL, 21 novembre 2018.

[834] M. D'Antonio, *La povertà dal "Rei" al reddito*, in *la Repubblica Napoli, del 31 ottobre 2018.*

[835] Fermo restando che rimane di grande interesse focalizzare l'attenzione su quanto distingue le due componenti della maggioranza gialloverde, non sembra che alcuni criteri generali utilizzati per distinguere anime politiche progressiste e regressive funzionino nel nostro caso. Ad esempio la contrapposizione tra movimenti sociali progressisti, che attivano masse popolari costituitesi in modo spontaneo, e populismi regressivi. caratterizzati da "un'appropriazione di soggettività popolare da parte di personalità dominanti che controllano i canali, i ritmi e le forme organizzative della mobilitazione sociale"; oppure il cosmopolitismo (progressista) contrapposto alla xenofobia (regressiva): v. D. della Porta, *Politica progressista e regressiva nel tardo neoliberismo*, in *La grande regressione. Quindici intellettuali da tutto il mondo spiegano la crisi del nostro tempo*, curato da H. Geiselberg, Feltrinelli, 2018, p. 45 ss.

[836] È il titolo del recente libro appena citato.

La bussola "regressiva" può guidare la ricerca. Proprio per questo formulerei anzitutto la più banale domanda: qual è il punto di partenza (o di attacco) delle politiche del diritto gialloverdi in materia di disciplina dei rapporti di lavoro?

È fin troppo evidente che al riguardo occorre fare i conti con la riscrittura del diritto del lavoro da parte del centrosinistra – o maggioranza rossoblu, se vogliamo continuare ad utilizzare una semantica politica policromatica – che per definizione dovrebbe essere "progressista", ma che, a giudizio di molti, aveva accolto un'idea di progresso affidata a valori guida non proprio nuovi di zecca, anzi recuperati dal liberismo di ogni tempo, reso moderno soprattutto dalla spinta propulsiva delle grandi imprese dalla visione globalizzata, sempre esposte alle incursioni del capitalismo finanziario, e dall'irrompere della quarta rivoluzione industriale, incentrata sulle tecnologie digitali e sull'intelligenza artificiale. Il "nuovo diritto del lavoro" progressista si andava caratterizzando per: l'indebolimento delle tutele dei lavoratori; la marginalizzazione dell'intervento giudiziale nelle controversie di lavoro; la disintermediazione collettiva, solo tardivamente e parzialmente corretta, troppo tardi per arginare un annunciato caos contrattuale[837]; una confusa e debole regolamentazione del lavoro autonomo[838]; l'insufficiente e lenta ricostruzione di efficaci strumenti di governo pubblico di mercati del lavoro restii a porre rimedio ad una dilagante disoccupazione e precarietà, volano di ogni tipo di diseguaglianze e nuove povertà.

Dinanzi a questi assetti, per quanto tendenziali, non è difficile spiegarsi come mai prendano piede idee "regressive". E anzi - al di là delle parole infuocate che caratterizzano la lunga campagna elettorale che farà da incubatrice dell'attuale maggioranza (in effetti la campana a morte per il centrosinistra suona il 4 dicembre 2016, con il fallimento del referendum costituzionale) - c'è da stupirsi di come siano blande le differenze programmatiche tra i partiti della maggioranza rossoblu della XVII legislatura e quelli che daranno vita al governo gialloverde. Ne dà atto il tanto criticato, ma, a mio parere, generoso tentativo del Prof. Giacinto Della Cananea, nell'aprile 2018 incaricato da Luigi Di Maio di trovare il minimo comun denominatore programmatico tra 5stelle, PD e Lega, nella prospettiva di dar vita ad una maggioranza di Governo che comprendesse i pentastellati e uno tra gli altri due partiti. In quel tentativo – denominato contratto di programma, con un'assonanza solo terminologica con l'esperienza di *KoalitionsVertrag* tedesca[839] - le convergenze in materia di lavoro erano tanto rilevanti quanto generiche. E in effetti lo si può spiegare in chiave di un generale "regresso" rispetto agli eccessi pro-*business* che avevano caratterizzato le riforme giuslavoriste del Governo Renzi.

Però in questo generale e poco autentico "regresso" non era difficile cogliere lo stadio embrionale delle politiche del diritto di tutte le forze politiche, intente più a strizzare comunque l'occhio all'elettore che a produrre un'idea davvero praticabile di ennesima riforma del diritto del lavoro. Persino il più tradizionale dei simboli coniati dal giuslavorismo italiano – l'art. 18 stat. Lav., ridotto

[837] Né al riguardo convincono giudizi sommari come quello sulla "liquefazione delle organizzazioni sindacali" che si sarebbe verificata già dagli inizi degli anni Ottanta nei principali paesi occidentali investiti dal pensiero unico neoliberista affermatosi tanto nel centro-destra come nel centro-sinistra: v. Streeck, *Il ritorno del rimosso quale inizio della fine del capitalismo*, in *La grande regressione*, cit., p. 190. Per analisi molto più articolate e sfumate v., di recente, S. Lehndorff, H. Dribbush, T. Schulten (a cura di), *Rough waters. European trade unions in a time of crises*, ETUI, 2018.

[838] Su cui v., da ultimi, U. Carabelli- L. Fassina (a cura di), *Il lavoro autonomo e il lavoro agile alla luce della l. n. 81/2017*, Ediesse, 2018; G. Zilio Grandi- M. Biasi (a cura di), *Commentario breve allo statuto del lavoro autonomo e del lavoro agile*, Wolter Kluwer-Cedam, 2018; D. Garofalo (a cura di), *La nuova frontiera del lavoro: autonomo-agile-occasionale*, Adapt University Press, 2018.

[839] Lo ricorda anche S. Cassese, *I populisti diventati d'élite*, in *Corriere della sera* del 25 novembre 2018.

al lumicino dalle riforme del 2012 e del 2015 – risulta assente dai programmi dei partiti che si presentano alle elezioni nel lungo inverno del 2018, fatta eccezione per l'ennesimo prodotto del frazionismo di sinistra, Liberi e Uguali (Leu)[840].

2. Il contratto di Governo: gli estremi si toccano, ma si "fondono" poco (salario minimo legale, flat tax, reddito di cittadinanza, pensioni, ecologismo non sviluppista).

Con il contratto per il Governo del cambiamento – concepito come un contratto vero e proprio sottoscritto il 18 maggio 2018 (2,5 mesi dopo le elezioni) dal Capo Politico del "Movimento 5 Stelle", Luigi Di Maio, e dal Segretario federale della Lega, Matteo Salvini – quasi tutti i punti dei programmi dei due "partiti" firmatari, pur con qualche adattamento, divengono il contenuto dell'azione governativa. In particolare cinque sono le riforme concordate nel capitolo 14 sul lavoro: a) salario minimo orario fissato per legge in assenza di contratti collettivi applicabili; b) apprendistati per libere professioni non più gratuiti; c) riduzione strutturale cuneo retributivo; d) ripristino voucher; e) contratti di lavoro più stabili. A questi punti in materia di rapporti di lavoro vanno aggiunti contenuti di tipo organizzativo (centri per l'impiego) o pensionistico; e infine il reddito di cittadinanza. Stando al tentativo di Giacinto Della Cananea prima citato, il contratto di Governo – proprio in materia di lavoro assai generico - avrebbe potuto avere più o meno i medesimi contenuti anche se fosse stato sottoscritto con il PD[841].

Visto così il contratto di Governo, almeno per quanto riguarda il capitolo lavoro, ha ben poco di regressivo, tanto in senso relativo che assoluto. È chiaro che questa valutazione andrebbe corredata con un'attenta analisi anche degli altri 29 capitoli. Naturalmente per limiti oggettivi e soggettivi non è qui possibile condurre questa analisi, soprattutto perché una lettura complessiva indurrebbe a cercare i tratti tipizzanti del contratto essenzialmente nelle affermazioni di dettaglio, non rivelando il grosso dei punti programmatici nessuna vera e propria rivoluzione. Mi limito a qualche osservazione marginale.

Forse la maggiore dirompenza del contratto di Governo sta nel capitolo fiscale, dove si dice con nettezza che si vorrebbe incentrare il regime tributario intorno a due sole aliquote fisse, al 15% e al 20%. Ne deriverebbe probabilmente, almeno nel breve periodo, una contrazione delle entrate fiscali, che ingenererebbe la tanto sottolineata contraddizione nel "cuore" del contratto di Governo per l'impegno preso nel capitolo 19 di garantire a tutti i cittadini italiani in condizioni di bisogno un reddito mensile a carico del pubblico erario di 780 euro mensili, vera e propria bandiera dei pentastellati. Questo tema a ridosso della legge di bilancio per il 2019 è divenuto di primaria attualità; per quanto si capisce, sperando di ammorbidire i veti europei, gli impegni contrattuali saranno diluiti e rinviati a tempi migliori (v. art. 21 della bozza di legge di bilancio del 31.X, "bollinata" dalla RGS il 7.XI).

Altra tematica che si presenta non poco problematica già nel contratto di Governo è la conciliabilità tra obiettivi ecologici e politiche di sviluppo industriale, per le quali appare necessario il completamento di grandi opere infrastrutturali dal notevole impatto ambientale. Su entrambe le tematiche il contratto registra impegni dai toni innovativi (v. ILVA a p. 13; alta velocità Torino-

[840] V. Pietro Grasso, in Massagli, Nespoli, Seghezzi (a cura di), *Elezioni 2018: il lavoro nei programmi dei partiti*, Adapt University press, 2018, p. 9. Sul punto per i 5stelle v. P. Ichino, *Il non detto nel programma M5S sul lavoro*, in www.pietroichino.it (anche ne *il Foglio* del 14 marzo 2018).

[841] V. anche il puntuale commento di Pietro Ichino, *La politica del lavoro e del welfare del Governo M5S-Lega*, sul suo sito www.pietroichino.it

Lione, p. 50), con ripercussioni significative anche su livelli occupazionali e relazioni industriali. Ma questi temi – rilevantissimi proprio per cogliere aspetti di tendenze regressive nelle culture di governo - in verità esulano da un'analisi che sia attenta ai profili dell'iniziativa legislativa, segnatamente in materia di rapporti di lavoro. Vanno comunque nel prosieguo considerati per valutare le conseguenze dell'attuazione del contratto di governo sulle relazioni industriali.

3. L'analisi economica del diritto del lavoro dalla centralità dell'impresa alla visione macroeconomica (lisergico) keynesiana.

La relativa problematicità del contratto di Governo quanto alla sua potenziale attuazione regressiva risulta accentuata dalle polemiche che hanno accompagnato i primi mesi di vita della nuova maggioranza, funestati da significative tragedie nazionali e da crescenti polemiche su temi securitari e di relazioni sovranazionali, soprattutto in ambito UE. I primi mesi del nuovo Governo si caratterizzano oggettivamente per un'invasiva presenza mediatica del Ministro Salvini, che coglie ogni occasione per tuonare contro l'immigrazione clandestina e no, polemizzando con Governi europei e organi dell'Unione, ritenuti responsabili in materia di politiche poco attente alla tutela dei confini italiani.

A ben guardare nessuno dei temi più toccati dal dibattito politico in questi mesi incrocia in maniera significativa l'attuazione del capitolo "lavoro" del contratto di Governo. Però è un dato di fatto che tra i primi provvedimenti della XVIII legislatura va annoverato il d.l. 12 luglio 2018 n. 87, convertito con la l. 9 agosto 2018 n. 96, pomposamente intitolato alla "dignità dei lavoratori e delle imprese" e quasi interamente dedicato a temi giuslavoristi. Questo provvedimento è ovviamente frutto dell'iniziativa politica e legislativa del neo-Ministro del lavoro Luigi Di Maio, che è anche vicepremier al pari del neo-Ministro dell'interno Matteo Salvini. E, almeno per la tempistica, si spiega in una chiave fortemente competitiva all'interno della maggioranza di Governo. Il pentastellato non vuole lasciare il proscenio della politica al ministro leghista, specialmente all'indomani di una sofferta intesa basata su un contratto e non su un'alleanza politica, sempre sul punto di sfociare in una nuova prova elettorale. Non è da trascurare al riguardo una precisa, per quanto pleonastica, clausola del paragrafo 1 del contratto di Governo così congegnata: "I contraenti competono in modo corretto nelle varie competizioni elettorali, sia in quelle europee – nel rispetto delle loro appartenenze ai diversi gruppi (la Lega ha vinto le elezioni apparentandosi con Forza Italia e Fratelli d'Italia) – sia alle elezioni amministrative e regionali". Marcare la propria identità politica pur all'interno di un'azione di Governo unitaria non è dunque patologia, ma fisiologia di questa nuova formula di maggioranza[842].

Il decreto legge 87/18 nasce allora anzitutto dall'urgenza di riconquistare visibilità (o competitività) politico-elettorale, specie dinanzi all'ossessione sondaggistica che già subito dopo la formazione del Governo rileva una crescita costante di consensi per la Lega.

Contingenza politico-elettorale e polemiche giornalistiche poco dicono sui contenuti del nostro decreto, sui quali tra poco tornerò. Però valgono a spiegare alcuni importanti passaggi da non

[842] D'altronde la mistificazione contenuta nella "formula contrattuale" si fa sempre più evidente: v. S. Cappellini, *Se traballa un totem*, ne *la Repubblica* del 18 novembre 2018.

trascurare proprio se si vuol valutare la progressiva configurazione assunta dalle politiche del diritto gialloverdi nel percorso che conduce dal contratto di Governo alle iniziative legislative.

La prima caratteristica che l'iniziativa legislativa assume è, in verità, in marcata continuità con il metodo delle riforme del lavoro proprio del precedente Governo[843]. Il d.l. 87 viene infatti approvato dando pochissimo spazio alla consultazione con le parti sociali e poco considerando l'apporto che alla riforma può venire dal sistema di contrattazione collettiva, ciò nonostante che Confindustria e Cgil, Cisl e Uil avessero lanciato un importante segnale già prima delle elezioni con il c.d. patto della fabbrica stipulato a cavallo tra fine febbraio e inizio marzo 2018.

Non è detto però che dietro ci sia la scelta di tornare ad una politica di disintermediazione, come qualcuno temeva[844]. Incombe probabilmente il problema di abbreviare i tempi dell'iniziativa legislativa. Non vanno però trascurate a mio parere altre spiegazioni. La prima è che un'alternativa ai contenuti che poi assumerà il decreto dignità il Ministro l'aveva individuata in una radicale riforma destinata ai c.d. *riders*, ovvero ai lavoratori del capitalismo delle piattaforme, figure in grado di attirare l'attenzione dei massmedia. In una delle prime versioni informali compare infatti una disciplina articolata in base alla quale "è considerato prestatore di lavoro subordinato, ai sensi dell'art. 2094 del codice civile, chiunque si obblighi, mediante retribuzione, a collaborare nell'impresa, prestando il proprio lavoro manuale o intellettuale, alle dipendenze e secondo le direttive, almeno di massima, dell'imprenditore, anche nei casi nei quali non vi sia predeterminazione di un orario di lavoro e il prestatore sia libero di accettare la singola prestazione richiesta, se vi sia la destinazione al datore di lavoro del risultato della prestazione e se l'organizzazione alla quale viene destinata la prestazione non sia la propria ma del datore di lavoro". Si precisa anche, proprio pensando ai *riders*, che "l'organizzazione fa capo al datore di lavoro qualora la prestazione avvenga tramite piattaforme digitali, applicazioni o algoritmi elaborati dal datore di lavoro o per suo conto anche se la prestazione stessa sia svolta in tutto o in parte con strumenti nella disponibilità del prestatore"[845].

Questa disposizione dal tenore assai inclusivo suscita allarme (lo stesso quotidiano citato parla del rischio che le grandi piattaforme digitali lascino l'Italia, anche se poi *Foodora* Italia cederà solo le sue attività alla spagnola *Glovo*). Soprattutto viene discussa ad un affollato tavolo con imprese e sindacati che si occupano del lavoro digitale. Da questo tavolo, come dalla migliore dottrina giuslavorista, viene un forte suggerimento a lasciar fare alla contrattazione collettiva[846]. Ne con-

---

[843] V. L. Zoppoli, *Come è cambiato il diritto del lavoro*, in DLM, 2018, Quaderno n. 5, p. 332 ss.

[844] V. B. Caruso, *La rappresentanza delle organizzazioni di interesse tra disintermediazione e re-intermediazione*, in WP CSDLE "Massimo D'Antona".it- 326/2017, p. 6. Oltretutto una politica di coerente disintermediazione non si legge né nel programma dl M5S né in quello della Lega: v. Massagli, Nespoli, Seghezzi (a cura di), *Elezioni 2018: il lavoro nei programmi dei partiti*, cit., p. 102 ss.

[845] V. F. Caleri, *Sul lavoro Di Maio si scopre compagno*, ne *Il Tempo* del 17 giugno 2018. Di recente Paolo Tosi ha proposto di integrare il d.lgs. 81/15 prevedendo che "la disciplina legislativamente prevista per le collaborazioni coordinate e continuative senza vincolo di subordinazione si applica in tutti i casi in cui risulti di fatto un coordinamento senza vincolo di subordinazione anche se le parti non sono obbligate rispettivamente ad offrire e richiedere la prestazione e la collaborazione è svolta con continuità ur se saltuariamente nell'arco della giornata, del mese, dell'anno" (*Nella gig economy va preso atto delle collaborazioni*, ne *il Sole 24* dell'11 novembre 2018). Per una riflessione ampia sulle nozioni legislative di subordinazione emerse negli ultimi anni v. F. Carinci, *La subordinazione rivisitata alla luce dell'ultima legislazione: dalla "subordinazione" alle "subordinazioni"*, in ADL, 2018, p. 961 ss.

[846] V. Treu, *Regole nel nome del "decent work"*; Perulli, *Una terza via tra subordinazione e autonomia con tutele "mirate"*; Magnani, *La soluzione dei contratti collettivi*, ne *il Sole 24 ore* 2018 risp. del 21 aprile, 3 maggio e 8 maggio. Per un maggiore approfondimento

segue un rallentamento e una minore visibilità di riforme legislative in materia. Cadono così intorno alla prima iniziativa legislativa giuslavorista gialloverde sia il lavoro digitale sia le consultazioni sindacali.

L'attenzione si polarizza invece sempre più intorno ad altri aspetti di tutela dei lavoratori precari e alla difesa dei posti di lavoro sul territorio nazionale, con una parziale deviazione rispetto al contratto di Governo. Su questi temi si tornerà. Invece mi pare significativo rilevare subito che per la prima iniziativa, connotata dall'urgenza politica e sociale, il Ministro Di Maio non prenda in alcuna considerazione né la legge sul salario minimo né il reddito di cittadinanza.

Certo farlo avrebbe richiesto affrontare difficili e annosi problemi: per la prima (la legge sul salario minimo) l'intervento sul sistema di relazioni sindacali in grande fibrillazione almeno da un quinquennio (dovendo tener conto dell'elevato importo del salario minimo previsto da un ddl presentato proprio dai 5Stelle nella precedente legislatura[847]); per il secondo (il reddito di cittadinanza) i già accennati nodi della copertura finanziaria di una misura assistenziale davvero innovativa. Però va registrata a mio parere anche un'altra difficoltà: contrastare l'iniziativa pubblica leghista su temi dal largo impatto emotivo come quelli dell'immigrazione con il lancio di riforme dal forte impatto popolare (i sindacati parlano comunque a milioni di lavoratori) o di una misura tacciabile di assistenzialismo non è forse il modo migliore di avviare iniziative legislative riconducibili alla componente pentastellata. Anche perché la retorica con cui si è accompagnata la proposta del reddito di cittadinanza in campagna elettorale risulta sempre meno convincente. Da rimarcare, specie sotto il profilo culturale e metodologico, è che quella proposta viene argomentata anche con sussiegose anali economiche di stampo neo-keynesiano, lontane però anni luce da quelle alle quali ci hanno abituato i più accaniti sostenitori giuslavoristi dell'EAL, incentrate sulla competitività dell'impresa. Le tesi di analisi economica del diritto dell'economista Pasquale Tridico vicino ai 5Stelle – che ritiene il sussidio ai disoccupati un volano per ridare fiato ai consumi attraverso una spesa pubblica virtuosa – vengono però aspramente criticate, ritenendole affette da un'impostazione lisergico-keynesiana, carente cioè sia sul versante dei canali di finanziamento della spesa pubblica sia su quello dei tempi e dell'ampiezza della stimolazione della domanda che ne conseguirebbe[848]. Anche il ricorso al finanziamento attraverso il 20% del FSE (cui si accenna nel contratto di Governo) appare assai fragile, trattandosi di finanziare una misura destinata ad entrare nella spesa pubblica corrente ed essendo già contemplato l'utilizzo della quota FSE nella programmazione italiana 2014-2020 per finanziare il Rei[849].

---

v., di recente, B. Caruso, *I diritti dei lavoratori digitali nella prospettiva del Pilastro sociale*, in WP CSDLE "Massimo D'Antona".it-146/2018.

[847] V., per la precedente legislatura, L. Zoppoli, *La retribuzione*, in P. Curzio, L. Di Paola, R. Romei (a cura di), *Diritti e doveri nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, 2018, p. 365 ss.; E. Menegatti E., *Il salario minimo legale. Aspettative e prospettive*, Giappichelli, 2017; P. Pascucci, *Giusta retribuzione e contratti di lavoro. Verso un salario minimo legale?*, Franco Angeli, 2018; con riferimenti anche alla XVIII legislatura v. M. Delfino, *Salario legale, contrattazione collettiva e concorrenza*, Editoriale scientifica, 2016 e 2019 (seconda edizione in corso di pubblicazione). Pure nella XVIII legislatura infatti, e proprio il 12 luglio 2018 (quando il Governo approva il decreto dignità), viene presentato dai 5Stelle il ddl AS/658, disposizioni per l'istituzione del salario minimo, ben più consapevole del precedente della necessità di raccordarsi con gli assetti delle relazioni industriali, ma nel quale ugualmente si fissa per legge un salario minimo orario di 9 euro all'ora al lordo degli oneri contributivi e previdenziali, indicizzato annualmente sulla base delle variazioni dell'IPCA (v. artt. 1 c. 2 e 4 c. 3).

[848] V. la citazione in nota 4. Tridico però, divenuto intanto consigliere economico del Ministro del lavoro, non demorde: v. il suo articolo *Reddito anti-povertà. I "veri" numeri*, in *il Corriere della sera* del 4 novembre 2018.

[849] V. Chiellino, *Reddito di cittadinanza, dalla Ue una dote "micro" e solo dopo aver rinegoziato tutti i programmi*, ne *il Sole 24 ore* del 17 maggio 2018.

Nemmeno l'introduzione del salario minimo legale è un tema facile, se occorre smarcarsi dalle possibili critiche, da un lato, dei datori di lavoro per un livello legale del salario troppo alto, e, dall'altro lato, dei sindacati per l'eventuale riduzione del loro ruolo di autorità salariale svolto mediante i contratti collettivi.

Quindi, passando dal contratto alla sua esecuzione, appare preferibile incentrare l'iniziativa urgente su altri punti del capitolo lavoro previsti dal programma, ritenuti meno impegnativi e di analogo impatto sull'opinione pubblica.

4. L'entrata in scena del giovane Ministro del Lavoro: il decreto dignità tra contrasto al precariato e tendenze sovraniste.

Il tema principale è quello della precarietà, sul quale il contratto di programma, come si è detto, prevede genericamente un "contrasto della precarietà per costruire rapporti di lavoro più stabili e consentire alle famiglie una programmazione più serena del loro futuro".

In questa formulazione non può certo leggersi nulla di regressivo, essendovi ampio consenso su una politica così genericamente indicata. Dietro quella formula può però celarsi un'insidia tipicamente addebitata ai movimenti populisti: "con il termine populismo si designa soprattutto un problema cognitivo: i suoi sostenitori sarebbero persone che mirano a raggiungere soluzioni facili per incapacità di capire le soluzioni realistiche, necessariamente complesse, come quelle fornite con grande successo dalle forze dell'internazionalismo. I rappresentanti populisti, con il loro cinismo, non farebbero che promettere alla gente delle soluzioni facili, sebbene sia risaputo che non esiste alcuna alternativa alle complesse soluzioni dei tecnocrati". In tal modo si promuove "una grande regressione della gente comune, che si manifesta nella mancanza di formazione culturale, e di rispetto per le persone colte"[850].

Scegliere "soluzioni facili" sarebbe quindi "la" risposta populista alle politiche neoliberiste che nel subordinare gli individui al mercato privandoli di ogni radicamento sociale piegano ogni scelta regolativa alla realizzazione della massima competitività economica. L'occupazione stabile nella logica neoliberista non è certo possibile garantirla con una legge dello Stato!

Il giovane neo Ministro del lavoro sceglie dunque di cimentarsi su un tema di tutto rilievo mettendo alla prova la sua capacità di sottrarsi ai pregiudizi che gravano sui politici di matrice populista.

La prima impressione, per la verità, è che i contenuti del decreto legge vogliano proprio profilare una "soluzione facile", consistente nel superamento del Jobs Act renziano (il centro-sinistra neoliberista) su alcuni aspetti cruciali: restrizioni su contratti a termine e somministrazione, maggiori sanzioni in caso di licenziamento illegittimo, drenaggio del lavoro nero anche attraverso un più ampio ricorso al lavoro pagato con i voucher (o quel che ai voucher ha fatto seguito nella confusa "resurrezione" del lavoro occasionale) o riconducibile ai co.co.co. sottratti all'applicazione dell'art. 2 del d.lgs. 81/2015 (la "famigerata" etero-organizzazione).

L'obiettivo è quello indicato nel contratto di Governo: più rapporti stabili – da intendersi come contratti a tempo indeterminato nei quali si rende più difficile il licenziamento – sottratti all'area

[850] V. Streeck, cit., p. 196.

della precarietà o del lavoro nero. Le famiglie – in atto o in potenza – potranno così essere più "serene" sul loro futuro.

Lo sguardo del riformatore è quindi rivolto decisamente al futuro e, anzi, alla tutela della dignità dei lavoratori. Nulla di "regressivo" sul piano socio-economico; se un "regresso" c'è, riguarda solo le norme "sbagliate" di un centro-sinistra accecato dalle sirene neo-liberiste. La prospettiva indicata è verso una crescita dell'occupazione di qualità, cioè più duratura e con più diritti. La soluzione politica è dunque "facile" da capire e destinata a un ampio consenso popolare (salvo qualche riga nella relazione tecnica che accompagna la riforma con previsioni pessimistiche proprio sull'impatto occupazionale annuo del decreto dignità sugli occupati a termine oltre i 24 mesi – circa 80.000 - per i quali si stima una disoccupazione presumibile di circa il 10%[851]).

Secondo un autorevole commentatore le scelte di questo primo atto legislativo dei gialloverdi andrebbero apprezzate anche da una sinistra realmente (auto)critica verso gli equilibri del Jobs Act, segnalando al più "univocamente l'inadeguatezza" del decreto dignità in quanto "ci si poteva aspettare qualcosa di più e di meglio. Ad esempio l'introduzione di una disciplina decente dei licenziamenti illegittimi, di stampo europeo, in abrogazione della misera monetizzazione del licenziamento illegittimo introdotto dal Jobs Act, una regolamentazione compiuta del lavoro temporaneo, una razionalizzazione della pletora dei contratti precari" [852].

La vecchia sinistra parlamentare – insieme a quel che resta del centro-destra – ha invece criticato aspramente il decreto dignità, sottolineandone sempre più gli effetti negativi sull'occupazione e, quanto alla cultura su cui è basato, segnalandone l'impianto sostanzialmente regressivo e punitivo verso l'impresa. Tutte obiezioni che, riguardate dal punto di vista di una "sinistra sociale", non solo sarebbero inconsistenti sul piano politico, ma anche caratterizzate da "intrinseca e inattendibile concettualità", preludio ad una inevitabile vittoria del "sovranismo di destra"[853].

La diatriba – che segna un nuovo spartiacque nelle culture e nelle scelte concrete degli attuali schieramenti politici - ci riguarda molto da vicino, proprio nella qualità di tecnici che analizzano politiche del diritto. E una risposta va cercata proprio per fare qualche passo avanti nell'analisi del problema che mi sono posto dall'inizio: il diritto del lavoro che appena comincia a tingersi di gialloverde è "regressivo"? Mariucci, guardando ai contenuti, lo nega decisamente, segnalandone al più l'insufficienza. Ha ragione? Si tratta davvero della ripresa di una politica del diritto progressista, cioè pro-*labour* anziché pro-*business*?

Dare una risposta a questa domanda comporta a mio parere uscire dagli schematismi interni alla sinistra. E guardare di più a programmi e comportamenti del populismo italiano, non facilmente comprensibile con le categorie di destra/sinistra, che buona parte dell'intero mondo gialloverde si rifiuta di utilizzare.

In verità a me pare che, una volta scelto il terreno del contrasto alla precarietà per la sua prima iniziativa legislativa ad alto impatto mediatico, il Ministro Di Maio ha dovuto superare necessariamente la generica fase del contratto di Governo e riempirla di contenuti più precisi. Nel far questo – e fermo restando il vincolo della soluzione politicamente "facile" – ha correttamente "pescato"

[851] V. l'accurata nota di lettura del servizio del bilancio del Senato ad AS 741/2018.
[852] L. Mariucci, *Luci e ombre del decreto-dignità*, in Comma2 (www.comma2.it) del 7 agosto 2018.
[853] Ibid.

dal programma dei 5Stelle, nel quale erano previste sia la "reintroduzione della causalità per il contratto a termine" sia una facilitazione nel ricorso del lavoro accessorio e occasionale (solo sul secondo punto si poteva rilevare una convergenza con le posizioni della Lega)[854]. Invece nulla vi era nel contratto con riguardo ai licenziamenti, per i quali comunque si introduce "solo" una maggiorazione nel minimo e nel massimo delle sanzioni monetarie previste per il licenziamento privo di giustificato motivo soggettivo dal Jobs Act. Su questo punto si sviluppa un dibattito parlamentare acceso e la maggioranza gialloverde respinge un emendamento di Leu volto a reintrodurre l'art. 18 stat.lav.[855] Il passaggio dal d.l. 87 alla legge di conversione n. 96 comporterà poi qualche attenuazione dell'impostazione vincolistica, sia quanto alla disciplina transitoria dei contratti a termine (che individua nel 31 ottobre un'importante dilazione per l'entrata in vigore dei nuovi vincoli causali a rinnovi e proroghe dei contratti a termine: art. 1 c. 2 del d.l. 87 come modificato dalla l. 96/18) sia quanto a co.co.co. e, più marcatamente, lavoro occasionale. Con la legge di conversione (che inserisce nel d.l. un art. 1bis) si ampliano anche gli esoneri contributivi per i datori di lavoro privato che assumano lavoratori fino a 35 anni (per gli anni 2019 e 2020) con contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti.

A queste tematiche classicamente giuslavoriste, si aggiunge un tema nuovo e importante: misure restrittive o deterrenti per le imprese che delocalizzano le produzioni fuori dai confini nazionali. Un tema non previsto dal contratto di Governo (se non in un fuggevole passaggio nel cap. 20 sull'Unione europea dove si legge: "vanno debellati i fenomeni di dumping sociale all'interno dell'Unione"), ma piuttosto coerente con le crescenti pulsioni nazionaliste e xenofobe che emergono nella compagine gialloverde[856].

Nell'insieme i punti più salienti del primo intervento legislativo sui rapporti di lavoro diretto a contrastare il precariato riguardano contratti a termine, somministrazione, lavoro occasionale e licenziamenti. Analizzando le soluzioni tecniche del decreto dignità si perde però ogni impressione di "facilità". Esse sono complesse e dall'esito occupazionale tutt'altro che scontato: restrizioni tortuose, e forse inutili, su lavoro a termine e somministrazione; conferma delle sanzioni automatiche nel licenziamento sulla falsariga del d.lgs. 23/2015 elevate solo nell'importo minimo e massimo; ampliamento del ricorso al lavoro occasionale già reintrodotto nella primavera del 2017, senza però adeguare il carente sistema sanzionatorio.

Anticipando un giudizio complessivo, si può forse dire che c'è un timido "regresso" rispetto ad alcune scelte post-vincolistiche rinvenibili nel Jobs Act. Tanto timido da meritare di essere catalogato tra gli interventi di mera "cosmesi". Il baricentro della disciplina di contratti flessibili e licenziamento rimane invece posizionato ben lontano dagli equilibri pro-*labour* ai quali ci aveva abituato il diritto del lavoro fino a una decina di anni fa. Anche la promozione di contratti di lavoro "stabili" resta affidata agli sgravi contributivi, sebbene in una misura e per una platea più ristretta rispetto a quella dell'avvio del contratto a tutele crescenti nel 2015/2016. Non mi pare dunque

---

[854] V. Massagli, Nespoli, Seghezzi (a cura di), *Elezioni 2018: il lavoro nei programmi dei partiti*, cit. p. 115 e 112.

[855] Proprio questo precedente rende meno attendibile la tesi (per la quale v. A. Pileggi, *La Consulta spiana la strada alla "resurrezione" dell'articolo* 18, in *il* sussidiario.net, del 10.11.2018) di un governo pronto, all'indomani della sentenza della Corte costituzionale 194/2018 (depositata il 7 novembre), a reintrodurre l'art. 18.

[856] Anche se regolare in modo efficace il fenomeno è davvero complesso: di questi giorni il caso Pernigotti, in cui la società Turca ha sostanzialmente chiuso l'impresa (licenziando la maggior parte dei dipendenti), conservando però il marchio e appaltando parti della vecchia produzione a piccole imprese o cooperative dell'indotto locale (v. P. Griseri, *Pernigotti, così finisce una fabbrica. "Il cioccolato era il nostro petrolio"*, ne *la Repubblica* del 9 novembre 2018). Per l'analisi di alcuni dei molti profili problematici di questa norma v. L. Tebano, *Prime osservazioni su limiti alle delocalizzazioni e modelli di aiuti nel cd. decreto dignità*, *paper* in corso di pubblicazione.

che si superi la soglia minima per parlare di un'inversione di tendenza rispetto alle precedenti riforme sui rapporti di lavoro. L'impronta del diritto del lavoro che si tinge di gialloverde resta pro-*business*.

Ci si potrebbe tuttavia chiedere: ragionevolmente era possibile fare scelte diverse? Portare, ad esempio, ancora più indietro le lancette dell'orologio giuslavorista, come in fondo sembra auspicare Mariucci (e come si poteva fare attingendo con più decisione dalla Carta dei diritti della Cgil)? Oppure imboccare strade del tutto nuove, coniugando tutele del lavoro e promozione di imprese più competitive, inseguendo nuove sintesi, forse le uniche veramente non "regressive" da nessun punto di vista?

Sia per rispondere a queste ultime domande, sia per argomentare in modo più dettagliato la mia valutazione complessiva, dedicherò qualche ulteriore attenzione a tre aspetti del decreto dignità: a) il ripristino della causale nei contratti a termine; b) l'intervento sulle sanzioni per i licenziamenti illegittimi; c) le sanzioni per il lavoro occasionale.

5. Segue: il rispristino della causalità nei contratti a termine.

Come anticipato, il decreto dignità non reintroduce le causali come necessario presupposto per la stipulazione di contratti a termine, come invece prevede la Carta dei diritti della Cgil (art. 50). Il d.l. 87/18 nemmeno torna alla legge 92/2012 (legge Fornero), che consentiva la stipulazione di un "primo" contratto a termine acausale per una durata massima di 12 mesi. Mi pare perciò questo un punto di partenza ineludibile per leggere il nuovo quadro normativo sul contratto a termine: non si torna alla stagione in cui "la temporaneità" – che dovrebbe concretizzarsi nella causale – è un tratto strutturale e indefettibile del contratto a termine.

In effetti il decreto dignità si limita a prevedere come necessarie le causali in tre ipotesi: a) quando la durata del contratto a termine superi i 12 mesi; b) quando venga prorogato in modo tale da superare i 12 mesi (il massimo di proroghe viene anche ridotto da 5 a 4) e comunque entro un massimo di 24 mesi; c) quando venga rinnovato per qualsiasi durata, ma entro il limite di 24 mesi. In questo modo, oltre a reintrodurre la causale (definita in via esclusiva dallo stesso legislatore, anche se con formule piuttosto ampie: v. il novellato art. 19 c. 1 del d.lgs. 81/15), si mira a fissare un limite "fisiologico" ai contratti a termine che non possano durare più di 24 mesi. Ad essere colpiti più nettamente sono dunque quei contratti a termine che nel precedente regime potevano arrivare a 36 mesi: nel presupposto che in questo modo possano essere sostituiti da contratti a tempo indeterminato.

Non va trascurato però che la limitazione a 24 mesi lascia invariate due ipotesi già previste dal Jobs Act: a) la possibilità che i contratti collettivi dispongano diversamente (v. l'incipit dell'art. 19 c. 2 del d.lgs. 81/18), allungando anche i 24 mesi[857] in caso di "successione di contratti conclusi per lo svolgimento di mansioni di pari livello e categoria legale e indipendentemente dai periodi di interruzione tra un contratto e un altro"; b) la possibilità che le parti stipulino un ulteriore

[857] Così anche la circolare Miur del 31.10.2018 n. 17, secondo cui però il d.l. 87 "non ha attribuito alla contrattazione collettiva alcun facoltà di intervenire sul nuovo regime delle condizioni".

contratto della durata massima di 12 mesi presso la competente direzione territoriale del ministero del lavoro (v. art. 19 c. 3)[858].

Resta dubbio invece se la contrattazione collettiva possa intervenire sulla definizione delle causali previste dal decreto dignità, specificandole o addirittura ampliandole. Qui l'inserimento delle novelle nel quadro legislativo complessivo non è agevole, considerando che in precedenza la tendenza alla liberalizzazione aveva avallato interpretazioni di forte apertura alla contrattazione collettiva, abilitata a intervenire comunque sul quadro legislativo con l'esclusione dei soli casi di veri e propri divieti[859]. Ora si potrebbe sostenere che la *ratio legis* si è arricchita dell'obiettivo del contrasto alla precarietà, che non consentirebbe lo stesso approccio ermeneutico. Al più si potrebbero salvaguardare i contratti preesistenti al nuovo quadro legislativo e le modifiche eventualmente apportate da contratti collettivi di prossimità in base all'art. 8 del d.l. 138/2011[860].

Il mero proporre questa problematica rende però esplicito come la ricostruzione del "microsistema" rinvenibile a valle della nuova disciplina può portare a diverse conclusioni ermeneutiche, con rilevanti differenze applicative. Solo che per ricostruire il nuovo microsistema normativo non basta dire che alla precedente liberalizzazione si è sostituito un intento di contrasto alla precarietà. Questo intento, a ben guardare, era presente (o dichiarato) anche nell'originario Jobs Act (art. 1 c. 7 lett. a-b della l. 183/2014): ma il contratto a termine era considerato essenzialmente un trampolino verso la stabilità, relegando in secondo piano il rischio che il medesimo contratto servisse a costruire trappole della precarietà. Si può affermare con nettezza che il decreto dignità abbia del tutto ribaltato questa impostazione? Viste le incertezze prima richiamate, anche a tal riguardo mi pare invece che si sia trattato di interventi più di cosmesi, magari non del tutto riusciti, ma comunque volti a porre un blando freno, non si sa quanto effettivo, alla stipulazione dei contratti a termine.

Al riguardo si è detto, giustamente, che con la nuova normativa l'effetto di "travaso" della precarietà nella stabilità difficilmente può verificarsi in misura consistente[861]. Più probabile è l'accentuazione del turnover tra i lavoratori precari. Qui si tratta soprattutto di verificare su un adeguato arco temporale l'effettivo impatto occupazionale della nuova disciplina (in parte già deludente, a quanto pare). Sul piano fattuale bisogna anche aggiungere che la maggior parte dei contratti a termine vengono stipulati per periodi inferiori all'anno: quindi se la causale deve servire da deterrente al loro uso, andrebbe reintrodotta sin dall'inizio[862], proprio come proponeva la Cgil. Se invece si lascia "libero" il primo contratto, si interviene solo su un segmento della precarierà, che però è anche quello meno "precario", in quanto più duraturo e più plausibilmente destinato a sfociare in un contratto a tempo indeterminato (infatti l'imprenditore più a lungo investe su un lavoratore meno è interessato a "disfarsene"). Riducendo dunque *ex lege* la durata massima dei

[858] Da equiparare a un rinnovo e, quindi, possibile solo se ricorre la causale: v. M. Menegotto, *Le nuove regole per i rapporti a termine*, in Menegotto, Rausei, Tomassetti (a cura di), *Decreto dignità. Commentario al d.l. n. 87/2018 convertito dalla l. n. 96/87*, Adapt Università Press, 2018, p. 11. In tal senso anche la circolare Miur del 31.10.2018 n. 17, che aggiunge che l'intervento amministrativo non può "determinare effetti certificativi in ordine alla effettiva sussistenza dei presupposti giustificativi richiesti dalla legge".

[859] V., per tutti, Casillo, *Contratto a termine e contrattazione collettiva*, in P. Saracini- L. Zoppoli (a cura di), *Riforme del lavoro e contratti a termine*, Editoriale scientifica, 2017, p. 55 ss.

[860] V. Tomasetti e Rausei in, Menegotto, Rausei, Tomassetti (a cura di), *Decreto dignità*, p. 148 ss.

[861] Tra i tanti v. F. Scarpelli, *Convertito in legge il "decreto dignità": al via il dibattito sui problemi interpretativi e applicativi*, in *Giustizia civile.com*, 3 settembre 2018.

[862] V. anche Scarpelli, op.ult.cit.

contratti a termine, almeno in una certa misura, si rischia davvero di ricacciare i lavoratori in un'area di maggiore precarietà o, quanto meno, di allontanarli dalla "stabilità".

Sotto il profilo giuridico poi bisogna considerare che il controllo sui contratti a termine attraverso la causale si realizza essenzialmente grazie all'intervento del giudice, al quale dovrebbe rivolgersi il lavoratore che ritiene *contra legem* la propria assunzione (o rinnovo o proroga) a termine. Perché questo accada però è necessario che il lavoratore possa essere ragionevolmente sicuro che, ottenuta *iussu iudicis* la trasformazione[863] del proprio contratto in contratto a tempo indeterminato, non si esponga a rischio di un successivo licenziamento. Quindi il ripristino della casualità richiederebbe comunque una incisiva tutela contro i licenziamenti illegittimi. Si rinviene questa tutela nel decreto dignità? La risposta, come si vedrà tra breve, è decisamente negativa (almeno prima di Corte Cost. 194/2018).

Infine vorrei anche proporre una traccia di risposta alla domanda se fosse opportuno e possibile fare scelte non timidamente regressive ma innovativamente progressive in materia. Sull'opportunità, io ritengo che sarebbe stato certo preferibile, non foss'altro che per il fatto che nuovi comportamenti si erano già delineati sul mercato del lavoro, volti a fare dei contratti a termine strumenti di una possibile (relativa) stabilità. Gli stessi contratti collettivi spingono in tal senso non ponendo limiti particolari ai contratti a termine "lunghi" (anche la Carta della Cgil prevedeva un massimo di 36 mesi). Se si tiene conto della metabolizzazione dei contratti a termine "lunghi", misure di contrasto di questa (relativa) precarietà avrebbero dovuto puntare più su vincoli *ad personam* che su un ripristino, per giunta parziale e claudicante, della causale. Ad esempio prevedendo una priorità ampia per assunzioni a tempo indeterminato dei lavoratori che avessero già prestato la propria attività con contratto a termine per un periodo almeno triennale[864].

6. Segue: la riforma dei licenziamenti (prima e dopo Corte Cost. 194/2018).

Anche sui licenziamenti il decreto dignità interviene incrementando minimo (da 4 a sei mensilità) e massimo (da 24 a 36 mensilità) delle "tutele crescenti" previste dall'art. 3 c. 1 del d.lgs. 23/2015; con la legge di conversione si incrementano anche minimo (da 2 a 3 mensilità) e massimo (da 18 a 27 mensilità) previsti dall'art. 6 c. 1 del d.lgs. 23/2015 per l'offerta di conciliazione esentasse finalizzata ad evitare il giudizio. Nulla si dice sul meccanismo automatico secondo cui la sanzione cresce di due mesi in due mesi per ogni anno di servizio: con la conseguenza che a trentasei mensilità – una sanzione monetaria di entità ragguardevole e, forse nelle imprese di minori dimensioni, paragonabile come effetto deterrenza alla reintegrazione – il lavoratore può arrivare solo dopo 15 anni di servizio presso la stessa impresa.

Si tratta di una modifica certamente di un qualche rilievo, specie per quei lavoratori che "resistono" tanto tempo alle dipendenze di un medesimo datore di lavoro. Difficile però parlare anche a tal riguardo di un'inversione di tendenza del diritto del lavoro che si tinge di gialloverde, specie se questa misura dovesse essere ricondotta al contrasto alla precarietà, per la quale, come prima si è detto, occorrerebbe prevedere una tutela assai tempestiva e incisiva per proteggere il lavo-

[863] Su questa "sanzione", v., da ultimi, P. Saracini, *Contratto a termine e sanzioni,* in P. Saracini- L. Zoppoli (a cura di), *Riforme del lavoro*, cit., p. 69 ss.; L. Ratti, *Conversione del contratto e rapporti di lavoro*, Giappichelli, 2017, p. 49 ss.
[864] V. L. Zoppoli, *La disciplina post-vincolistica del lavoro a termine in Italia*, in P. Saracini- L. Zoppoli (a cura di), *Riforme del lavoro*, cit., p. 38.

ratore da eventuali "ritorsioni", più o meno esplicite, una volta che questi pretenda la trasformazione del contratto precario in contratto a tempo indeterminato. Quindici anni sono sicuramente troppi, ma lo sarebbero anche 4 o 5. E in ogni caso l' "anelasticità" della sanzione rispetto all'interesse da tutelare rende la nuova sanzione troppo simile all'originario Jobs Act per poter parlare di una salto di qualità. La disciplina resta saldamente ancorata a scelte pro-*business* che rendono addirittura il contratto di lavoro subordinato assistito da sanzioni indennitarie per vicende estintive patologiche ridotte rispetto al diritto generale dei contratti[865].

Oggi su questa valutazione però non è più il caso di dilungarsi troppo, dal momento che la recentissima sentenza della Corte Costituzionale (la già citata 194/2018) ha stigmatizzato le scelte sanzionatorie del d.lgs. 23/2015, estendendo lo stigma anche alla novella del decreto dignità. Dunque a partire dalla pubblicazione della sentenza il lavoratore può essere efficacemente tutelato contro il licenziamento illegittimo pure con una sanzione monetaria se il giudice applica gli importi più elevati in ragione del danno causato dal datore di lavoro con la propria decisione (sebbene non sia affatto scontato che lo faccia, essendovi un notevole *range* tra minimo e massimo). Anche su questo punto la Corte ha affermato la natura risarcitoria e non solo sanzionatoria delle indennità previste dall'art. 3 c. 1 del d.lgs. 23/15.

Vale la pena però sottolineare come i nessi tra contrasto alla precarietà e tutele contro il licenziamento illegittimo siano ancora percepiti con una certa difficoltà. Infatti anche Corte Cost. 194/2018 a un certo punto, nel rigettare l'eccezione di incostituzionalità di normative differenziate in ragione della data di assunzione del lavoratore, mostra di ritenere ragionevole la scelta legislativa secondo cui "la predeterminazione e l'alleggerimento delle conseguenze del licenziamento illegittimo dei lavoratori subordinati a tempo indeterminato (sono) misure dirette a favorire l'instaurazione di rapporti di lavoro per chi di un lavoro fosse privo e, in particolare, a favorire l'instaurazione di rapporti di lavoro subordinato a tempo indeterminato" (punto 6, quartultimo capoverso). Questa motivazione non pare però del tutto coerente né con il principio, successivamente affermato, secondo cui il diritto al lavoro di cui all'art. 4 Cost., affiancato dalla tutela del lavoro in tutte le sue forme e applicazioni di cui all'art. 35 Cost., "si sostanzia nel riconoscere, tra l'altro, che i limiti posti al potere di recesso del datore di lavoro correggono un disequilibrio di fatto esistente nel contratto di lavoro. Il forte coinvolgimento della persona umana – a differenza di quanto accade in altri rapporti di durata – qualifica il diritto al lavoro come diritto fondamentale, cui il legislatore deve guardare per apprestare specifiche tutele" (punto 9.1 in fine); né con la consapevolezza – antica perché ripresa testualmente da altra sentenza della Corte del 1966 – che "il timore del recesso, cioè del licenziamento, spinge o può spingere il lavoratore sulla via della rinuncia a una parte dei propri diritti" (punto 13).

Una maggiore coerenza tra i vari argomenti messi in campo si raggiungerebbe forse se si mettesse a fuoco che quando il contrasto alla precarietà avviene attraverso tecniche - come la causale nei contratti a termine - che richiedono una totale tranquillità del lavoratore nel promuovere l'azione giudiziaria sul controllo delle condizioni, non è per nulla vero che l'alleggerimento delle tutele contro il licenziamento illegittimo favorisce l'instaurazione di rapporti a tempo indeterminato. Anzi è vero il contrario: occorrerebbe espressamente prevedere la più drastica delle sanzioni, cioè la reintegrazione. E, pur con i persistenti dubbi dottrinali e giurisprudenziali, qui appare prevedibile una certa sensibilità giurisprudenziale nel ricomprendere tra i licenziamenti nulli di cui all'art.

[865] V. L. Zoppoli, *Come cambia*, cit; e già *Giustizia commutativa, giustizia distributiva e contratti di lavoro, in DLM, 2017, n. 2.*

2 c. 1 del d.lgs. 23/15 – sanzionati con la reintegrazione – anche il licenziamento pur latamente ritorsivo rispetto ad un'azione giudiziaria del lavoratore, specie se volta a superare condizioni di precarietà. Purtroppo è dubbio che un simile, pur probabile orientamento giurisprudenziale, sia sufficiente garanzia per un lavoratore veramente precario. Qui occorrerebbe un decreto dignità!

7. Segue: le lacune sul lavoro occasionale.

Infine alcune osservazioni sulle modifiche apportate alla già sofferta "resurrezione" del lavoro con prestazioni occasionali (dette anche "PrestO") riconducibile all'art. 54-bis del d.l. 24 aprile 2017 n. 50 conv. con l. 21 giugno 2017 n. 96. Tali modifiche sono contenute nell'art. 2-bis del d.l. 87 introdotto dalla legge di conversione, norma rubricata "disposizioni per favorire il lavoratore nell'ambito delle prestazioni occasionali". Già la rubrica appare menzognera o reticente, dal momento che dice solo una parte della verità[866]. Anzitutto si tratta di modifiche di dettaglio, che lasciano del tutto invariato le PrestO resuscitate dal Governo Gentiloni[867]. A ben guardare poi solo alcune delle modifiche possono essere effettivamente considerate utili a favorire il lavoratore: in particolare la possibilità di autocertificazione delle condizioni che consentono il ricorso alle PrestO e quella di richiedere il pagamento attraverso la "presentazione di univoco mandato o autorizzazione di pagamento emesso dalla piattaforma informatica INPS". Ma queste modifiche sono anche nell'interesse dell'utilizzatore e in ogni caso si precisa espressamente che "gli oneri del pagamento" secondo la nuova modalità "sono a carico del prestatore" (v. novella all'art. 54-bis c. 19 del d.l. 50/17). Le altre modifiche, anche più numerose e significative, sono invece volte a favorire le piccole imprese agricole e turistico-alberghiere, per le quali si rende più agevole il ricorso alle PrestO e si allentano anche gli obblighi di tempestiva comunicazione della data di inizio e termine dell'attività (v. novella art. 54-bis d.l. 50/17 commi 14,15, 17 e 20).

Vi è poi da considerare che l'originario sistema sanzionatorio delle resuscitate PrestO è tutt'altro che convincente ed esaustivo. Solo la violazione dei limiti di reddito per ciascun lavoratore viene sanzionata con la trasformazione delle PrestO in rapporti di lavoro subordinato. Per il resto ci sono sanzioni amministrative e, talora, vere e proprie lacune (ad esempio per il superamento del limite di reddito previsto per l'utilizzatore)[868]. Su tutti questi aspetti il decreto dignità si guarda bene dall'intervenire.

Avrebbe potuto senz'altro farlo. Specie in considerazione di un'importante ricostruzione dell'istituto leggibile in una poco valorizzata ordinanza della Cassazione del 29 novembre 2017, che - nel valutare ai fini della richiesta di referendum abrogativo se il nuovo istituto del lavoro occasionale si differenzia dal lavoro accessorio previsto dagli artt. 48,49 e 50 del d.lgs. 81/2015 - era giunta alle conclusioni che effettivamente la disciplina del 2017 recupera "il requisito dell'occasionalità dell'esigenza lavorativa che restituisce all'istituto in esame la caratteristica di strumento effettivamente finalizzato alla disciplina delle prestazioni lavorative svolte in minime entità e in contesti marginali, e non alternativo ad altre forme contrattuali già presenti nel panorama lavoristico"[869].

---

[866] D'altronde si è anche scritto che questo è "il governo della furbizia semantica": S. Merlo, ne *il Foglio* del 9 novembre 2018.

[867] Su cui v., da ultimo, i saggi di A. Ventura, C. Cordella, C. Carchio, S. Rossi, N. Fortunato e S. Caffio, in D. Garofalo (a cura di), *La nuova frontiera*, cit.

[868] V. P. Monda, *Prime riflessioni sulla nuova disciplina del lavoro occasionale*, in MGL, 2017.

[869] In senso analogo, con concrete proposte interpretative, anche U. Carabelli, *Collaborazioni e lavoro occasionale tra autonomia e subordinazione*, in U. Carabelli- L. Fassina (a cura di), cit., p. 59 ss.

Nel momento in cui con il d.l. 87/18 si allarga, seppur di poco (ma le piccole imprese agricole e turistico-alberghiere sono comunque realtà anche numericamente significative), la possibilità di ricorrere al lavoro occasionale, si sarebbe almeno potuto corredare la normativa con sanzioni più stringenti, volte ad evitarne un'ulteriore dilatazione dovuta alle lacune del sistema. Invece si sono allentate le cautele (specie in ordine alla tempestiva comunicazione per le imprese turistico-alberghiere[870]) e nulla si è previsto quanto a completamento delle sanzioni.

Dunque anche a tal riguardo poco c'è nel decreto dignità per contrastare la precarietà lavorativa. A meno che non si voglia sostenere che le PrestO, pure se non del tutto conformi al rigido regime legale che le prevede, sono comunque preferibili al lavoro nero e in quanto tale sono *ontologicamente* a favore del lavoratore. In tal caso però sarebbe stato meglio modificare anche l'intitolazione del decreto legge, da ricondurre più ad un rassegnato realismo che al recupero della dignità dei lavoratori.

8. La riforma del lavoro pubblico: Il decreto "concretezza".

Alla concretezza si richiama appunto un'altra iniziativa legislativa del governo gialloverde in materia di azioni delle pubbliche amministrazioni e prevenzione dell'assenteismo, questa volta promossa dalla Ministra della Funzione pubblica, Giulia Bongiorno, e approvata, seppure ancora come ddl, dal Governo il 28 ottobre 2018.

Qui nel contratto di Governo c'è poco o nulla, salvo capitoli specifici nell'ambito delle problematiche settoriali riguardanti Giustizia, Sanità, Scuola e Università. Però qualcosa di interessante per i giuslavoristi si legge nel capitolo 20 su riforme istituzionali, autonomia e democrazia diretta in cui si accenna ad un impegno verso l'attuazione del regionalismo differenziato di cui all'art. 116 Cost. e alla "necessità di introdurre un efficace sistema di valutazione delle performances della pubblica amministrazione nel suo complesso, del personale e della dirigenza pubblica, anche attraverso il coinvolgimento dell'utenza" (p. 37). L'ultimo punto veniva segnalato anche da Giacinto della Cananea come possibile convergenza tra M5S, Lega e PD.

Il ddl concretezza si orienta però su tutt'altra strada[871]. Oltre alle solite misure per accelerare assunzioni e ricambio generazionale nelle amministrazioni, si incentra sull'istituzione di un Piano triennale delle azioni concrete per l'efficienza delle pubbliche amministrazioni, sulla cui attuazione dovrebbe vigilare, attraverso sopralluoghi, visite e "proposte correttive" di cui si redige accurato "processo verbale", un nuovo "Nucleo della Concretezza, istituito presso il Dipartimento della Funzione pubblica e dotato di 53 unità di personale, di cui 30 da assumere, nonché della possibilità di avvalersi di personale delle Prefetture, in considerazione del fatto che "il Prefetto può segnalare al Nucleo della concretezza eventuali irregolarità dell'azione amministrativa degli enti locali e chiederne l'intervento" (così un art. 60-*ter* inserito nel corpo del d.lgs. 165/01). L'inosservanza del termine previsto per l'attuazione delle misure correttive proposte dal Nucleo "rileva ai fini della responsabilità dirigenziale e disciplinare". Nel ddl si legge poi anche l'annunciato inasprimento delle misure per il contrasto dell'assenteismo: cioè "sistemi di identificazione biometrica e di videosorveglianza in sostituzione dei diversi sistemi di rilevazione automatica" dell'osservanza dell'orario di lavoro (art. 2 c. 1); e l'obbligo per tutti i dirigenti pubblici di adeguare "la

[870] V. Scarpelli, *op.cit.*

[871] Anche se da qualche giorno si legge di ulteriori iniziative legislative in materia: v. S. Ricci, *Arriva il "tribunale" per gli statali*, in *Il Messaggero* del 24 novembre 2018.

propria prestazione lavorativa nella sede di lavoro alle esigenze dell'organizzazione e dell'incarico dirigenziale svolto, nonché a quelle connesse con la corretta gestione e il necessario coordinamento delle risorse umane" (art. 2 c. 2).

Pur in presenza di un testo che comincia il suo iter parlamentare, va ancora una volta rilevato come in questa ulteriore iniziativa legislativa gialloverde la denominazione ad effetto tradisca contenuti deludenti o fumosi. Lasciando da canto l'incomprensibile obbligo posto a carico della dirigenza, il Piano della concretezza - dopo i normali atti programmatori e di bilancio, dopo la programmazione delle assunzioni e dei fabbisogni formativi, dopo il piano delle performances e dopo il piano anticorruzione - si presenta come l'ennesimo atto cui si affidano grandi aspettative con strumenti e risorse vecchie[872] o irrisorie, resi più temibili in quanto avvolti in un rigurgito di centralismo prefettizio. Ammesso che possa funzionare prima o poi, c'è da chiedersi come si concilia con il regionalismo differenziato rilanciato dal contratto di Governo.

Quanto al controllo sull'assenteismo degno di *Minority Report*, è la stessa norma che lo prevede a subordinarne le modalità attuative ad un DPCM, da adottare su proposta del Ministro per la pubblica amministrazione, d'intesa con il Garante per la protezione dei dati personali, sulle modalità di trattamento dei dati biometrici e le relative misure di garanzie. C'è solo da sperare che questo decreto sia più semplice e lineare del film di Steven Spielberg (che, almeno nel mio ricordo, è alquanto contorto e cervellotico).

Intanto un concreto miglioramento delle pubbliche amministrazioni resta affidato alle molte incompiutezze della precedente riforma Madia, che pure ha significativamente rivisto, almeno sulla carta, tutto il sistema di valutazione delle *performance* degli apparati pubblici[873].

In sintesi in materia di lavoro pubblico non sembra esservi in atto nessuna imminente novità. Piuttosto una nuova stagnazione nella palude delle riforme inattuate, con qualche tendenza a privilegiare anacronistici controlli ispettivi da parte di vecchie e nuove autorità "centrali".

9. Le relazioni sindacali: pensiero inerziale e opposizione crescente del sindacalismo confederale.

Si è detto inizialmente di come i sei mesi del Governo Conte abbiano anche mostrato qualche embrionale orientamento sul piano delle relazioni industriali e, segnatamente, dei rapporti con le principali forze sociali. Molte sono le voci che segnalano ormai la necessità di un nuovo diritto sindacale[874].

Al riguardo poco si legge nel contratto di Governo, dove si riaffacciano anche ricette ad effetto ancorché già sentite e marginali, come l'abolizione del CNEL, nonostante le parti sociali sembrino averne riscoperto una qualche utilità (v. il patto della fabbrica al par. 4). Bisognerebbe essere capaci di andare oltre, affrontando coraggiosamente il nodo cruciale del nuovo diritto sindacale,

---

[872] V. A. Viscomi, *Dentro quell'oscuro (e anche costoso) decreto Bongiorno*, in *Democratica* del 19 settembre 2018. Mentre licenziavo questo scritto Michele Ainis ha pubblicato sul tema uno dei suoi irresistibili pezzi; non posso che rinviare anche a lui: v. *Concretezza per via burocratica, ne la Repubblica* del 26 novembre 2018.

[873] V. i saggi di G. Nicosia e P. Monda, in M. Esposito, V. Luciani, A. Zoppoli, L. Zoppoli (a cura di), *La riforma dei rapporti di lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, Giappichelli, 2018.

[874] Da ultimi R. De Luca Tamajo, *Incertezze e contraddizioni del diritto sindacale italiano: è tempo di regolamentazione legislativa*, in RIDL, 2018, I, p. 283; L. Zoppoli, *il diritto sindacale tra vecchio e nuovo diritto*, in Labor, 2018, n. 6.

cioè una legge attuativa dell'art. 39 della Costituzione[875]. Partendo dal fatto che il mondo delle imprese italiane è molto variopinto e che alcune possono prosperare con i contratti aziendali, ma altre hanno bisogno della contrattazione nazionale e altre ancora di una contrattazione territoriale o di relazioni sindacali da proiettare in un mondo virtuale. Anche valorizzando percorsi partecipativi che appaiono spesso invocati (anche nel patto della fabbrica del 2018), ma mai veramente incoraggiati. A mio parere non ci sono ricette univoche e sarebbe sbagliatissimo sia confezionare abiti che possono indossare solo 20/30 imprese su cento sia abdicare a porre un quadro di regole che possa servire a far emergere le discipline più congrue nei diversi contesti per conciliare sviluppo economico e tutela dei diritti dei lavoratori. Il nuovo diritto sindacale dovrebbe essere policentrico, attento a salvaguardare alcuni valori irrinunciabili come la democrazia, la trasparenza, la solidarietà più ampia possibile, ma adattabile all'enorme mutevolezza di mercati, organizzazioni e tecnologie. Qualcuno parla di "decentramento ben bilanciato"[876]; qualcuno teme che si voglia invece perseverare con una politica di disintermediazione, magari più strisciante[877]. Le prime proposte del nuovo Governo, mentre promettono nuovamente l'eliminazione del Cnel, fanno addirittura sperare, almeno secondo qualche autorevole commentatore (Furlan) in una ripresa della concertazione, con prospettive di iperpoliticizzazione (partecipazione di parlamentari di maggioranza ed opposizione agli incontri con le parti sociali). Da segnalare proprio da ultimo è poi il già citato ddl 658 presentato al Senato dai cinquestelle, che sembra fare marcia indietro sull'abolizione del Cnel, richiamando proprio la legge che regola la composizione di questo organismo e rinviando al TU del 2014 tecniche e modalità per misurare la rappresentatività dei soggetti che stipulano i contratti rilevanti al fine di individuare il salario minimo legale (cd contratto leader). Insomma molte idee sembrano in campo, oltre le precise proposte contenute nel patto della fabbrica.

Nella concreta azione di governo per la verità il Ministro Di Maio pare oscillare tra il, pur sofferto, recupero di prassi sindacali e soluzioni già sperimentate in importanti controversie come quella dell'ILVA di Taranto, alla ricerca di soluzioni innovative con il diretto coinvolgimento delle organizzazioni sindacali. Emblematica è la c.d. vertenza dei *riders* o l'annunciato coinvolgimento di CAF e patronati sindacali nella gestione del reddito di cittadinanza. Qualcosa di più impegnativo si legge nella proposta pentastellata sul salario minimo, che prefigura anche l'introduzione, seppure sottotono, di nuove regole per la contrattazione collettiva.

Sembra difficile però che su questo terreno maturino le novità di cui ci sarebbe urgente necessità. Con la conseguenza che gli attori sociali dovranno affrontare le turbolenze dei mercati in condizioni di crescente debolezza, dalla quale possono ben germinare posizioni di maggiore ostilità verso iniziative che sembrano privilegiare misure assistenzialistiche rispetto a significativi investimenti a sostegno dello sviluppo socio-economico e occupazionale.

---

[875] La "scuola napoletana" si è ampiamente e tempestivamente cimentata, elaborando anche un disegno di legge ad opera del gruppo di studiosi che, coordinato da Mario Rusciano e da me, lo ha pubblicato nella rivista *Diritti lavori mercati*: al riguardo v. DLM, 2014, n. 1, p. 155 ss. e, per il dibattito che ne è seguito, almeno RGL (a cura di), *L'attuazione degli articoli 39 e 46 della Costituzione. Tre proposte a confronto*., Ediesse, 2016, e, da ultima, V. Papa, *L'attività sindacale delle organizzazioni datoriali. Rappresentanza, rappresentatività e contrattazione*, Giappichelli, 2017, spec. p. 146 ss.

[876] Carrieri, *Migliorare il decentramento contrattuale: come le parti affrontano questa sfida*, in Dell'Aringa C, Lucifora C., Treu T (a cura di), *Salari produttività e diseguaglianza*, cit., p. 478 ss.

[877] V. Romano Prodi, ne *la Repubblica* dell'8 giugno 2018.

10. Un pericoloso "interregno": un diritto in balia dei mercati (senza politica e senza giudici).

A voler formulare qualche osservazione di sintesi, utile per approfondire la riflessione sui connotati che va assumendo il diritto del lavoro dalle prime tinteggiature gialloverdi, opterei per una qualche cautela, essendo sei mesi ancora pochi per tratteggiare un quadro attendibile. Il nuovo Governo, anche nella nostra materia, sembra molto faticare ad uscire da un approccio di tipo elettorale ai complessi problemi di revisione e/o attuazione delle riforme. Poco ha giovato la lenta e sofferta aggregazione della maggioranza intorno ad un contratto di Governo spesso generico, lacunoso o contraddittorio; ancor meno giova l'approssimarsi delle elezioni europee.

Quel che finora è venuto fuori pare perciò molto influenzato dalla demagogia – ad effetto ritardato o anticipato - imposta dalla spasmodica ricerca del consenso elettorale. Laddove qualcosa si è realizzato, non mi pare si sia andato molto oltre interventi di tipo cosmetico, che tutt'al più hanno reso più presentabile un diritto del lavoro che aveva visto deturpato il suo volto originario. Come si legge nella recente sentenza della Corte Costituzionale 194/18, si era perso di visto l' "equilibrato componimento degli interessi in gioco: la libertà di organizzazione dell'impresa e la tutela del lavoratore" (punto 12.3). Per la verità però, se qualche incisivo riequilibrio c'è nel decreto dignità, si deve più all'intervento correttivo della Corte che all'iniziativa legislativa gialloverde.

Oltre la cosmesi, non vedrei neanche un chiaro indirizzo regressivo, né verso le scelte neo-liberiste del passato né verso un'impostazione decisamente "antisviluppista". Almeno dal versante giuslavorista, non è questo il panorama che sembra prospettarsi. Piuttosto si intravede la coesistenza di un neo-liberismo inerziale con il ricorso crescente, e talora spregiudicato[878], alla spesa pubblica gestita da una politica priva di una precisa visione di governo del sistema economico. In fin dei conti uno scenario post-ideologico (specie rispetto all'ideologia neo-liberista), non ignoto alla storia del nostro paese, nel quale possono essere generati strumenti politico-economici geniali, pericolosissimi o del tutto inefficaci.

Se proprio si vuole utilizzare una categoria interpretativa di questa nuova fase storica, può essere utile aver presente il concetto gramsciano di "interregno" ("il vecchio ordine è morto ma il nuovo non può ancora nascere"), di recente riproposto da Wolfgang Streeck[879] . Il sociologo tedesco, con l'occhio rivolto all'intera Europa, scrive: "nella situazione destrutturata dell'attuale interregno, con le istituzioni disfunzionali e le caotiche catene causali che la caratterizzano, i "populisti", che stanno penetrando negli apparati di potere statali, rappresentano un'ulteriore fonte di incertezza. L'inizio dell'interregno appare come un momento bonapartista: tutto è possibile, e tuttavia niente ha effetto, neanche quanto è voluto, perché la società, con la rivoluzione neoliberista, appare come un "sacco di patate" (citazione marxiana dal *18 Brumaio di Luigi Bonaparte*). I nuovi protezionisti non porranno fine alla crisi del capitalismo; e tuttavia rimettono la politica in gioco, ricordandole di continuo quelle vittime che la globalizzazione ha declassato agli strati medi e bassi della società"[880].

---

[878] V. in particolare l'art. 36 c. 3 del c.d. decreto sicurezza, che agevola la vendita ai privati dei beni confiscati alla mafia, allentando i vincoli al loro "uso sociale".
[879] Streeck, *Il ritorno del rimosso*, p. 199 ss.
[880] Ibid., p. 203.

Non è un'analisi tranquillizzante. Meno che mai per il diritto del lavoro, che, posto sotto fortissima pressione dalla politica neo-liberista, avrà difficoltà serie ad evolversi vero equilibri migliori, condizionato com'è da una politica demagogica e velleitaria e da una giurisprudenza che difficilmente potrà svolgere un ruolo da protagonista come in passato, essendo essa stessa costretta a seguire gli orientamenti delle Alte Corti, che, per quanto talvolta coraggiose[881], procedono con prudenza nel rivedere assetti legislativi realizzati a gran fatica. In ogni caso non possono essere i giudici – di qualsiasi ordine e grado – a risistemare le fondamenta di un sistema giuslavorista da sempre fragile e negli ultimi anni destrutturato e alle prese con problemi epocali[882]. Si dovrebbe almeno poter contare su forze sociali lucide e determinate: ma anch'esse sono alle prese con debolezze, congiunturali o croniche.

Insomma, pur volendo restare lontani da ogni catastrofismo, oggi l'analisi della materia risente più che mai del "tragico conflitto individuale" dell'intellettuale che lo porta a cogliere "un ordine nella realtà …solo per definirne limiti e precarietà, mai meramente arbitraria, ma sottoposta alla forza e al gioco dei valori in conflitto"[883]. In questo perenne "conflitto", a chi ancora vuol farsi portatore di speranza, si può forse segnalare la necessità di un grande sforzo collettivo per non far prevalere quei valori che porterebbero di sicuro le nostre società verso un generale "regresso", culturale prima ancora che economico.

---

[881] La stessa Corte costituzionale, ad esempio, mostrò minor coraggio nell'ammettere i referendum sul d.lgs. 23/2015: v. L. Zoppoli, *Il diritto del lavoro alla prova dei referendum: quid novi?*, in S. Staiano, A. Zoppoli, L. Zoppoli (a cura di), *Il diritto del lavoro alla prova dei referendum*, in DLM, Quaderno n. 4, 2018, p. 47 ss.

[882] Per la chiara consapevolezza di ruolo e limiti della giurisprudenza in materia v., da ultimo, le riflessioni di magistrati del lavoro di ogni ordine e grado raccolte in A. Ciriello (a cura di), *Giudici e cambiamenti del diritto del lavoro*, in DLM, Quad. N. 5, 2018.

[883] R. De Benedetti, *Weber, fuori dalla gabbia*, in *Avvenire* dell'8 novembre 2018.

La Corte costituzionale n. 194/2018 ridisegna le tutele economiche per il licenziamento individuale ingiustificato nel "Jobs Act", e oltre*

Maria Teresa Carinci

1. Il "cuore" della pronuncia. 295

2. Le premesse: il principio di giustificazione del licenziamento è espressione necessaria del diritto fondamentale della persona al lavoro, mentre il tipo di tutela da accordare al licenziamento ingiustificato è demandato alla scelta discrezionale del legislatore. 298

3. Funzione e natura dell'indennità prevista per il licenziamento ingiustificato dall'art. 3, c. 1, d.lgs. 23/2015: un nodo difficile da sciogliere. 300

4. Il criterio di calcolo dell'anzianità di servizio contrasta con il principio di uguaglianza. "Personalizzazione" del danno e criteri interpretativi ricavabili dal sistema. 303

5. La forfettizzazione del danno è conforme a Costituzione, ma l'anzianità di servizio non può costituire l'unico parametro, pena l'irragionevole sbilanciamento fra diritto al lavoro e libertà d'iniziativa economica privata. 304

6. Il limite massimo dell'indennità è conforme al principio di ragionevole bilanciamento fra diritto al lavoro e libertà di iniziativa economica privata? Una affermazione apodittica. 305

7. Risarcimento forfettizzato, danno non patrimoniale ed "onnicomprensività" dell'indennità. 306

8. Le modalità di calcolo dell'indennità contrastano con il principio di ragionevolezza che impone una "adeguata" dissuasione del datore di lavoro dal recesso ingiustificato. 307

9. L'art. 3 c. 1 d.lgs. 23/2015 a confronto con l'art. 24 CSE. L'autorevolezza, ma non vincolatività delle decisioni del CEDS. 308

10. L'impatto della sentenza sul sistema di tutela del licenziamento approntate dal cd. "Jobs Act", e oltre. 311

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 378/2018

1. Il "cuore" della pronuncia.

Con l'importante sentenza n. 194/2018, che qui si analizza, la Corte costituzionale ridisegna il sistema delle tutele economiche previste dal cd "Jobs Act" in caso di licenziamento individuale ingiustificato.

In verità la pronuncia dichiara incostituzionale solo[884] l'art. 3, c. 1, d.lgs. 23/2015 nella parte in cui fissa il sistema di calcolo dell'indennità per il licenziamento ingiustificato senza estendere le sue valutazioni ad altre norme del d.lgs. 23/2015 che utilizzano le stesse modalità di calcolo, in quanto non rilevanti nel procedimento *a quo* o non sottoposte al suo giudizio. È chiaro però che la decisione è destinata ad avere in prospettiva un importante impatto di sistema sull'intero impianto del d.lgs. 23/2015, se non addirittura sull'intera disciplina dei licenziamenti (cfr. § 10).

Partendo dalla fine, il Giudice delle leggi ha dichiarato incostituzionale, per contrasto con gli artt. 3, 4, c. 1 e 35, c. 1, Cost., nonché con gli artt. 76 e 117, c. 1, Cost. in relazione all'art. 24 della Carta Sociale Europea (CSE), l'art. 3, c. 1, d.lgs. 23/2015 nella parte in cui fissa un meccanismo uniforme, rigido ed automatico per il calcolo dell'indennità prevista per il licenziamento ingiustificato (*i.e.* carente di giusta causa, giustificato motivo soggettivo o oggettivo) dei lavoratori assunti a decorre dal 7 marzo 2015 ed estende il suo giudizio dal testo originario della norma scrutinata a quello successivamente modificato dal d.l. 87/2018 (cd. Decreto Dignità) conv. in l. 96/2018.

Com'è noto, il d.lgs. 23/2015, in conformità alle indicazioni della l. delega 183/2014[885], non solo ha eletto la tutela economica a tutela regolare in caso di licenziamento viziato, ma ha altresì indi-

---

[884] Il Tribunale di Roma, con l'ordinanza del 26 luglio 2017, aveva sollevato dubbi di costituzionalità con riferimento anche ad altre norme del d.lgs. 23/2015, ma la Corte le ha ritenute inammissibili, alcune perché non rilevanti nel giudizio *a quo* (con riferimento all'art. 2, all'art. 3, c. 2 e 3, e all'art. 4 d.lgs. 23/2015), altre in ragione del difetto di motivazione sulla rilevanza e la "non manifesta infondatezza" (art. 3, c, 3, d.lgs. 23/2015), altre ancora a causa del difetto di motivazione circa la "non manifesta infondatezza" (art. 1, c. 7, lett. c, l. 183/2014).
Per difetto di motivazione sulla non manifesta infondatezza è altresì valutato inammissibile il quesito di illegittimità proposto con riferimento all'art. 1, 7 c., l. 183/2014.
La Corte dichiara inammissibile la questione di legittimità costituzionale dell'art. 3, 1 c., d.lgs. 23/2015, sollevata con riferimento agli art. 76 e 117, c. 1, Cost. in relazione all'art. 10 della Conv. ILO 158/1982, per la decisiva ragione che tale Convenzione non è stata ratificata dall'Italia e pertanto non può ritenersi vincolante. Tuttavia, la pronuncia attribuisce poi un rilievo alla Convenzione quale "parametro" interpretativo dell'art. 24 CSE (cfr. punto 14 del Considerato).
Viceversa, altre questioni proposte dall'ordinanza del Tribunale di Roma sono state respinte dalla Corte perché ritenute non fondate. Esse, che non verranno qui esaminate *funditus*, riguardano l'illegittimità costituzionale della norma per contrasto con il principio di uguaglianza, perché tutela i lavoratori assunti dopo il 7 marzo 2015 in modo ingiustificatamente deteriore rispetto a quelli assunti, nella stessa azienda, prima della stessa data; per violazione del principio di uguaglianza perché tutela i lavoratori privi di qualifica dirigenziale in modo deteriore rispetto ai dirigenti (in tema cfr. S. GIUBBONI, *Profili costituzionali del contratto di lavoro a tutele crescenti*, in CSDLE, 246/2015; V. SPEZIALE, *Il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti tra law and economics e vincoli costituzionali*, *ibidem*, 259/2015).
La Corte ritiene del pari non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 3, c. 1, d.lgs. 23/2015 sollevata con riferimento agli artt. 76 e 117, c. 1, Cost., per il tramite del parametro interposto costituito dall'art. 30 CDFUE (in tema M. PEDRAZZOLI, *Tutela dei lavoratori in caso di licenziamento ingiustificato*, in R. MASTROIANNI, O. POLLICINO, S. ALLEGREZZA, F. PAPPALARDO, O. RAZZOLINI, (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, Giuffrè, 2017, 570 ss. ove riferimenti alla dottrina; P. CHIECO, *Riforme "strutturali" del mercato del lavoro e diritti fondamentali dei lavoratori nel quadro giuridico europeo,* in *GDLRI*, 2015, 359 ss.; G. ORLANDINI, *La tutela contro il licenziamento ingiustificato nell'ordinamento dell'Unione Europea*, in *GDLRI*, 2012, 620 ss.).
[885] Cfr. art. 1, c. 7, lett. c, l. 183/2014 ai sensi del quale il Governo era delegato ad adottare uno o più decreti legislativi nel rispetto del seguente principio e criterio direttivo: "previsione, per le nuove assunzioni, del contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti in relazione all'anzianità di servizio, escludendo per i licenziamenti economici la possibilità di reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro, prevedendo un indennizzo economico certo e crescente con l'anzianità di servizio e limitando il diritto alla reintegrazione ai

viduato parametri fissi per il calcolo e limiti minimi e massimi invalicabili con riferimento all'ammontare dell'indennità dovuta al lavoratore. Tale scelta ha coinvolto *in primis* il licenziamento ingiustificato: l'art. 3 c. 1 d.lgs. 23/2015 prevedeva in origine che l'indennità dovesse corrispondere ad un "importo pari a due mensilità dell'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto, per ogni anno di servizio" del lavoratore, fra un minimo di 4 ed un massimo di 24 mensilità; in seguito il d.l. 87/2018 (cd. Decreto Dignità) ha sì modificato la norma, ma solo con riferimento all'importo minimo (innalzandolo da 4 a 6 mensilità) e massimo (innalzandolo da 24 a 36 mensilità) dell'indennità medesima, senza incidere sul meccanismo di calcolo.

La Corte, trovatasi a valutare la legittimità costituzionale dell'art., 3, c. 1, d.lgs. 23/2015 dopo le modifiche ad esso apportate dal cd. Decreto Dignità compie una duplice operazione, al contempo "restrittiva" ed "estensiva": da un lato, infatti, *restringe il quesito di costituzionalità* a quello che ha ritenuto essere il "cuore delle doglianze" sollevate dal giudice remittente - e cioè appunto "il meccanismo di determinazione dell'indennità configurato dalla norma censurata" - escludendo da esso "il quantum della soglia minima e massima entro cui può essere stabilita l'indennità"[886]; dall'altra, in virtù di tale interpretazione (può estendere ed in effetti) *estende la dichiarazione di incostituzionalità* dalla versione originaria dell'art. 3, c.1, d.lgs. 23/2015 a quella successivamente modificata dal cd Decreto Dignità.

Chi scrive ritiene discutibile l'operazione "restrittiva" compiuta dalla Corte: l'ordinanza del giudice remittente poneva chiaramente al Giudice delle leggi anche la questione di legittimità costituzionale dei limiti dell'indennità, se non altro con riferimento al parametro interposto costituito dall'art. 24 CSE[887].

Proprio questo percorso argomentativo permette in ogni caso al Giudice delle leggi, senza rinviare gli atti al giudice *a quo*, di valutare la questione sottoposta al suo giudizio ed estendere la dichiarazione d'incostituzionalità ad entrambe le versioni dell'art. 3, c. 1, d.lgs. 23/2015.

Prima di procedere alla valutazione nel merito del quesito così circoscritto, la Corte ricostruisce i contorni della tutela economica prevista dall'art. 3, c. 1, d.lgs. 23/2015: il meccanismo rigido ed uniforme di quantificazione, collegato alla sola anzianità di servizio del lavoratore; i limiti minimo (4 poi 6 mensilità) e massimo (24 poi 36 mensilità), che segnano i confini insuperabili del meccanismo di quantificazione; la non incrementabilità degli importi risultanti dall'applicazione di quel meccanismo ("onnicomprensività" dell'indennità)[888].

Il Giudice delle leggi chiarisce, poi, che l'indennità prevista dalla norma riveste duplice funzione e duplice natura: una, prioritaria, di carattere risarcitorio ed un'altra, secondaria, di carattere deterrente.

---

licenziamenti nulli e discriminatori e a specifiche fattispecie di licenziamento disciplinare ingiustificato, nonché prevedendo termini certi per l'impugnazione del licenziamento".

[886] Cfr. punto 3 del Considerato.

[887] Cfr. T. Roma, 26 luglio 2017, *cit*., nella quale con riferimento all'art. 24 CSE si legge "Ne deriva che, in linea di principio qualsiasi limite risarcitorio che precluda una compensazione commisurata alla perdita subita e sufficientemente dissuasiva è in contrasto con la Carta".

[888] Cfr. punto 10 del Considerato: "Nonostante il censurato articolo 3, comma 1 - diversamente dal vigente art. 18, quinto comma, della legge n. 300 del 1970 - non definisca l'indennità 'onnicomprensiva' è in effetti palese la volontà del legislatore di predeterminare compiutamente le conseguenze del licenziamento illegittimo, in conformità al principio e criterio direttivo dettato dalla legge di delegazione di prevedere un indennizzo economico 'certo' ".

Tale assunto conduce inevitabilmente la Corte ad operare una doppia valutazione di legittimità costituzionale dell'indennità, prima nella sua veste di rimedio risarcitorio e poi dissuasivo-sanzionatorio.

L'analisi successiva, condotta in modo parallelo e variamente intrecciato con riferimento alle due "anime" della tutela economica, porta la Corte a ritenere la norma che la contempla, nella parte in cui disciplina il meccanismo di calcolo dell'indennità di licenziamento, non conforme né al principio di uguaglianza (art. 3 Cost.), né idonea a realizzare quel "ragionevole" bilanciamento fra diritto al lavoro (artt. 3, 4, c. 1, e 35, c. 1, Cost.) e libertà di iniziativa economica privata imposto dalla Carta costituzionale e, per suo tramite, dal diritto internazionale (artt. 117, c. 1, e 76 Cost. in relazione alla norma interposta costituita dall'art. 24 CSE).

Il parametro prescelto infatti, costituito dall'anzianità di servizio del lavoratore – in quanto *uniforme* per tutti i dipendenti, a prescindere dalla loro particolare situazione personale, e *rigido e per ciò incongruo rispetto alla duplice finalità perseguita* –, non è in grado né di garantire un "personalizzato"[889] ed "adeguato" ristoro del danno effettivamente patito dal lavoratore[890] né di costituire "adeguato" strumento di dissuasione per il datore di lavoro dal commettere l'illecito[891].

Secondo la Corte, viceversa, è conforme a Costituzione il limite massimo delle 24 mensilità (poi divenute 36 con il cd. "Decreto Dignità") fissato dalla norma all'importo dell'indennità, considerata nella sua prioritaria dimensione risarcitoria, in quanto sotto questo aspetto essa attua – ma l'affermazione è apodittica – un "adeguato" contemperamento degli interessi in conflitto[892]. L'affermazione, peraltro non necessaria nell'economia della decisione, che già *in apicibus* aveva circoscritto il proprio intervento alle sole modalità di calcolo dell'indennità, non appare condivisibile, proprio perché, come si dirà, immotivata.

In conclusione, l'art. 3, c. 1, d.lgs. 23/2015 è dichiarato incostituzionale limitatamente alle parole "di importo pari a due mensilità dell'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto per ogni anno di servizio". Si aggiunge poi – ai sensi della motivazione - che, nell'intervallo fra i limiti minimo e massimo fissati dalla legge, spetta al giudice quantificare l'importo dell'indennità, tenendo conto "innanzitutto dell'anzianità di servizio - criterio che è prescritto dall'art. 1, c. 7, lett. c), della legge 183 del 2014 e che ispira il disegno riformatore del d.lgs. 23 del 2015 – nonché degli altri criteri (...) desumibili in chiave sistematica dall'evoluzione della disciplina limitativa dei licenziamenti (numero dei dipendenti occupati, dimensioni dell'attività economica, comportamento e condizioni delle parti)"[893].

Ne consegue pertanto la flessibilizzazione dell'indennità prevista dall'art. 3, c. 1, d.lgs. 23/2015 per il licenziamento ingiustificato posto in essere dai datori di lavoro di maggiori dimensioni, poiché, grazie alla pronuncia in esame, l'importo di tale indennità non è più oggi predeterminato in modo fisso dalla legge, ma demandato ad una valutazione discrezionale del giudice, sulla base di definiti criteri enucleabili dal sistema, all'interno di un *range* che va dal minimo di 6 ad un massimo di 36 mensilità di retribuzione.

---

[889] Cfr. punto 11 del Considerato.

[890] Cfr. punti 12, 13 e 14 del Considerato.

[891] Cfr. punti 12, 13 e 14 del Considerato.

[892] Cfr. punto 12.1 del Considerato.

[893] Cfr. punto15; v. anche punto 11 del Considerato.

Viene così smantellato dalla Corte, proprio per il suo insuperabile contrasto con i principi costituzionali, il meccanismo previsto dal d.lgs. 23/2015, in ossequio alle indicazioni della l. delega (art. 7, c. 1, lett. c, l. 183/2014), per conferire "certezza" all'importo economico conseguente al licenziamento ingiustificato.

La prima conseguenza prevedibile, in punto di fatto, è che d'ora in poi, nell'applicare l'art. 3, c. 1, d.lgs. 23/2015, i giudici tenderanno a liquidare, mediamente, somme più alte rispetto a quelle derivanti dal calcolo imposto dalla norma dichiarata incostituzionale. Assicurare al lavoratore una tutela economica "personalizzata" ed "adeguata" sia a ristorare il danno patito (*funzione riparatoria*), che a scoraggiare atti illeciti (*rectius*: illegittimi) del datore di lavoro (*funzione dissuasiva*) appare del resto la ragione e l'obbiettivo della pronuncia d'incostituzionalità.

2. Le premesse: il principio di giustificazione del licenziamento è espressione necessaria del diritto fondamentale della persona al lavoro, mentre il tipo di tutela da accordare al licenziamento ingiustificato è demandato alla scelta discrezionale del legislatore.

La pronuncia muove da due premesse che, come precisato in motivazione[894], segnano le coordinate di fondo del bilanciamento imposto dalla Costituzione (art. 3 Cost.) in tema di recesso datoriale fra diritto al lavoro da un lato (artt. 4, c. 1, e 35, c. 1, Cost.) e libertà d'iniziativa economica privata dall'altro (art. 41 c. 1 Cost.): la giustificazione dell'atto e le tutele previste in caso di carenza di giustificazione. Coordinate relativamente alle quali la Corte chiarisce quali siano il fondamento ed i vincoli imposti dalla Costituzione.

Quanto alla prima, la Consulta riafferma, in linea di continuità con un orientamento ormai consolidato[895], che il principio di giustificazione del licenziamento ha fondamento costituzionale[896].

In origine, in verità, la Corte aveva demandato integralmente alla legge l'individuazione del bilanciamento imposto dalla Carta fondamentale in tema di licenziamento, inclusa la previsione di un eventuale obbligo di giustificazione del recesso del datore, e per questa ragione si era limitata solo ad esortare il legislatore ordinario ad introdurre "opportuni temperamenti nei casi in cui si renda necessario far luogo a licenziamenti"[897]. Da tempo, però, il Giudice delle leggi ha statuito che la regola di necessaria giustificazione integra il nucleo minimo insopprimibile del diritto, di rilievo costituzionale, alla "stabilità" del lavoro[898].

La pronuncia in commento ribadisce con forza questo assunto: "L'affermazione sempre più netta del "diritto al lavoro" (art. 4 c. 1 Cost.), affiancata alla "tutela" del lavoro "in tutte le sue forme e applicazioni" (art. 35 c. 1 Cost.) si sostanzia nel riconoscere, fra l'altro, che i limiti posti al potere

---

894 Cfr. V. *incipit* del punto 10 del Considerato.

895 Sul punto cfr. L. NOGLER, *La disciplina dei licenziamenti individuali all'epoca del bilanciamento tra "principi" costituzionali*, in *GDLRI*, 2007, 611 ss.; se vuoi anche M.T. CARINCI, *L'obbligo di ripescaggio nel licenziamento per giustificato motivo oggettivo di tipo economico alla luce del Jobs Act*, in *RIDL*, 2017, I, specie 218 ss.

896 Cfr. punto 9.1 del Considerato.

897 Così C. Cost. 26 maggio 1965, n. 45, punto 4. Nello stesso senso cfr., senza pretesa di completezza, C. Cost. 18 dicembre 1970, n. 194; C. Cost., 15 luglio 1971, n. 174; C. Cost. 22 giugno 1972, n. 121; C. Cost. 19 maggio 1976, n. 129; C. Cost. 16 dicembre 1980, n. 189; C. Cost. 14 gennaio 1983, n. 15; C. Cost. 8 gennaio 1986, n. 2; C. Cost. 9 novembre 2011, n. 303.

898 Cfr. C. Cost. 3 febbraio 2000, n. 46; C. Cost. 27 novembre 2000, n. 541; C. Cost. 30 gennaio 2003, n. 41; C. Cost., ord., 10 febbraio 2006, n. 56.

di recesso del datore di lavoro correggono un disequilibrio di fatto esistente nel contratto di lavoro. Il forte coinvolgimento della persona umana – a differenza di quanto accade in altri rapporti di durata – qualifica il diritto al lavoro come diritto fondamentale, cui il legislatore deve guardare per apprestare specifiche tutele"[899].

Per la Corte il principio di giustificazione, in quanto costituisce attuazione *necessaria* del diritto fondamentale della persona al lavoro, è pienamente partecipe di quella stessa natura. Né si può immaginare che l'ordinamento possa ammettere - senza tradire l'imperativo costituzionale di protezione del "diritto fondamentale della persona al lavoro" - obblighi di giustificazione più ristretti e circoscritti di quelli oggi previsti dalla legge. Infatti, non solo le causali giustificative del licenziamento poste dalla normativa italiana (art. 2119 c.c. e art. 3 l. 604/1966), sono in linea con quelle dei principali ordinamenti europei[900] e proprie dell'ordinamento internazionale (art. 24 CSE; Conv. ILO 158/1982[901]), ma soprattutto quelle ragioni assicurano sempre la realizzazione (gc, gms e gmo di tipo personale)[902] ed addirittura la totale prevalenza (gmo di tipo economico) del genuino interesse tecnico-organizzativo[903] del datore di lavoro[904] (interesse che chi scrive ha altrove definito come "interesse a disporre dell'organizzazione").

La seconda premessa da cui muove il Giudice delle leggi concerne i vincoli costituzionali in merito al tipo di tutela da riconoscere in caso di licenziamento ingiustificato. Al riguardo, seguendo un orientamento ormai consolidato, la sentenza ribadisce che la scelta fra tutela restitutoria e tutela economica è rimessa alla decisione discrezionale del legislatore ordinario[905]. Per la Corte, dunque, l'opzione di fondo del d.lgs. 23/2015 - che pone al centro del sistema la tutela economica e relega ad eccezione la tutela reintegratoria - è di per sé conforme a Costituzione. "Il legislatore – si legge infatti in motivazione - ben può, nell'esercizio della sua discrezionalità, prevedere un meccanismo di tutela anche solo risarcitorio-monetario"[906]. Ma, precisa subito la pronuncia, "purché un tale meccanismo si articoli nel rispetto del principio di ragionevolezza"[907] e, come si vedrà, di uguaglianza.

---

[899] Cfr. punto 9.1. del Considerato. Già C. Cost. 9 giugno 1965, n. 45 riferendosi all'art. 4, c. 1 Cost. parla di "diritto fondamentale della persona al lavoro".

[900] Cfr. i contributi raccolti nel volume M. PEDRAZZOLI (a cura di), *Le discipline dei licenziamenti in Europa*, Franco Angeli, 2014.

[901] La Conv. ILO 158/1982, sebbene non ratificata dall'Italia costituisce importante criterio interpretativo per dotare di contenuti il diritto fondamentale di giustificazione del licenziamento. (Cfr. le condivisibili osservazioni di G. ORLANDINI, *La tutela contro il licenziamento ingiustificato nell'ordinamento dell'Unione Europea*, cit., 625. Per un commento alla Convenzione mi sia permesso rinviare a M.T. CARINCI, *ILO Convention 158*, in E. ALES, M. BELL, O. DEINERT, S. ROBIN-OLIVER, (a cura di), *International and European Labour Law*, Nomos, 2018,1149 ss.).

[902] È opinione condivisa che gc, gms e gmo di tipo personale inglobano in sé ipotesi che secondo i principi civilistici costituirebbero figure di risoluzione del contratto, cfr. M. NAPOLI, *La stabilità reale del rapporto di lavoro*, Franco Angeli, 1980, 222 s. e 385 ss.

[903] Interesse, che chi scrive ha altrove definito come "interesse a disporre dell'organizzazione", cfr. se vuoi M.T. CARINCI, *Il rapporto di lavoro al tempo della crisi: modelli europei e flexicurity "all'italiana" a confronto*, in *GDLRI*, 2012, 555.

[904] Per la considerazione che gc, gms e gmo danno sempre e comunque rilievo all'interesse datoriale a disporre dell'organizzazione cfr. se vuoi M.T. CARINCI, *Il licenziamento discriminatorio e o "per motivo illecito determinante" alla luce dei principi civilistici: la causa del licenziamento quale atto unilaterale fra vivi a contenuto patrimoniale,* in *RGL*, 2012, I, 647 s. e con riferimento specifico al gmo di tipo economico EAD., *L'obbligo di "ripescaggio" nel licenziamento per giustificato motivo oggettivo di tipo economico alla luce del Jobs Act*, cit.

[905] Cfr. fra le altre C. Cost. 18 dicembre 1974, n.194; C. Cost. 6 marzo 1974, n. 55; C. Cost. 8 luglio 1975, n. 189; C. Cost., 19 maggio 1976, n. 129; C. Cost., 8 gennaio 1986, n. 2; C. Cost. 3 febbraio 2000, n. 46; C. Cost. ord. 10 febbraio 2006, n. 56; C. Cost. 9 novembre 2011, n. 303.

[906] Cfr. punto 9.2. del Considerato.

[907] Cfr. sempre punto 9.2. del Considerato.

Questo l'interrogativo: quale tutela economica realizza un ragionevole bilanciamento fra diritto al lavoro e libertà d'impresa? quale tutela economica realizza una tutela uniforme di situazioni uniformi e una tutela difforme di situazioni difformi?

Per rispondere è necessario prima di tutto chiarire la funzione e la natura dell'indennità disciplinata dall'art. 3, c. 1, d.lgs. 23/2015.

3. Funzione e natura dell'indennità prevista per il licenziamento ingiustificato dall'art. 3, c. 1, d.lgs. 23/2015: un nodo difficile da sciogliere.

La Corte, al fine di valutare la conformità a Costituzione dell'indennità prevista dall'art. 3 c. 1 d.lgs. 23/2015, si interroga innanzitutto - e a ragione - sulla funzione e sulla natura di tale corresponsione economica. Stabilire, in effetti, se un importo monetario rispetti i principi costituzionali e bilanci ragionevolmente quelli fra loro in conflitto dipende dalla funzione e dalla conseguente natura ad esso attribuita dalla legge: solo dopo averne definito la cornice giuridica è possibile capire quali siano i principi costituzionali rilevanti e, di conseguenza, valutare se i criteri di determinazione della somma da riconoscere al lavoratore siano conformi al quadro costituzionale.

Il legislatore, in via di principio, nel sistema posto dal "Jobs Act" avrebbe potuto scegliere di attribuire funzioni diverse alla corresponsione economica collegata al licenziamento privo delle ragioni giustificatrici, a seconda che considerasse il recesso datoriale ingiustificato nella prospettiva del contratto di lavoro su cui incide oppure valutasse il licenziamento ingiustificato nella sua veste di atto unilaterale di esercizio di un potere giuridico o, ancora, avesse dato rilievo simultaneamente ad entrambi i profili.

Dall'angolo visuale del contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato, l'atto di licenziamento ingiustificato costituisce un atto di recesso datoriale *contra legem*, che tuttavia - giusta la previsione dell'art. 3 c. 1 d.lgs. 23/2015 - è comunque idoneo a interrompere il rapporto, pregiudicando così l'interesse del lavoratore all'adempimento della controparte. Osservato da questo angolo visuale, il licenziamento ingiustificato è ragione di danni, sicuramente patrimoniali (le retribuzioni non percepite, il danno alla professionalità) ed eventualmente anche non patrimoniali. La corresponsione economica considerata in questa prospettiva rivestirebbe, dunque, una funzione prioritariamente risarcitoria.

Dall'angolo visuale della relazione potere-soggezione, l'atto di licenziamento ingiustificato costituisce, invece, un atto unilaterale di esercizio di un potere giuridico di supremazia in violazione di limiti[908], posti dalla legge per due ragioni: in primo luogo per circoscriverne l'utilizzo – *in diritto* - da parte del datore di lavoro in vista di specifiche e predefinite finalità, giudicate conformi all'ordinamento (appunto: gc, gms e gmo) e così proteggere l'interesse del lavoratore alla stabilità dell'occupazione; in secondo luogo per scongiurare che – *di fatto*: per il timore di perdere l'occupazione - un illimitato potere di licenziamento ponga a rischio l'esercizio da parte del lavoratore di altri diritti fondamentali costituzionalmente garantiti che si radicano nel rapporto di lavoro (di-

[908] È infatti opinione condivisa che il d.lgs. 23/2015 non abbia modificato le nozioni e la struttura della gc, del gms e del gmo. Cfr. però per le modifiche in seguito apportate alla struttura del gmo del nuovo art. 2103 c.c., se vuoi, M.T. CARINCI, *L'obbligo di ripescaggio nel licenziamento per giustificato motivo oggettivo di tipo economico alla luce del Jobs Act*, cit.

ritto di libertà religiosa, sindacale, politica ecc.). Da questo punto di vista, il licenziamento ingiustificato è atto di esercizio di un potere giuridico *contra legem.* La tutela economica ad esso connessa potrebbe svolgere dunque, in questa prospettiva, una funzione più prettamente deterrente-sanzionatoria se non squisitamente sanzionatoria[909].

È pertanto chiaro che, se quelle appena descritte sono le scelte in astratto possibili nel sistema del "Jobs Act", la funzione e la natura dell'indennità in parola dipendono più specificamente dall'assetto degli interessi prescelto dall'art. 3, c. 1, d.lgs. 23/2015.

Ed è proprio nell'indagare il significato dell'art. 3, c. 1, d.lgs. 23/2015 che la Corte si è trovata di fronte un problema interpretativo difficile da sciogliere: da una parte, infatti, il generico termine "indennità" utilizzato dalla disposizione scrutinata non fornisce alcuna indicazione utile[910]; dall'altra, i due criteri di calcolo da essa individuati risultano incongruenti rispetto sia all'una che all'altra funzione menzionata: nella prospettiva risarcitoria, il riferimento alla retribuzione sarebbe coerente con l'obiettivo di ristorare il danneggiato, ma la sua portata viene annullata dal moltiplicatore, costituito dalla anzianità di servizio del lavoratore, incapace di per sè[911] di intercettare il danno patito dalla vittima; in terzo luogo sotto il profilo deterrente-sanzionatorio, entrambi i parametri risultano totalmente inconferenti rispetto allo scopo di dissuadere il datore che ha posto in essere l'atto *contra legem*, non riuscendo quei criteri né a calibrare l'importo economico in base alla gravità della violazione, né a modularlo in relazione alle capacità economiche del trasgressore[912].

Sono quindi evidenti, alla luce di queste osservazioni, le difficoltà interpretative che la Corte ha dovuto affrontare.

---

[909] In linea astratta il legislatore avrebbe anche potuto far ricorso alla figura dei cd. danni punitivi (cfr. G. PONZANELLI, *I danni punitivi*, in P. SIRENA (a cura di), *La funzione deterrente della responsabilità civile*, Giuffrè, 2011, 319 ss.; F. GALGANO, *Alla ricerca delle sanzioni civili indirette: premesse generali*, in *Contr. Impr.*,1987, 531 ss.) astrattamente ammissibili nel nostro sistema (v. in giurisprudenza Cass. S.U, 5 luglio 2017, n. 1660, in merito alla quale cfr. G. PONZANELLI, *Le decisioni delle sezioni Unite: cambierà qualcosa nel risarcimento del danno ?*, in *RDC*, 2018, 1, 300 ss.; ID., *Le Sezioni Unite sui danni punitivi tra diritto internazionale privato e diritto interno*, in *NLCC*, 10/2017, 1413 ss.; E. GABRIELLI, A. FEDERICO (a cura di), *I danni punitivi dopo la sentenza delle Sezioni Unite*, in *GI*, 2018, 2274 ss.; C. VACCÀ, *Le Sezioni Unite ed i punite damages: una significativa circolazione di un modello?*, in *Lav. dir. Europa*, 1/2017, 1 ss.), purché espressamente previsti dalla legge (cfr. M. SESTA, *Risarcimenti punitivi e legalità costituzionale*, in *RDC*, 2018, 305 ss.).
Tuttavia, i cd. danni punitivi sono caratterizzati dal fatto di essere "ultracompensativi" rispetto al danno o comunque sganciati dal danno sofferto dalla vittima, oltre che calibrati sul comportamento del danneggiante, anziché sul pregiudizio sofferto dal danneggiato. Tali caratteristiche sono, entrambe, completamente estranee al dettato dell'art. 3, c. 1, d.lgs. 23/2015, che invece, come esplicitato nel testo, da un lato prende a parametro la retribuzione del lavoratore, ma dall'altra gli attribuisce una somma statisticamente quasi sempre inferiore al danno effettivamente patito. Per una ipotesi di liquidazione di danni punitivi nel diritto del lavoro T. Bergamo, 30 marzo 2018, in *GI,* 2018, 2191 ss. con nota di M. BIASI, *Il caso Ryanair e l'ingresso del "danno punitivo" nel diritto del lavoro*.

[910] Cfr. punto 10 del Considerato.

[911] Il parametro dell'anzianità di servizio è incapace di intercettare il danno effettivamente patito dal lavoratore se considerato isolatamente, non invece se utilizzato in connessione con altri indicatori. È dato di comune esperienza, infatti, che il lavoratore con maggiore anzianità (anagrafica e di servizio) - statisticamente - ha più difficoltà a trovare una nuova occupazione e dunque da questo punto di vista è maggiormente esposto a subire danni di natura patrimoniale, in caso di licenziamento ingiustificato.

[912] Chi scrive non pensa che la portata squisitamente sanzionatoria dell'indennità possa essere tratta - prescindendo dal dettato dell'art. 3, c. 1 - dall'impianto complessivo del d.lgs. 23/2015. Il "Jobs Act" infatti calibra le tutele non sulla colpa del soggetto che pone in essere l'atto illecito, ma sul tipo di patologia che affligge l'atto unilaterale di esercizio del potere. Per la prospettiva qui non condivisa con riferimento all'art. 18 St.lav. come modificato dalla l. 92/2012, cfr. A. MARESCA, *Il nuovo regime sanzionatorio per il licenziamento illegittimo*, in *RIDL*, 2012, I, 415 ss.

Neppure la dottrina, del resto, è riuscita a definire la questione, attribuendo all'indennità ora funzione risarcitoria[913], ora funzione sanzionatoria[914], ora entrambe[915].

Di fronte a questa *impasse*, la pronuncia riconosce all'indennità entrambe le funzioni, risarcitoria e dissuasivo-sanzionatoria, attribuendo tuttavia priorità alla prima: "Si tratta di una tutela non specifica *dell'interesse del lavoratore all'adempimento del contratto di lavoro a tempo indeterminato* - la reintegrazione, infatti, è preclusa - ma per equivalente e, quindi, soltanto economica"[916] (corsivo dell'A.).

In effetti una lettura attenta dell'art. 3 c. 1 d.lgs. 23/2015 mostra che la tutela economica voluta dalla legge è conseguenza *in primis* dell'interruzione *contra legem* del contratto. La norma prevede infatti testualmente che: "nei casi in cui risulta accertato che non ricorrono gli estremi del licenziamento per giustificato motivo oggettivo e per giustificato motivo soggettivo o giusta causa, *il giudice dichiara estinto il rapporto (…) e condanna il datore di lavoro al pagamento di una indennità* (...)" (corsivo dell'A.).

La posizione della Corte appare in definitiva condivisibile: il dato letterale denota, infatti, che il legislatore ha voluto considerare l'indennità prioritariamente come conseguenza dell'atto interruttivo *contra legem* del contratto di lavoro. La funzione dissuasiva costituisce solo una conseguenza secondaria del risarcimento del danno patito dal lavoratore[917], a fronte di un recesso che è pur sempre al contempo un atto unilaterale illecito (*rectius*: illegittimo).

Si osservi, inoltre, che il percorso seguito permette al Giudice delle leggi di mantenere l'indennità all'interno dei limiti minimo e massimo fissati dalla legge (cfr. § 6). Risultato che, infatti, non sarebbe possibile se, al contrario, - senza peraltro alcun riferimento normativo - la pronuncia avesse attribuito all'indennità funzione dissuasivo-sanzionatoria: in tal caso il lavoratore avrebbe necessariamente conservato, in ossequio ai principi costituzionali (artt. 3, 4 e 35 Cost.), il diritto *all'integrale* risarcimento del danno al di fuori dei confini dell'indennità sanzionatoria prevista dalla legge.

La sentenza riconduce in definitiva la portata della tutela economica di cui all'art. 3 c. 1 d.lgs. 23/2015 nel solco della riflessione che ha interessato tanto l'"indennità risarcitoria" prevista

---

913 Cfr. V. FILÌ, *Tutela risarcitoria e indennitaria: profili qualificatori, previdenziali e fiscali,* in E. GHERA, D. GAROFALO (a cura di), *Le tutele per i licenziamenti e per la disoccupazione involontaria nel Jobs Act 2*, Cacucci, 2015, 206. Di "indennità risarcitoria" parla M. TATARELLI, *Il licenziamento individuale e collettivo. Lavoro privato e pubblico*, Wolter Kluwer- Cedam, 2015, 529; R. VIANELLO, *Il licenziamento illegittimo nel contratto a tutele crescenti: il nuovo parametro di determinazione del risarcimento*, in *RIDL*, 2018, I, 76.

914 Per M.G. MATTAROLO, *Le conseguenze risarcitorie o indennitarie del licenziamento illegittimo*, in F. CARINCI, C. CESTER (a cura di), *Il licenziamento all'indomani del d.lgs. n. 23/2015*, Adapt University Press, 130 l'indennità ha funzione prevalentemente sanzionatoria.

915 Cfr. C. CESTER, *Le tutele*, in E. GRAGNOLI (a cura di), L'estinzione del rapporto di lavoro subordinato, in F. CARINCI, M. PERSIANI, (diretto da), *Trattato di diritto del lavoro*, V, Wolter Kluwer-Cedam, 2017, 1125 che ritiene l'indennità "polifunzionale, diretta ora a fini puntivi ora a fini restitutori e rimediali delle conseguenze (illecito licenziamento) indiscutibilmente produttivo di danno"; cfr. altresì E. TARQUINI, *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo,* in G. ZILIO GRANDI, M. BIASI (a cura di), *Commentario breve alla riforma del Jobs Act,* Wolter Kluwer-Iposa, 2016, 216 ss. Di "sanzione risarcitoria" parla G. VIDIRI, *Il licenziamento disciplinare nel primo decreto attuativo del Jobs Act tra luci e non poche ombre*, in *ADL*, 2015, 358.

916 Cfr. punto 10 del Considerato.

917 Del resto che la responsabilità civile svolga un ruolo polifunzionale è un dato ormai da tempo acquisito (vedi S. RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, Cedam, 1964, 41 ss.; più di recente P.G. MONATERI., *La responsabilità civile*, Utet, 2006, 19). Cfr. Cass. 5 luglio 2017, n. 16601, che afferma "può dirsi che accanto alla primaria funzione compensativo riparatoria dell'istituto (che immancabilmente lambisce la deterrenza) è emersa una natura polifunzionale" della responsabilità civile".

dall'art. 8, l. 604/1966[918] quanto l'"indennità risarcitoria onnicomprensiva" posta dall'art. 18 c. 5 St.lav.[919], come modificato dalla l. 92/2012, ritenute entrambe di natura esclusivamente o prevalentemente risarcitoria dalla dottrina maggioritaria.

4. Il criterio di calcolo dell'anzianità di servizio contrasta con il principio di uguaglianza. "Personalizzazione" del danno e criteri interpretativi ricavabili dal sistema.

La valorizzazione della dimensione risarcitoria dell'indennità permette alla Corte di dichiarare incostituzionale l'art. 3, c. 1, d.lgs. 23/2015 per contrasto con il principio di uguaglianza (art. 3 Cost.)[920].

La standardizzazione, infatti, del calcolo della indennità - ancorato all'unico criterio della anzianità di servizio del lavoratore - omologa in modo ingiustificato situazioni diverse: l'applicazione di quell'unico criterio comporta che lavoratori con pari anzianità di servizio, ma che, in connessione ad altre circostanze, abbiano sofferto danni diversi, percepiscano comunque un identico risarcimento[921].

A ragione dunque la Consulta - in linea con i propri precedenti[922] e nell'ottica di quella giurisprudenza che nega la possibilità di automatismi nel risarcimento di diritti fondamentali - ritiene imprescindibile, ai sensi dell'art. 3 Cost., la "personalizzazione" o "individualizzazione" dell'indennità, vista nella sua primaria funzione risarcitoria, al danno effettivamente subito da ciascun lavoratore.

La Corte tuttavia non si ferma qui: nel corpo della motivazione[923] indica i criteri, già insiti nel sistema, che il giudice deve utilizzare per calibrare il risarcimento del danno in base alla singola situazione concreta. Al riguardo la pronuncia richiama espressamente sia gli indici fissati dall'art. 8, l. 604/1966 - che si riferisce a "il numero dei dipendenti occupati, alle dimensioni dell'impresa, all'anzianità di servizio del prestatore di lavoro, al comportamento e alle condizioni delle parti" - sia a quelli indicati dall'art. 18, c. 5, St.lav. - che individua come parametro innanzitutto l'"anzianità del lavoratore" e precisa poi "tenuto conto del numero dei dipendenti occupati, delle dimensioni dell'attività economica, del comportamento e delle condizioni delle parti, con onere di specifica motivazione al riguardo". I parametri ricavabili dall'ordinamento, dunque, sono ampiamente convergenti, se non totalmente sovrapponibili. Si registra, anzi, una positiva evoluzione nella comparazione fra il parametro della mera "dimensione dell'impresa" di cui all'art. 8, l.

---

[918] Cfr. M. NAPOLI, *Licenziamenti*, in *DDP comm*., IX, 1993, 83 che parla di "danno forfettizzato"; in senso analogo P. SANDULLI, A. VALLEBONA, C. PISANI, *La nuova disciplina dei licenziamenti individuali*, Cedam, 1990, 51; D. NAPOLETANO, *Il licenziamento dei lavoratori alla stregua della nuova disciplina legislativa Legge 15 luglio 1966, n. 604*, Utet, 1967, 78; da ultimo M. TATARELLI, *Il licenziamento individuale e collettivo*, Wolter Kluwer-Cedam, 2015, 129.

[919] Cfr. C. CESTER, *Le tutele*, in E. GRAGNOLI (a cura di), *L'estinzione del rapporto di lavoro subordinato*, in M. PERSIANI, F. CARINCI, *Trattato di diritto del lavoro*, V, Utet, 881 ed ivi ulteriori riferimenti; cfr. anche V. SPEZIALE, *Giusta causa e giustificato motivo dopo la riforma dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori,* in *CSDLE*, 165/2012, 56.

[920] Punto 11 del Considerato.

[921] Si pensi per fare qualche esempio alle diverse conseguenze che il licenziamento può avere a seconda delle condizioni economiche del lavoratore (per es. la necessità di pagare un mutuo), alla difficoltà di ricerca di altra occupazione, alla importanza della continuità del lavoro per la "manutenzione" della professionalità ecc. Cfr. punto 11 del Considerato ove la Corte si riferisce ad un "dato di comune esperienza".

[922] Cfr. C. Cost. 16 ottobre 2014, n. 235; C. Cost 11 novembre 2011, n. 303.

[923] Cfr. punto 11; nonché punto 15 del Considerato.

604/1966 - che si riferisce ad un mero dato "quantitativo": il numero dei dipendenti - e quello più recente delle "dimensioni dell'attività economica" - che allude invece all'elemento "qualitativo" della capacità economica dell'impresa, che riassorbe in sé anche l'indicatore del mero numero dei lavoratori - parametro certo maggiormente in grado di dar conto della forza e solidità del datore di lavoro nello scenario economico-produttivo odierno.

La pronuncia fornisce, poi, un'ulteriore invito al giudice: "il giudice terrà conto innanzitutto del criterio dell'anzianità di servizio" in quanto "prescritto dall'art. 1 c. 7 lett. c), della legge n. 184 del 2014 e che ispira il disegno riformatore del d.lgs. 23 del 2014"[924], norma che, come detto, rimane in vita[925]. Una priorità da considerare di ordine logico - da un parametro il giudice dovrà pur partire! -, non di tipo qualitativo - relativa cioè all'importanza o al "peso" del criterio dell'anzianità -, pena sconfessare tutto l'impianto della decisione. Del resto, il criterio dell'anzianità è posto in primo piano anche dall'art. 18 St.lav., il che non ha impedito ai giudici di parametrare il risarcimento al danno effettivamente patito dal lavoratore.

Se secondo la Corte non esiste una lacuna normativa quanto ai criteri per calibrare l'indennità fra il minimo e il massimo previsti dalla legge - i parametri di riferimento sono già insiti nel sistema - rimane da valutare però se quei criteri siano da ritenere vincolanti per il giudice.

A parere di chi scrive la risposta deve essere positiva: la pronuncia della Corte solo dal punto di vista *formale* si presenta come una sentenza di accoglimento parziale, che si limita a caducare una parte della disposizione scrutinata, ma dal punto di vista *sostanziale* deve invece essere annoverata fra le sentenze additive di regola, adottate quando la soluzione normativa idonea a colmare la lacuna è implicita nell'ordinamento[926]. È evidente, infatti, che nella motivazione la Corte integra i criteri al dispositivo: "Il giudice *terrà conto* innanzitutto della anzianità di servizio (…) nonché degli altri criteri già prima richiamati, desumibili in chiave sistematica dalla evoluzione della disciplina limitativa dei licenziamenti (numero dei dipendenti occupati, dimensioni dell'attività economica e condizioni delle parti)" [927] (corsivo dell'A.). Ne consegue che il dispositivo vada letto alla luce della motivazione.

In definitiva il giudice deve applicare i criteri indicati dalla Corte, fornendone adeguata motivazione.

5. La forfettizzazione del danno è conforme a Costituzione, ma l'anzianità di servizio non può costituire l'unico parametro, pena l'irragionevole sbilanciamento fra diritto al lavoro e libertà d'iniziativa economica privata.

La decisione in esame sancisce inoltre che le modalità di calcolo dell'indennità, considerata ancora sotto il profilo risarcitorio, viola il principio di ragionevolezza nel bilanciamento fra diritto al lavoro (artt. 4, c. 1, e 35, c. 1, Cost.) e libertà d'iniziativa economica privata (art. 41 Cost.) e ciò in considerazione della concreta modalità di forfettizzazione del danno patito dal lavoratore.

---

[924] Punto 14 del Considerato.

[925] Cfr. nota 1.

[926] V. ZAGREBELSKY, MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, Bologna, 2018, p. 202.

[927] Cfr. punto 15 del Considerato.

In realtà il Giudice delle leggi esordisce riaffermando, in linea con la propria precedente giurisprudenza[928], che una norma che preveda un risarcimento forfettizzato del danno non è di per sé contraria alla Costituzione. Ed in effetti l'assunto con riferimento al danno patrimoniale è pacifico[929].

Tuttavia - precisa immediatamente la Corte - la Costituzione impone che il danno forfettizzato sia in ogni caso di importo "adeguato"[930]. È chiaro che il parametro dell' "adeguatezza" esprime, con parole più adatte alla valutazione della congruità di una somma monetaria, il principio di "ragionevolezza" che costituisce il criterio generale di bilanciamento fra principi costituzionali.

Così inquadrata la questione, la pronuncia in commento conclude che le modalità di calcolo dell'indennità, ancorate come sono al solo criterio dell'anzianità di servizio già valutato "incongruo" rispetto alla funzione risarcitoria, non possono al contempo realizzare in alcun modo un "adeguato" e dunque "ragionevole" contemperamento degli interessi in conflitto[931].

Il criterio dell'anzianità, infatti, scollegato com'è dal danno, finisce per premiare chi quel danno ha cagionato. Situazione questa particolarmente evidente quando vengano in considerazione lavoratori con bassa anzianità di servizio, rispetto ai quali non può neppure essere ritenuta sufficiente garanzia di "adeguatezza" la previsione di un livello minimo dell'indennità (4 e poi 6 mensilità di retribuzione)[932].

Chi scrive concorda pienamente con le conclusioni dalla Consulta: il criterio dell'anzianità è "incongruo", perché incapace da solo di realizzare la finalità di ristoro del danno patito dal lavoratore, e per questo è al contempo "inadeguato" (o irragionevole), perché finisce per comprimere, frequentemente, in modo molto significativo l'interesse del lavoratore e, di conseguenza, favorisce in modo netto il contrapposto interesse del datore che ha cagionato il danno.

Quel criterio infatti è funzionale sempre e comunque al solo interesse del datore di lavoro alla certezza e prevedibilità dei costi (cfr. art. 1 c. 7 lett. c l. 183/2014).

6. Il limite massimo dell'indennità è conforme al principio di ragionevole bilanciamento fra diritto al lavoro e libertà di iniziativa economica privata? Una affermazione apodittica.

La Corte costituzionale, nel valutare la conformità a Costituzione dell'indennità nella sua dimensione risarcitoria, afferma che la misura massima per essa prevista (24 e poi 36 mensilità) realizza un "adeguato" contemperamento degli interessi in conflitto, bilanciando adeguatamente il diritto al lavoro, da una parte, e la libertà d'iniziativa economica privata, dall'altra. L'affermazione non

---

928 Cfr. C. Cost. 16 ottobre 2014, n. 235, che riafferma il principio con riferimento anche al danno non patrimoniale, ma in un'ipotesi in cui la norma prevede la forfettizzazione a tutto vantaggio del danneggiato (cfr. infra § 7); C. Cost. 11 novembre 2011, n. 303; C. Cost. 26 maggio 2005, n. 199; C. Cost. 9 novembre 2000, n. 482; C. Cost. 30 aprile 1999, n. 148; C. Cost. 22 novembre 1991, n. 420; C. Cost. 6 maggio 1985, n. 132.

929 Cfr. G. PONZANELLI, *I danni punitivi*, in P. SIRENA (a cura di), *La funzione deterrente della responsabilità civile*, cit., 325; G. VILLA, *La forfettizzazione legale del danno contrattuale*, in AA.VV., *Il risarcimento del danno contrattuale*, Giuffrè, 2009, 11 ss.; C. SALVI, *Risarcimento del danno*, in *ED*, XL, 1989, 1093; G. DE NOVA, voce *Clausola penale*, in *DDP civ*., 1988, 377 ss.

930 Cfr. punto 12.1 del Considerato.

931 Cfr. punto 12.3 del Considerato ove si legge che l'art. 3, c. 1 d.lgs. 23/2015 "non realizza un equilibrato componimento degli interessi in gioco: la libertà di organizzazione dell'impresa da un lato e la tutela del lavoratore ingiustamente licenziato dall'altro. Con il prevedere una tutela economica che non può costituire adeguato ristoro del danno prodotto, nei vari casi, dal licenziamento (…) la disposizione censurata comprime l'interesse del lavoratore in misura eccessiva, al punto da risultare incompatibile con il principio di ragionevolezza".

932 Cfr. punto 12.1 del Considerato.

era necessaria, avendo la Corte limitato il quesito proposto dal giudice remittente alle sole modalità di calcolo dell'indennità.

Affermazione che, sprovvista totalmente di motivazione, suscita perplessità.

Se è indiscusso in via generale che la legge, nel forfettizzare il danno, possa anche fissare soglie massime, tuttavia anche queste ultime devono risultare rispettose dei principi costituzionali: in primo luogo del principio uguaglianza, che richiede che il creditore-lavoratore non sia trattato in modo ingiustificatamente deteriore con riferimento al contratto di lavoro rispetto agli altri creditori nell'ambito di diversi contratti sinallagmatici; in secondo luogo del principio di ragionevolezza, che impone che la soglia non sia individuata in modo arbitrario, ma in modo tale da quantificare quel "tetto" in una somma congruente rispetto al *vulnus* massimo che il lavoratore possa subire. Nel caso che ci occupa, ad esempio, il limite massimo dell'indennità potrebbe essere individuato tenendo in considerazione il tempo necessario per un lavoratore con notevole anzianità di servizio per trovare una nuova occupazione.

Nulla di tutto ciò si ritrova nella motivazione della sentenza, che si limita ad affermare che quel limite "è adeguato".

L'affermazione non convince. Dietro ad essa può nascondersi da parte della Corte vuoi un atteggiamento di *self restraint,* rispettoso della discrezionalità già esercitata dal legislatore con il "Jobs Act", vuoi il timore di scardinare *ab imis* le tutele in tema di licenziamento individuale, demandando nuovamente alla legge di ridisegnare integralmente il sistema di tutela per il recesso datoriale. In effetti se la Corte non fosse riuscita ad argomentare la "adeguatezza" del limite massimo dell'indennità avrebbe dovuto dichiarare la norma incostituzionale, rinviando la ridefinizione della disciplina al legislatore.

Quale che ne sia la ragione, l'omessa motivazione sul punto è particolarmente rilevante, perché la compatibilità del limite massimo fissato dalla legge con la Costituzione non viene argomentata neppure con riferimento al parametro interposto (in relazione agli artt. 76 e 117, c. 1, Cost.) costituito dall'art. 24 CSE (cfr. § 9).

7. Risarcimento forfettizzato, danno non patrimoniale ed "onnicomprensività" dell'indennità.

La decisione della Corte ritiene "onnicomprensiva" l'indennità prevista dall'art. 3, c. 1, d.lgs. 23/2015.

Del resto, che nelle intenzioni del legislatore l'indennità dovesse esaurire il novero delle provvidenze economiche conseguenti al licenziamento ingiustificato, si trae da una lettura della norma che la contempla alla luce delle indicazioni della legge delega, che prescrive al legislatore di introdurre un indennizzo economico "certo" nel suo ammontare (cfr. art. 1 c. 7 lett. c l. 183/2014).

Tuttavia questo carattere di "onnicomprensività" deve essere correttamente inteso.

Se infatti, come già sottolineato, per quanto riguarda il danno patrimoniale, deputato a soddisfare interessi patrimoniali, la Costituzione non impedisce limitazioni o forfettizzazioni al risarcimento (cfr. § 5), viceversa per il danno non patrimoniale, che consegue alla lesione di interessi della persona, vige l'opposto principio della integralità del risarcimento.

La necessità del risarcimento integrale del danno non patrimoniale è affermazione del tutto pacifica, sia nella giurisprudenza della Corte costituzionale[933], che della Corte di Cassazione[934].

È allora evidente che, nonostante il silenzio della pronuncia sul punto, l'indennità *ex* art. 3, c. 1, d.lgs. 23/2015 non può che includere - pena un plateale contrasto con la Costituzione - il solo risarcimento forfettizzato del danno patrimoniale[935]; il danno non patrimoniale deve ritenersi al contrario escluso. Ne consegue che il lavoratore potrà sempre provare il danno non patrimoniale conseguente ad un licenziamento ingiustificato ed il giudice dovrà disporne il risarcimento in aggiunta rispetto all'importo dell'indennità legislativamente prevista.

Negli stessi termini del resto si è orientata la giurisprudenza con riferimento al risarcimento forfettizzato del danno sia *ex* art. 18 St.lav.[936] che *ex* art. 8, l. 604/1966[937], ritenendo riferite ai soli danni patrimoniali le indennità previste dalle due norme.

Preme sottolineare, comunque, che solo in qualche ipotesi estrema - per es. nel caso di licenziamento ingiurioso - il licenziamento privo di giustificazione può produrre danni di natura non patrimoniale. Nella maggior parte dei casi, infatti, è piuttosto il licenziamento discriminatorio o per motivo illecito che lede i diritti della persona del lavoratore.

8. Le modalità di calcolo dell'indennità contrastano con il principio di ragionevolezza che impone una "adeguata" dissuasione del datore di lavoro dal recesso ingiustificato.

Come detto Corte costituzionale n. 194/2018 riconosce all'indennità *ex* art. 3, c. 1, d.lgs. 23/2015 anche una secondaria portata dissuasivo-sanzionatoria. È necessario allora chiedersi se l'indennità prevista dalla norma assolva a questa complementare funzione rispettando il dettato costituzionale.

La risposta della Corte è ancora una volta negativa.

In primo luogo, infatti, la pronuncia ritiene violato il principio di ragionevolezza in sé considerato: l'inadeguatezza dell'indennità rispetto alla sua primaria funzione riparatorio-compensativa - si legge nella pronuncia - "è suscettibile di minare in tutta evidenza, anche la funzione dissuasiva della stessa nei confronti del datore di lavoro, allontanandolo dall'intento di licenziare senza valida ragione"[938].

In secondo luogo, il Giudice delle leggi ritiene che la norma scrutinata non realizzi neppure un ragionevole bilanciamento fra diritto fondamentale della persona al lavoro e libertà di iniziativa economica, in quanto pregiudica in modo eccessivo l'interesse del lavoratore all'occupazione[939].

---

933 Cfr. C. Cost. 11 luglio 2003, n. 233; C. Cost, 18 luglio 1991, n. 356. Ma v. già C. Cost. 14 luglio 1986, n. 184. Solo in un caso la Corte Costituzionale ha riconosciuto la legittimità della limitazione del danno non patrimoniale, ma si trattava di un'ipotesi in cui il bilanciamento operato dalla legge risultava *a favore dello stesso danneggiato*: cfr. C. Cost. 16 ottobre 2014, n. 235.

934 Cfr. per tutte Cass. SU 11 novembre 2008, n. 26972.

935 Cfr. L. De Paola, *Il danno "ulteriore" connesso al licenziamento*, in Id. (a cura di), *Il licenziamento dalla legge Fornero al Jobs Act*, Giuffrè, 2016, 384 s.

936 Cfr. Cass. 19 novembre 2015, n. 23686; Cass. 8 gennaio 2015, n. 63; Cass. 12 marzo 2014, 5730; Cass., 30 dicembre 2011, n. 30668; Cass. 17 dicembre 2007 n. 26561; Cass. 13 luglio 2002, n. 10203.

937 Cfr. T. Milano 1 dicembre 2013 in *LG*, 2014, 904 ss.

938 Cfr. punto 12.2 del Considerato.

939 Cfr. punto 13 del Considerato.

Proprio in questo passaggio la Corte attribuisce rilievo al licenziamento ingiustificato non solo come atto interruttivo *contra legem* del contratto di lavoro, ma anche come atto di esercizio *contra legem* di un potere giuridico di supremazia in grado di pregiudicare in diritto *ed in fatto* la complessiva posizione del lavoratore (cfr. *supra* § 3). Si legge infatti in motivazione[940]: "Il "diritto al lavoro" (art. 4, primo comma, Cost.) e la "tutela" del lavoro "in tutte le sue forme ed applicazioni" (art. 35, primo comma, Cost.) comportano la garanzia dell'esercizio nei luoghi di lavoro di altri diritti fondamentali costituzionalmente garantiti. Il nesso che lega queste sfere di diritti della persona, quando si intenda procedere a licenziamenti, emerge dalla già richiamata sentenza n. 45 del 1965, che fa riferimento "ai principi fondamentali di libertà sindacale, politica e religiosa"[941] (…), oltre che nella sentenza n. 63 del 1966, là dove si afferma che "il timore del recesso, cioè del licenziamento, spinge o può spingere il lavoratore sulla via della rinuncia ad una parte dei propri diritti"[942].

In definita per il Giudice delle leggi un meccanismo di calcolo che non è in grado assicurare ristoro "adeguato" al pregiudizio sofferto, non può in alcun modo costituire strumento di efficace dissuasione per il datore dal commettere l'illecito.

In effetti si sa che una sanzione per poter risultare deterrente e dissuasiva deve essere in qualche misura temibile: certo non può esserlo un'indennità che si risolve spesso nella corresponsione di importi modesti e comunque assai lontani da quelli necessari per assicurare il pieno risarcimento del danno.

9. L'art. 3 c. 1 d.lgs. 23/2015 a confronto con l'art. 24 CSE. L'autorevolezza, ma non vincolatività delle decisioni del CEDS.

Corte costituzionale n. 194/2018 sancisce, infine, che l'art. 3 c. 1 d.lgs. 23/2015[943] - con riferimento, ancora una volta, al criterio di calcolo dell'anzianità - viola sia l'artt. 76 Cost. (in quanto la legge di delegazione imponeva il rispetto dei Trattati internazionali), sia l'art. 117, c. 1, Cost., in relazione alla norma interposta costituita dall'art. 24 CSE[944].

La Corte ribadisce innanzitutto, in linea con la propria più recente giurisprudenza[945], che anche la CSE - come già la CEDU[946] "di cui costituisce un completamento sul piano sociale"[947] - è un Trattato

---

[940] Cfr. punto 13 del Considerato.

[941] Cfr. C. Cost. 9 giugno 1965, n. 45.

[942] Cfr. C. Cost. 10 giugno 1966, n. 63, punto 3 del Considerato.

[943] Per diverse valutazioni in merito al rilievo dell'art. 24 CSE con riferimento alla disciplina del licenziamento posta dall'art. 3, c. 1 d.lgs. 23/2015 cfr. fra i giuslavoristi G. FONTANA, *La Carta sociale Europea oggi*, in *CSDLE*, 132/2016; V. SPEZIALE, *Il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti tra costituzione e diritto europeo*, in *RIDL*, 2016, I, 11 ss.; C. CESTER, *Il licenziamento nel Jobs Act*, in *CSDLE*, 273/2015, 8 ss.; G. ORLANDINI, *La tutela contro il licenziamento ingiustificato nell'ordinamento dell'Unione Europea*, cit., 623 ss.

[944] Cfr. punto 14 del Considerato. La CSE, revisionata nel 1996, è stata ratificata dall'Italia con l. 30/1999.

[945] L'orientamento è stato inaugurato da C. Cost. 13 giugno 2018, n. 120 secondo la quale la CSE "deve qualificarsi fonte internazionale, ai sensi dell'art. 117, primo comma, Cost. Essa è priva di effetto diretto e la sua applicazione non può avvenire immediatamente ad opera del giudice, ma richiede l'intervento di questa Corte cui va prospettata la questione di legittimità costituzionale, per violazione del citato disposto dell'art. 117 Cost.".
In precedenza C. Cost. 23 luglio 2015, n. 178 che si era limitata a richiamare la CSE (punto 16 del Considerato); cfr. altresì C. Cost. 7 febbraio 2000, n. 46.

[946] Cfr. le due "sentenze gemelle" C. Cost. 24 ottobre 2007, nn. 348 e 349.

[947] Così C. Cost. 11 aprile 2018, n. 120.

internazionale vincolante per l'Italia, che come tale non può determinare in alcun modo la disapplicazione della legge interna difforme da parte del giudice, ma richiede di essere utilizzato dalla Corte, quale norma interposta, per valutarne la legittimità costituzionale ai sensi dell'art. 117 c. 1 Cost. [948].

L'acquisizione è importante: la CSE esce così definitivamente dal limbo dell'irrilevanza giuridica in cui il Giudice delle leggi per lungo tempo l'ha confinata, per assurgere finalmente a parametro di costituzionalità interposto della legge[949]. Il rilievo riconosciuto alla CSE permette pertanto alla Corte di valutare la legittimità costituzionale dell'art. 3, c. 1, d.lgs. 23/2015, in connessione con l'art. 24 CSE.

Il Giudice delle leggi riafferma tuttavia al contempo, richiamando una propria recentissima pronuncia[950], che le norme della CSE non vanno necessariamente intese nel senso ad esse attribuito dalle decisioni del Comitato europeo dei diritti sociali (CEDS), decisioni che seppur da considerare "autorevoli", non sono però vincolanti. L' "autorevolezza" delle decisioni del CEDS è affermata in modo esplicito ed ulteriormente rafforzata dall'inusuale ed esplicito richiamo in motivazione alla decisione resa a seguito del reclamo collettivo n. 106/2014 proposto dalla *Finnish Society of Social Rights*.

Decisioni del CEDS che peraltro la Corte ribadisce non avere carattere cogente.

Il punto non è pacifico [951].

Al riguardo una parte della dottrina costituzionalistica, nonostante l'assenza di disposizioni specifiche nella CSE, sostiene che le pronunce del CEDS sono vincolanti, non solo in considerazione del fatto che il Comitato è l'unico organo istituzionalmente deputato ad interpretare la Carta, ma soprattutto sottolineando che quelle pronunce - pur di carattere non propriamente giurisdizionale e sprovviste di sanzioni - sono emesse all'esito di specifiche procedure finalizzate ad accertare la violazione degli obblighi previsti dalla Carta e che l'obbligo di rimediare alle violazioni, una volta accertate, origina dalla stessa accettazione della CSE da parte degli Stati[952]. La dottrina appena richiamata - forte dell'orientamento espresso con riferimento alla CEDU[953] - auspicava, dunque, che la Corte adottasse lo stesso orientamento per la CSE, ritenendo non solo quest'ultima vincolante in sé, ma vincolanti, se frutto di un orientamento consolidato, anche le decisioni del Comitato istituzionalmente chiamato ad interpretarla.

---

[948] Per una panoramica delle posizioni assunte da giurisprudenza e dottrina ed anche dalla Corte costituzionale in merito alla portata giuridica della CSE, cfr. per tutti G. GUIGLIA, *Il contributo della giurisprudenza e degli studi giuridici all'effettività della Carta Sociale Europea nell'ordinamento italiano: cenni ricostruttivi*, in *Riv.giur. Derechos Sociales*, 8/2018, 45 ss. ove si possono trovare ulteriori riferimenti bibliografici.

[949] Cfr. A. SPADARO, *Sull'aporia logica di 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 *Consultaonline.it*, II/2015, 504 ss.

[950] Cfr. C. Cost. 11 aprile 2018, n. 120.

[951] La questione è discussa anche in seno alle Nazioni Unite, cfr. UN Doc. A/73/10 *Report of the International Law Commission, Seventieth Session* (30 April -1 June and 2 July – August 2018), specie *Conclusion* n. 13.

[952] Cfr. C. PANZERA, *Diritti ineffettivi*? *Gli strumenti di tutela della Carta sociale europea*, in *AIC*, 1/2017, 1.

[953] Cfr. C. Cost., 4 dicembre 2009, n. 317; C. Cost. 22 luglio 2011, n. 236; C. Cost. 11 novembre 2011, n. 303; C. Cost. 7 luglio 2012, n. 150; C. Cost. 24 ottobre 2007, nn. 348 e 349.

Una posizione più "moderata" è quella assunta da una parte della dottrina internazionalistica, secondo la quale il principio di "leale collaborazione" posto dall'art. 3 dello Statuto del Consiglio d'Europa, che impone agli Stati di collaborare "sinceramente ed operosamente" nella promozione e tutela dei diritti sociali, importa anche l'obbligo delle Corti nazionali di prendere necessariamente "in considerazione" le decisioni del Comitato e di potersene discostare solo con adeguata motivazione[954].

Il Giudice delle leggi, tuttavia, non ha accolto né l'una né l'altra delle due proposte interpretative, ribadendo, sulla scia di C. Cost. 120/2018, che le decisioni del Comitato, seppur autorevoli, non possono essere ritenute vincolanti, in quanto la CSE - a differenza di quanto fa la CEDU con riferimento alla Corte EDU - non attribuisce al Comitato tale competenza[955].

La posizione di Corte costituzionale n. 194/2018 circa la non vincolatività delle decisioni del CEDS ha evidenti ricadute sulla valutazione di legittimità costituzionale non tanto dei criteri di calcolo, quanto dei limiti fissati all'importo della corresponsione economica.

L'art. 24 CSE prevede al riguardo che, per assicurare un adeguato esercizio del diritto ad una tutela in caso di licenziamento, le Parti si impegnano a riconoscere "il diritto dei lavoratori licenziati senza un valido motivo ad un congruo indennizzo o altra congrua riparazione" (lett. b).

Sono molte le decisioni sulla nozione di "congruo indennizzo" del CEDS, che nel tempo ha assunto un orientamento consolidato.

Il Comitato ritiene innanzitutto costantemente che l'indennizzo può essere considerato "congruo" se è tale "da garantire un adeguato ristoro per il concreto pregiudizio subito dal lavoratore licenziato senza un valido motivo e da dissuadere il datore dal licenziare ingiustificatamente"[956]. La Corte costituzionale nella pronuncia che si sta esaminando valorizza sotto questo aspetto le "autorevoli" decisioni del Comitato, riaffermando in tale modo il concetto di "adeguatezza" del risarcimento già ritenuto rilevante sul piano del diritto nazionale.

---

954 Cfr. L. BORLINI, L. CREMA, *Il valore delle pronunce del Comitato Europeo dei diritti sociali ai fini dell'interpretazione della Carta Sociale Europea nel diritto internazionale*, in AA.VV., *La normativa italiana sui licenziamenti: quale compatibilità con la Costituzione e la Carta sociale europea ?*, *Atti del Seminario in previsione dell'udienza pubblica della Corte costituzionale del 25 settembre 2018 sulla questione di costituzionalità sul d.lgs. n. 23/2015*, in www.forumcostituzionale.it, 103 secondo i quali: "il principio di sincera e operosa collaborazione incombente sullo Stato italiano in ragione della sua partecipazione al Consiglio d'Europa, si traduce, nel sistema delineato dalla CSE e dai suoi protocolli integrativi in un aggravamento dell'onere motivazionale incombente sul giudice nazionale, il quale - se riterrà di non aderire agli orientamenti del CEDS nel caso concreto - dovrà indicarne espressamente le motivazioni". Cfr. anche D. AMOROSO, *Sull'obbligo della Corte costituzionale italiana di "prendere in considerazione" le decisioni del Comitato Europeo dei Diritti sociali*, ibidem, 81.

955 Cfr. C. Cost. 11 aprile 2018, n. 120, punto 13.4 del Considerato, ove si sottolinea che la CSE non contiene una norma equivalente all'art. 32, par. 1, della CEDU secondo cui "La competenza della Corte si estende a tutte le questioni concernenti l'interpretazione e l'applicazione della Convenzione e dei suoi Protocolli che siano sottoposte ad essa"; né il Protocollo addizionale della CES, che disciplina i reclami collettivi, contiene una disposizione di contenuto analogo all'art. 46 CEDU secondo il quale "Le Alte Parti contraenti si impegnano a conformarsi alle sentenze definitive della Corte sulle controversie di cui sono parti", disposizione che - afferma la pronuncia - "fonda l'autorità di res iudicata delle sentenza della Corte EDU relativamente allo/agli Stato/Stati in causa e alla controversia decisa dalla Corte stessa".

956 Cfr. Comitato Europeo dei Diritti Sociali, *Finnish Sociaty of Social Right v. Finland - Complain*t n. 106/2014, in www.coe.int. Cfr. altresì *Comitato Europeo dei diritti sociali, Conclusioni Slovenia* 2012 e *Conclusioni Finlandia* 2012. Si tratta peraltro di un principio ricorrente nelle decisioni del Comitato (cfr. tra gli altri G. ORLANDINI, *La tutela contro il licenziamento ingiustificato nell'ordinamento dell'Unione Europea*, cit., 636).

Tuttavia, in plurime decisioni il CEDS precisa altresì, in modo inequivocabile, che la tutela economica per il licenziamento ingiustificato per essere "adeguata" deve possedere ulteriori precise caratteristiche: essere comprensiva di tutte le perdite economiche subite dal lavoratore dalla data del licenziamento a quella della sentenza e, soprattutto, non essere assoggettata a tetti o limiti invalicabili che pregiudichino l'integrale ristoro. Il CEDS ha altresì precisato proprio nella decisione citata in motivazione (*Finnish Society of Social Right v. Finland - Complaint* n. 106/2014), che il limite di 24 mensilità non può essere ritenuto congruo[957]. Il Giudice delle leggi, non ritenendosi vincolato[958], non dà alcun rilievo alle prese di posizione del CEDS su questo punto.

A giudizio di chi scrive sarebbe stato più opportuno se la Corte, valorizzando fino in fondo l'"autorevolezza" esplicitamente riconosciuta alle decisioni del Comitato, avesse trattato la questione, motivando il proprio dissenso rispetto alla lettura del CEDS. Ma forse era troppo sperare in un tale *revirement* a distanza di pochi mesi dalla netta chiusura di C. Cost. 120/2018.

10. L'impatto della sentenza sul sistema di tutela del licenziamento approntate dal cd. "Jobs Act", e oltre.

Come detto, Corte costituzionale n. 194/2018 dichiara l'incostituzionale solo l'art. 3, c. 1, d.lgs. 23/2015.

È chiaro tuttavia che la pronuncia è destinata ad avere ripercussioni *dirette* ed *indirette* su tutto il sistema del d.lgs. 23/2015: in alcuni casi, infatti, il meccanismo di calcolo contenuto nella norma dichiarata incostituzionale è *esplicitamente* richiamato da altre norme, cosicché nel loro ambito deve necessariamente già operare il nuovo sistema di parametrazione dell'indennità come configurato dalla Consulta; in altri casi, invece, ulteriori norme del d.lgs. 23/2015, pur senza richiamare l'art. 3, c. 1, d.lgs. 23/2015, riproducono lo stesso modello di calcolo dell'indennità dichiarato incostituzionale. In questa seconda ipotesi è inevitabile, in assenza di un intervento del legislatore, che la Corte - ove chiamata a vagliarne la conformità a Costituzione - dichiari incostituzionali anche le altre previsioni del d.lgs. 23/2015 che di quello stesso meccanismo fanno uso.

L'incidenza diretta della pronuncia della Corte si osserva innanzitutto con riferimento all'art. 9, c. 1, d.lgs. 23/2015. La norma, infatti, fa esplicito rinvio all'art. 3, c. 1, d.lgs. 23/2015 per il calcolo dell'indennità dovuta al lavoratore in caso di licenziamento ingiustificato da parte di datori di lavoro di minori dimensioni, specificando che l'ammontare dell'indennità previsto dalla norma dichiarata incostituzionale "è dimezzato e non può in ogni caso superare il limite di sei mensilità". Il rinvio espresso dell'art. 9, c. 1, all'art. 3, c. 1, d.lgs. 23/2015, comporta che anche alle imprese di minori dimensioni debba applicarsi il nuovo sistema di parametrazione dell'indennità risultante dalla pronuncia d'incostituzionalità.

Analogo ragionamento concerne l'art. 10 d.lgs. 23/2015, che, in caso di violazione delle procedure o dei criteri di scelta previsti dalla l. 223/1991 per i licenziamenti collettivi, dispone che "si applica il regime dell'art. 3, comma primo", d.lgs. 23/2015.

---

[957] Cfr. altresì per la valutazione di contrarietà all'art. 24 di limiti massimi di risarcimento i provvedimenti del CEDS del 9 dicembre 2016 nei confronti di Lettonia, Francia, Portogallo e Moldavia, in *www.hudoc.esc.coe.int*.

[958] Si segnala che è attualmente pendente davanti al CEDS un reclamo collettivo presentato dalla CGIL che investe gli artt. 3, 4, 9 e 10 del d.lgs. 23/2014 per contrasto con l'art. 24 CSE, cfr. *Confederazione italiana del lavoro (CGIL) v. Italy*, *Complaint* n. 158/2017, in https://rm.coe.int/cc158casedoc1-fr/16807e6b3.

L'incidenza indiretta della pronuncia si registra, invece, con riguardo all'art. 4 d.lgs. 23/2015, che, per il caso di vizi relativi alla motivazione o alla procedura del licenziamento individuale, prevede la corresponsione al lavoratore di un'indennità calcolata "nei termini di 1 mensilità per ogni anno di servizio fra il limite di 2 e il massimo di 12 mensilità di retribuzione per il calcolo del TFR". La norma in parola, in considerazione delle modalità di calcolo dell'indennità, contrasta sicuramente - per le ragioni già illustrate - con il principio di uguaglianza e di ragionevolezza e, con particolare riferimento al licenziamento disciplinare, anche con il diritto del lavoratore alla difesa (art. 24 Cost.) e con il principio di ragionevolezza nella modulazione delle tutele fra quelle conseguenti alla violazione di regole dettate per le sanzioni disciplinari conservative (nullità) e per il licenziamento disciplinare (tutela economica). Tuttavia la norma rimane allo stato in vigore per non essere direttamente investita dalla pronuncia di incostituzionalità.

La pronuncia della Corte è destinata invece nell'immediato ad avere un riflesso *di fatto* sulla concreta operatività della procedura di conciliazione prevista dall'art. 6 d.lgs. 23/2015, ai sensi del quale, per evitare il giudizio, il datore di lavoro può offrire al lavoratore "un importo che non costituisce reddito imponibile ai fini del reddito sulle persone fisiche e non è assoggettato a contribuzione previdenziale di ammontare pari ad una mensilità di retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto per ogni anno di servizio, in misura comunque non inferiore a tre e non superiore a ventisette mensilità". La norma non è toccata - né direttamente, né indirettamente - dalla pronuncia del Giudice delle leggi, ma è evidente che l'incertezza circa l'importo dell'indennità dovuta al lavoratore, ora rimesso alla determinazione discrezionale del giudice, renderà meno probabile la conclusione dell'accordo fra le parti.

È dunque evidente che tutto il sistema delle tutele per il recesso datoriale configurato dal cd. "Jobs Act" esce trasformato o in qualche modo coinvolto dalla pronuncia n. 194/2018 della Corte costituzionale.

Non solo: a ben vedere, infatti, Corte costituzionale n. 194/2018 è destinata ad avere un riflesso sulla coerenza di tutta la disciplina protettiva dei licenziamenti.

Se si allarga lo sguardo alla complessiva disciplina del licenziamento viziato[959], includendo nella riflessione sia le regole, fin qui considerate, dettate per "nuovi assunti" (d.lgs. 23/2015) sia quelle previste per i "vecchi assunti" (art. 8, l. 604/1966, art. 18 St.lav., l. 223/1991), emerge una disciplina totalmente priva di ragionevolezza.

È vero che la Corte ha rigettato la questione di legittimità costituzionale proposta dal giudice remittente per contrasto dell'art. 3, c. 1, d.lgs. 23/2015 con il principio di uguaglianza, in quanto il criterio temporale della data di assunzione sarebbe in astratto ragionevole rispetto allo scopo perseguito dal legislatore di "rafforzare le opportunità di ingresso nel mondo del lavoro da parte di coloro che sono in cerca di nuova occupazione" (art. 1, c. 7, l.d. 183/2014)[960].

Ma è chiaro che quel *dictum* della Corte, ove lo si condivida, non regge più nel nuovo sistema conseguente alla pronuncia d'incostituzionalità dell'art. 3, c. 1, d.lgs. 23/2015: oggi, paradossalmente, il vizio dell'atto di recesso può comportare l'applicazione nel caso concreto di un regime di tutela più severo per i "nuovi" assunti rispetto ai "vecchi" assunti.

---

[959] Ci si riferisce in particolare al licenziamento viziato per difetto di giustificazione o di motivazione, per mancato rispetto della procedura o dei criteri di scelta.

[960] Cfr. nota 1.

In conclusione è evidente che Corte costituzionale n. 194/2018 ha dato un contributo importante al riequilibrio del sistema di tutele "sbilanciato" all'interno del "Jobs Act". Spetta ora al legislatore fornire coerenza al sistema nel suo complesso.

Il licenziamento del lavoratore con contratto «a tutele crescenti» dopo l'intervento della Corte costituzionale*

Stefano Giubboni

1. Effetti della sentenza n. 194 del 2018 della Corte costituzionale. 315

2. Precoce de profundis per la law & economics all'italiana. 316

3. Le motivazioni della Corte. 317

4. Una critica. 318

5. Persistenti profili di illegittimità costituzionale del d.lgs. n. 23 del 2015: il secondo comma dell'art. 3. 320

6. Segue: gli artt. 4, 9 e 10 del d.lgs. n. 23 del 2015. 321

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 379/2018

1. Effetti della sentenza n. 194 del 2018 della Corte costituzionale.

La sentenza n. 194 del 2018 della Corte costituzionale ha cominciato a porre parziale rimedio alla singolarissima situazione che – specie nell'impianto originario del d.lgs. n. 23 del 2015, come noto solo parzialmente corretto dal cosiddetto «decreto dignità»([961]) – faceva del lavoratore assunto con contratto «a tutele crescenti», ad onta del fondamento lavoristico e personalistico della nostra Costituzione, il «debitore più penalizzato del nostro ordinamento giuridico»([962]). Dichiarando l'illegittimità costituzionale dell'art. 3, comma 1, del d.lgs. n. 23 del 2015 (sia nel testo originario sia in quello modificato dalla legge n. 96 del 2018) limitatamente alle parole «di importo pari a due mensilità dell'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto per ogni anno di servizio», la Corte, infatti, ripristina, in favore dei lavoratori assunti con il contratto a tutele crescenti, un sistema rimediale contro il licenziamento ingiustificato che torna ad allinearsi – seppure con i limiti e le lacune che segnaleremo più avanti – ai precetti di cui agli artt. 3, 4, primo comma, 35, primo comma, e 76 e 117, primo comma, Cost. (questi ultimi in relazione all'art. 24 della Carta sociale europea).

Oggi, infatti, in virtù del combinato disposto della sentenza della Corte costituzionale e dell'intervento del legislatore, il rimedio generalmente azionabile ai sensi dell'art. 3, comma 1, del d.lgs. n. 23 contro il licenziamento ingiustificato (sempre, per quello per motivi oggettivi o economici; in via generale, per quello fondato su ragioni disciplinari, e salvo che non ricorrano eccezionalmente gli estremi per la reintegrazione ad effetti attenuati alla stregua del secondo comma della disposizione) potrà senz'altro consistere in una indennità risarcitoria onnicomprensiva compresa tra un minimo di sei e un massimo di trentasei mensilità dell'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto, che il giudice dovrà commisurare alla concreta situazione dedotta in giudizio (rendendo congruo, pertanto, il ristoro rispetto al danno subito, seppure entro le soglie ricordate), tenendo anzitutto conto dell'anzianità di servizio del prestatore ma considerando altresì gli «altri criteri desumibili, in chiave sistematica, dalla evoluzione della disciplina limitativa dei licenziamenti (numero dei dipendenti occupati, dimensioni dell'attività economica, comportamento e condizioni delle parti)»([963]). Deve così ritenersi che – seppure senza stabilire un ordine propriamente gerarchico tra tali criteri([964]) – il parametro dell'anzianità di servizio del lavoratore serva a determinare, entro il minimo e il massimo fissati dalla legge, la base di partenza

([961]) Decreto-legge n. 87 del 2018, convertito con modificazioni nella successiva legge n. 96, recante disposizioni urgenti per la dignità dei lavoratori e delle imprese.
([962]) L. NOGLER, *I licenziamenti per giustificato motivo soggettivo o per giusta causa nel d.lgs. n. 23 del 2015*, in *Argomenti dir. lav.*, n. 3/2015, 507 ss., qui 508.
([963]) Punto 15 del *Considerato in diritto* della sentenza in commento. Per una prima applicazione giudiziale (per così dire anticipata) di tali criteri, v. Trib. Bari, 11 novembre 2018.
([964]) Cfr. A. PERULLI, *Il valore del lavoro e la disciplina del licenziamento illegittimo alla luce della sentenza della Corte costituzionale n. 194/2018*, in corso di pubblicazione in *Treccani – Il libro dell'anno del diritto 2019*, Roma, par. 5.

della quantificazione dell'indennità risarcitoria([965]), che dovrà essere (in ipotesi) elevata dal giudice nel caso concreto tenendo conto, con congrua motivazione, di tutti gli altri parametri desumibili dal sistema([966]) e considerati dalla Corte costituzionale.

2. Precoce de profundis per la law & economics all'italiana.

La Corte scardina in tal modo – ritenendolo radicalmente incompatibile con gli evocati parametri costituzionali – il rozzo meccanismo di quantificazione automatica dell'indennità risarcitoria che nell'impianto del *Jobs Act*, non corretto su tale cruciale profilo dal «decreto dignità»([967]), pretendeva di ridurre il giudice, in una singolare miscela di legolatria neo-illuministica([968]) e di pedagogia da *law & economics* a prezzi di ribasso([969]), ad un contabile, più che alla *bouche de la loi* di montesquieuana memoria. La conseguenza è un inevitabile contrappasso per quanti avevano coltivato l'illusione della facile certezza del diritto ridotta a calcolo aritmetico del *firing cost*: dopo la sentenza della Corte l'incertezza endemica alla disciplina dei licenziamenti, come «riformata» dalla legge n. 92 del 2012([970]), si estende anche alla sfera applicativa del d.lgs. n. 23 del 2015, rendendo impossibile al datore di lavoro quantificare con esattezza *ex ante* il costo del licenziamento entro la soglia minima di 6 e il tetto massimo di 36 mensilità dell'ultima retribuzione utile per il computo del trattamento di fine rapporto.

([965]) Che resta, dunque, inderogabilmente fissata (ovviamente entro la soglia minima e il tetto massimo di legge) in due mensilità per ogni anno di servizio del lavoratore ingiustamente licenziato, senza possibilità, per il giudice, di scendere sotto tale base di liquidazione del danno. In senso contrario v., peraltro, sia pure dubitativamente, G. MIMMO, *La disciplina sanzionatoria del licenziamento invalido, dalla legge n. 604 del 1966 al Jobs Act, modificato dal decreto dignità, alla Corte cost. 8 novembre 2018, n. 194*, in *Il Giuslavorista*, focus del 20 novembre 2018, che si chiede «se il giudice possa applicare la sentenza della Corte costituzionale *in pejus*, cioè determinare l'entità dell'indennità risarcitoria in misura inferiore all'originario criterio indicato dall'art. 3, primo comma, precedente alla dichiarazione di incostituzionalità», prospettando al riguardo il caso di un lavoratore «con più di diciotto anni di servizio, e di profili di illegittimità di lieve entità». Sennonché, laddove la Corte indica al giudice di considerare innanzi tutto l'anzianità di servizio del lavoratore, prescrive allo stesso di muovere da tale parametro quale base di calcolo dell'indennità risarcitoria, la quale dovrà essere (eventualmente) innalzata ove rilevino, ma appunto solo *in melius*, anche gli altri criteri di valutazione, da applicare alla stregua di una adeguata (e motivata) ponderazione nel caso concreto. A tale conclusione induce anche la constatazione che, avendo la Corte dichiarato inammissibile la relativa questione di legittimità costituzionale (v. il punto 5.2 del *Considerato in diritto* della sentenza), rimane in vigore la previsione di cui all'art. 1, comma 7, lettera c), della legge delega n. 183 del 2014, che impone (non solo al legislatore delegato, ma, deve ritenersi, anche al giudice, in via di interpretazione costituzionalmente orientata) di determinare «un indennizzo economico certo e crescente con l'anzianità di servizio». Del resto, la Corte costituzionale, nel dichiarare l'illegittimità del solo primo comma dell'art. 3 del d.lgs. n. 23 del 2015, non ha certo inteso censurare il rilievo (logicamente prioritario) dell'anzianità di servizio del prestatore (che è peraltro desumibile dal sistema, come dimostra storicamente lo stesso impianto dell'art. 8 della legge n. 604 del 1966), ma soltanto escludere che detto criterio possa essere l'unico parametro di valutazione a disposizione del giudice, in particolar modo nei casi di licenziamento di lavoratori con modesta anzianità aziendale.

([966]) Cfr. gli artt. 8 della legge n. 604 del 1966 (come sostituito dall'art. 2, comma 3, della legge n. 108 del 1990) e 18, comma 5, della legge n. 300 del 1970 (come novellato dall'art. 1, comma 42, lettera b, della legge n. 92 del 2012).

([967]) Ma va a onor del vero ricordato che il governo aveva inteso astenersi da un diretto intervento correttivo sul punto, proprio in vista dell'imminente giudizio di legittimità costituzionale, per questo limitando la correzione dell'art. 3, comma 1, d.lgs. n. 23 del 2015 all'innalzamento da 4 a 6 e da 24 a 36 mensilità del limite rispettivamente minimo e massimo dell'indennità risarcitoria.

([968]) P. GROSSI, *L'invenzione del diritto*, Roma e Bari, 2018, 114 ss.

([969]) Ed invero, il «costo di separazione» – come rigidamente predeterminato nel testo originario dell'art. 3, comma 1, del d.lgs. n. 23 del 2015 – non risultava idoneo a soddisfare neppure i liberali dettami delle dottrine gius-economiche dell'*efficient breach of contract*, visto che la misura irrisoria dell'indennità prevista specialmente per i lavoratori con bassa anzianità di servizio costituiva nei fatti un invito (neanche troppo implicito, ove inquadrato nel contesto incentivante degli sgravi contributivi alle assunzioni e della detassazione dell'offerta conciliativa di cui all'art. 6 del decreto), ad abusare del potere di recesso, assecondando quello che gli economisti (e non solo) chiamano *moral hazard*. Cfr. A. PERULLI, *Efficient breach, valori del mercato e tutela della stabilità. Il controllo del giudice sui licenziamenti economici in Italia, Francia e Spagna*, in *Riv. giur. lav.*, 2012, I, 561 ss.

([970]) V. le taglienti osservazioni di R. DE LUCA TAMAJO, *Licenziamento disciplinare, clausole elastiche, «fatto» contestato*, in *Argomenti dir. lav.*, 2/2015, 269 ss.

È stato in effetti sufficiente riaprire il ragionamento giuridico al soffio dei valori costituzionali – anche come integrati dai principi della Carta sociale europea – per battere «in breccia alcuni assiomi della nostrana *law & economics*, così come penetrati nella disposizione dell'art. 3, comma 1, nella parte in cui prevede una tutela contro i licenziamenti ingiustificati rigida e predeterminata»([971]). Ancorché nella motivazione della Corte non sia del tutto svanita l'eco di quelle «mitologie economiche»([972]) che negli ultimi lustri hanno sorretto, fin quasi a diventare senso comune, il rovesciamento dei postulati costituzionali dello Stato democratico e sociale, dissimulando sotto le suadenti vesti d'un sedicente nuovo riformismo le più spettacolari controriforme sociali della recente storia repubblicana, non c'è dubbio che la sentenza n. 194 del 2018 riaffermi con forza il primato del principio lavoristico.

3. Le motivazioni della Corte.

La Corte giunge al detto esito di parziale demolizione dell'art. 3, primo comma, del d.lgs. n. 23 del 2015 accogliendo solo in parte i profili di illegittimità costituzionale sollevati dal giudice remittente([973]).

In estrema sintesi, i dubbi di incostituzionalità prospettati dal giudice *a quo* in ordine al rigido meccanismo di determinazione dell'indennità risarcitoria in ragione della sola anzianità di servizio del lavoratore si addensavano essenzialmente intorno a due poli fondamentali: la violazione, da un lato, del principio di eguaglianza-ragionevolezza e, dall'altro, del principio di effettività (*sub specie* di adeguatezza e dissuasività) della tutela indennitaria.

Quanto al principio di eguaglianza, si era osservato, da una parte, come detto sistema di tutela introducesse una irragionevole disparità di trattamento tra lavoratori assunti prima e dopo il 7 marzo 2015, non costituendo certo la diversa data di assunzione – che è elemento del tutto estrinseco alla fattispecie – un idoneo criterio giustificativo di differenziazione di rapporti contrattuali evidentemente identici sotto ogni altro profilo sostanziale; dall'altra, come l'assenza di graduazione della tutela, imponendo al giudice un meccanismo automatico di riconoscimento dell'indennizzo legato al solo parametro dell'anzianità di servizio, impedisse di valutare ogni altro elemento, costringendo a trattare irragionevolmente alla stessa maniera situazioni tra loro anche profondamente differenti([974]).

Per ciò che attiene al principio di effettività della tutela, era stato rilevato come, sebbene il rimedio contro il licenziamento ingiustificato possa anche non avere natura reintegratoria, esso debba comunque risultare adeguato, dovendo in ogni caso assicurare, dal lato del lavoratore, una congrua riparazione del bene giuridico leso (che è qui di pregnante rilievo costituzionale), e dovendo altresì essere, dal lato del datore di lavoro, realmente dissuasivo. Mentre, nella specie (ove veniva

([971]) A. PERULLI, *Il valore del lavoro*, cit., 12 del dattiloscritto.

([972]) Cfr. il bel saggio di É. LAURENT, *Mitologie economiche*, trad. it., Vicenza, 2017.

([973]) Trib. Roma, ordinanza 26 luglio 2017 (su cui v. soprattutto V. SPEZIALE, *La questione di legittimità costituzionale del contratto a tutele crescenti*, in *Riv. giur. lav.*, 2017, II, 333 ss.).

([974]) Come è stato finemente rammentato, «l'equità che esige pari diritto in pari situazioni ("*aequitas quae in paribus causis paria iura desiderat*") è, appunto, il pari trattamento di situazioni uguali (ed il diverso in diverse), ritenuto dalle Corti corollario immediato del principio di eguaglianza»: A. CERRI, *L'eguaglianza*, Roma-Bari, 2005, 32.

in questione il licenziamento con motivazione «apparente» di un lavoratore con modesta anzianità di servizio), doveva apparire addirittura evidente come la misura dell'indennizzo fosse irrisoria rispetto all'importanza del bene protetto e che, conseguentemente, il diritto al lavoro (costituzionalmente garantito come strumento di realizzazione della persona e primario mezzo di emancipazione sociale ed economica)([975]) risultasse ingiustamente sacrificato, nella sostanziale assenza di un corretto bilanciamento con il contrapposto interesse datoriale, pur espressione della libertà d'iniziativa economica di cui all'art. 41, comma 1, Cost.

La Corte ha disatteso il primo dei prospettati profili di violazione dell'art. 3 Cost., ritenendo non irragionevole, e dunque non contraria al principio di eguaglianza, la pur forte differenza di statuto protettivo tra assunti prima e dopo la fatidica data del 7 marzo 2015([976]); in particolare reputando che la scelta del legislatore di differenziare la sfera di applicazione delle norme in ragione di detto fattore temporale risulterebbe coerente con lo scopo dichiaratamente perseguito «di rafforzare le opportunità di ingresso nel mondo del lavoro da parte di coloro che sono in cerca di occupazione»([977]).

4. Una critica.

Tale conclusione non ci appare tuttavia convincente. È pur vero (come del resto puntualmente ricordato nella stessa ordinanza di rimessione) che nella giurisprudenza costituzionale è stato costantemente affermato come un trattamento differenziato applicato alle stesse fattispecie, ma in momenti diversi nel tempo, non contrasti, di per sé, con il principio di eguaglianza, potendo il fluire del tempo costituire un valido elemento di diversificazione delle situazioni giuridiche. Tuttavia, la Corte non sembra aver tenuto nella debita considerazione che l'irragionevolezza della scelta del legislatore non risiede tanto nella scelta, in sé considerata, dell'attenuazione delle tutele in vista di un qualche obiettivo di politica occupazionale, quanto nel criterio puramente temporale – o, per meglio dire, irriducibilmente contingente – individuato per l'applicazione della nuova disciplina. Infatti, la divaricazione delle tutele contro il licenziamento illegittimo – che è destinata a durare nel tempo ed è, come tale, strutturale per i rapporti su cui va ad incidere – viene qui incoerentemente ancorata ad un criterio (quello, appunto, del diverso momento di stipulazione del contratto di lavoro) che è del tutto estraneo, o per meglio dire eccentrico, proprio

([975]) È toccato forse non casualmente a una storica, e non ad un giurista (del lavoro), il compito di rammemorare di recente la pregnanza di significati costituzionali della formula racchiusa nell'art. 4 (in collegamento con gli artt. 1, 2 e 3, comma 2) Cost.: cfr. il corroborante *pamphlet* di Mariuccia SALVATI, *Costituzione italiana: art. 4*, Roma, 2017.

([976]) È opportuno ricordare che la Corte ha ritenuto non fondato un ulteriore profilo della questione sollevata dal giudice del lavoro di Roma *ex* art. 3 Cost., in relazione stavolta al trattamento più favorevole di cui i lavoratori con qualifica dirigenziale (ai quali la disciplina del contratto a tutele crescenti non trova applicazione) verrebbero a beneficiare rispetto a operai, impiegati e quadri. Secondo la Corte, anche questa disparità di trattamento risulterebbe giustificata, in quanto la figura del dirigente è caratterizzata da alcune significative peculiarità che, storicamente, ne hanno sempre comportato l'esclusione dall'applicazione della generale disciplina limitativa dei licenziamenti. Rimane, però, il paradosso che, ove la Corte non fosse giunta per altre vie all'esito di incostituzionalità *in parte qua* dell'art. 3, comma 1, del d.lgs. n. 23 del 2015, la condizione giuridica dei dirigenti (ovviamente del settore privato) si sarebbe caratterizzata per uno statuto protettivo per molti versi più favorevole di quello previsto dal *Jobs Act* per i lavoratori appartenenti alle categorie inferiori (principalmente, ma non solo, a motivo della flessibilità con cui i contratti collettivi consentono che sia modulata, in caso di licenziamento privo del requisito della giustificatezza, la misura dell'indennità supplementare, che pure cresce, ma non meccanicamente, in ragione dell'anzianità di servizio del lavoratore).

([977]) Alinea dell'art. 1, comma 7, della legge di delega n. 183 del 2014, espressamente richiamato dalla Corte al punto 5.4 del *Considerato in diritto*.

perché contingente, rispetto alla fattispecie disciplinata, laddove le caratteristiche dei detti rapporti, in qualunque tempo instaurati, rimangono – anche in proiezione temporale – del tutto identiche sotto ogni profilo sostanziale([978]).

Così opinando, però, la Corte amputa la portata del canone della ragionevolezza, rinunciando ad «un controllo di congruità finalistica della legge, ossia [a] una verifica dell'adeguatezza dei mezzi allo scopo perseguito dal legislatore»([979]). Ma in tal modo la sentenza finisce per svalutare di conseguenza – seppure in nome di un *self-restraint* di cui ben si colgono le ragioni di opportunità politica – il valore del principio di eguaglianza, che si rattrappisce a misura delle stesse scelte effettuate, a monte, dal legislatore ordinario([980]). Senza un controllo di congruità causale-sostanziale tra le finalità enunciate dal legislatore e gli strumenti all'uopo impiegati, le differenze di trattamento giuridico introdotte dalla legge – salvi i casi piuttosto improbabili di irrazionalità manifesta per evidente incoerenza logica – diventano, così, tutte pressoché automaticamente giustificate, alla stregua di un ragionamento che appare tuttavia viziato da una palese circolarità: l'enunciazione del fine finisce in pratica per assorbire in sé la giustificazione dei mezzi.

La Corte ha invece ritenuto fondate, e dunque accolto, tutte le ulteriori questioni di legittimità sollevate con riferimento all'art. 3, comma 1, Cost., agli artt. 4, comma 1, e 35, comma 1, Cost., nonché agli artt. 76 e 117, primo comma, Cost. (quest'ultimo, come detto, in relazione alla norma interposta di cui all'art. 24 della Carta sociale europea). La Corte ha infatti rilevato che il meccanismo di quantificazione contenuto nell'art. 3, comma 1, del d.lgs. n. 23 del 2015, commisurando meccanicamente e rigidamente l'indennità, la rende uniforme per tutti i lavoratori con la stessa anzianità e le fa così assumere i connotati di una liquidazione legale forfetizzata e standardizzata, con la conseguenza di privare il giudice della possibilità di personalizzare il danno subito dal lavoratore (entro una soglia minima ed una massima) facendo ricorso ad una pluralità di parametri di valutazione diversi([981]). Il risarcimento del danno, ancorché non necessariamente riparatorio dell'intero pregiudizio subito dal danneggiato, deve essere al contrario sempre effettivo e adeguato([982]), mentre la rigida dipendenza dell'indennità dalla sola anzianità di servizio, soprattutto nei casi in cui questa sia bassa, impedisce di liquidare un congruo ristoro del danno prodotto dal licenziamento illegittimo e certamente preclude alla disciplina sanzionatoria quella funzione di dissuasione dall'abuso del potere di recesso datoriale che è parimenti necessaria affinché possa dirsi realizzato un equilibrato componimento degli interessi in gioco, comprimendo l'interesse del lavoratore in misura eccessiva rispetto alla libertà di organizzazione dell'impresa e risultando, in tal modo, incompatibile sia con il principio di ragionevolezza, sia con la tutela costituzionale del diritto al lavoro.

([978]) Come aveva efficacemente osservato V. SPEZIALE, *La questione di legittimità*, cit., 337, in questo caso «vi è la coesistenza nel medesimo momento di discipline radicalmente diverse e riferite a fattispecie identiche che si verificano nello stesso segmento temporale».

([979]) A. PERULLI, *Il valore del lavoro*, cit., 8 del dattiloscritto.

([980]) Cfr. sul punto la lucida discussione di M. BARBERA, *L'eguaglianza e il diritto del lavoro*, in A. OCCHINO (a cura di), *L'eguaglianza*, Milano, 2014, 3 ss., spec. 13. E v. anche, più in generale, M. DE LUCA, *Uguaglianza e lavoro: quanto (poco) resta nel nostro diritto vivente*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2016, I, 235 ss. (in particolare per la valorizzazione della clausola di pari dignità sociale di cui all'art. 3, comma 1, Cost.).

([981]) Cfr. sul punto, in dottrina, ancora A. CERRI, *L'eguaglianza*, cit., 72.

([982]) Come puntualmente richiede (anche) l'art. 24 della Carta sociale europea.

5. Persistenti profili di illegittimità costituzionale del d.lgs. n. 23 del 2015: il secondo comma dell'art. 3.

La sentenza n. 194 del 2018 lascia peraltro irrisolti molti nodi, sui quali – in mancanza di un intervento correttivo del legislatore, che con il «decreto dignità» ha discutibilmente lasciato intatta la complessiva logica operazionale delle cosiddette «tutele crescenti» – sarà con ogni probabilità necessario ricorrere nuovamente al vaglio di legittimità costituzionale. Il principale attiene alla abnorme previsione([983]) dedicata al licenziamento disciplinare dall'art. 3, comma 2, del d.lgs. n. 23 del 2015, su cui la Corte costituzionale non si è potuta pronunciare nella sentenza in commento per difetto di rilevanza della relativa questione nel giudizio *a quo*([984]).

Con tale disposizione, nella medesima logica di comprimere quanto più possibile la discrezionalità valutativa che era sottesa alla predeterminazione di un criterio di liquidazione dell'indennità risarcitoria rigidamente forfettizzato e standardizzato, il legislatore del 2015 ha come noto escluso, per i licenziamenti disciplinari, qualunque valutazione sulla proporzionalità della sanzione (espulsiva) rispetto alla gravità dell'infrazione, imponendo al giudice di limitare il proprio accertamento ai fini dell'eccezionale applicazione del rimedio reintegratorio alla insussistenza del (mero) «fatto materiale». I pur lodevoli sforzi dottrinari di fornire alla previsione un significato costituzionalmente coerente non riescono tuttavia a correggere la irragionevolezza intrinseca e a nostro parere inemendabile della norma. Anche ammettendo che il riferimento al «fatto materiale» debba essere inteso come a un «fatto-inadempimento» – ovvero come necessaria contestazione di un fatto idoneo a integrare gli estremi della giusta causa (art. 2119 cod. civ.) o del giustificato motivo soggettivo (art. 3, legge n. 604 del 1966)([985]) –, in forza della precisa formulazione lessicale della norma resterebbero infatti fuori dall'ambito applicativo dell'art. 3, comma 2, del d.lgs. n. 23 del 2015, per rientrare in quello del primo comma della medesima disposizione, «i casi in cui non sussiste la rimproverabilità subiettiva dell'inadempimento»([986]). Il che solleva però immediatamente la insuperabile questione della irragionevole disparità di trattamento, nella selezione dei rimedi applicabili, tra le ipotesi di licenziamento disciplinare che rientrano nel perimetro stretto dell'art. 3, comma 2, e quelle che vengono viceversa attratte nella fattispecie residuale del primo comma([987]).

([983]) Di «misfatto normativo» parla, ironizzando sulle stesse parole del legislatore, P. TULLINI, *Il contrappunto delle riforme nella disciplina dei licenziamenti individuali*, in *Argomenti dir. lav.*, 4-5/2015, 788.

([984]) V. il punto 5.1.3.1 del *Considerato in diritto* della sentenza.

([985]) V. principalmente L. NOGLER, *I licenziamenti*, cit., 516 ss.

([986]) Ivi, 518.

([987]) La consapevolezza del contrasto di tale irrazionale scelta legislativa con l'art. 3 Cost. affiora del resto anche in quanti sostengono che, con l'art. 3, comma 2, d.lgs. n. 23 del 2015 sarebbe ormai «acquisito» – addirittura con implicito effetto di «interpretazione autentica» del quarto comma dell'art. 18 St. lav., come novellato dalla legge n. 92 del 2012 – che «la nuova disciplina del licenziamento, così per i lavoratori occupati alla data del 6 marzo 2015 come per quelli assunti dopo tale data, postula due distinte operazioni concettuali»: la prima, diretta a una «ricognizione della *ricorrenza di una causa legittimante* il licenziamento disciplinare»; la seconda (condizionata all'acclarata illegittimità del recesso) volta alla sola «verifica della *sussistenza/insussistenza del fatto*», e finalizzata alla selezione del «meccanismo sanzionatorio applicabile» (indennità o reintegrazione); così R. DE LUCA TAMAJO, *Licenziamento*, cit., 272 (corsivi nel testo citato). Anche tali autori sono invero costretti a temperare la tesi del puro «fatto materiale», ammettendo che esso (oltre che soggettivamente imputabile in quanto assistito da un *minimum* di volontarietà e consapevolezza) debba avere «un sia pur minimo rilievo disciplinare» (ivi, 280; e nello stesso senso M. MARAZZA, *Il regime sanzionatorio del licenziamento nel* jobs act, in *Argomenti dir. lav.*, 2015, 310 ss., spec. 324-325; M. PERSIANI, *Noterelle su due problemi di interpretazione della nuova disciplina dei licenziamenti*, ivi, 393 ss.; F. BUFFA, *La nuova disciplina dei licenziamenti e le fonti internazionali*, ivi, 566 ss.). Ma anche scontando tale minimale ortopedia interpretativa, resta la ineliminabile irragionevolezza del criterio adottato dal legislatore per la selezione delle

6. Segue: gli artt. 4, 9 e 10 del d.lgs. n. 23 del 2015.

La sentenza in commento non tocca, inoltre, sempre per difetto di rilevanza nel giudizio *a quo*([988]), l'art. 4 del d.lgs. n. 23 del 2015, sul quale non è intervenuto neppure il «decreto dignità». Ne consegue che, nelle ipotesi in cui il licenziamento sia intimato con violazione del requisito di motivazione di cui all'art. 2, comma 2, della legge n. 604 del 1966 o della procedura di cui all'art. 7 St. lav., la misura dell'indennità – compresa tra un minimo di due e un massimo di dodici mensilità dell'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto – resta rigidamente correlata all'anzianità di servizio del lavoratore([989]), senza che al giudice sia consentito graduarne l'importo in relazione anche alla gravità del vizio formale o procedurale (come è invece previsto dall'art. 18, comma 6, della legge n. 300 del 1970). Nell'evidente impossibilità di un'interpretazione costituzionalmente adeguata di fronte al chiarissimo tenore letterale della disposizione, sarà allora inevitabile prospettare di nuovo la relativa questione alla Corte costituzionale, visto che l'art. 4 del d.lgs. n. 23 impone di utilizzare quel medesimo meccanismo rigido e standardizzato, del tutto insensibile alle peculiarità del caso concreto, che la Corte ha censurato – anzitutto *ex* art. 3 Cost. – nella sentenza che si annota. Ma v'è anche da chiedersi, più al fondo, se sia ragionevole la scelta di svalutare a tal punto il rilievo sanzionatorio delle violazioni formali e procedurali rispetto a quelle sostanziali, da prevedere per le prime una soglia minima e un tetto massimo che, dopo il «decreto dignità»([990]), sono pari a un terzo (e non più alla metà, come avviene invece nell'art. 18, comma 6, St. lav.) di quelli previsti per le seconde (rispettivamente due contro sei e dodici contro trentasei mensilità).

Rimane poi il *vulnus* in tema di licenziamenti collettivi, visto che il rimedio previsto dall'art. 10 del d.lgs. n. 23 del 2015, pur dopo l'adeguamento legislativo e la correzione della Corte costituzionale, appare afflitto da profili di irragionevolezza senz'altro aggravati rispetto a quelli che inficiavano il primo comma dell'art. 3. Da un lato, infatti, appare qui addirittura esaltata – e quindi viepiù ingiustificabile – la disparità di trattamento tra vecchi e nuovi assunti, laddove, di fronte ad uno stesso licenziamento collettivo affetto dai medesimi vizi sostanziali di violazione dei criteri di scelta dei lavoratori, solo ai primi la legge riserva la tutela reintegratoria (con lo speciale rito regolato dai commi da 48 a 68 dell'art. 1 della legge n. 92 del 2012), lasciando viceversa ai secondi (che dovranno introdurre il ricorso nei modi ordinari) quella meramente indennitaria. D'altro lato, la norma appare anche internamente incoerente, nella misura in cui riunifica sotto un unico regime vizi (rispettivamente procedurali e sostanziali) cui il legislatore recente (sia della legge n. 92 del 2012 che dello stesso d.lgs. n. 23 del 2015) mostra di voler per contro attribuire un diverso disvalore giuridico, con conseguente differenziazione della intensità dei rimedi applicabili.

---

tutele, che – specie nell'area applicativa del d.lgs. n. 23 del 2015 (che ha eliminato il riferimento alle previsioni disciplinari dei contratti collettivi, presente invece nell'art. 18, comma 4, St. lav.) – finisce per trattare in modo fortemente differenziato situazioni analoghe sotto il profilo della qualificazione (e del connesso disvalore) giuridico dell'atto datoriale di recesso; e ciò proprio perché, nei casi in cui trova applicazione il solo indennizzo risarcitorio, anche «un inadempimento di esigua importanza può provocare la definitiva cessazione del rapporto, seppure accompagnata da una sanzione puramente indennitaria» (R. DE LUCA TAMAJO, *Licenziamento*, cit., 271).

([988]) V. il punto 5.1.1 del *Considerato in diritto*.

([989]) Una mensilità per ogni anno di servizio.

([990]) Il legislatore del 2018 (art. 1, comma 1-bis, del «decreto dignità», come integrato in sede di conversione) ha invece opportunamente curato di adeguare le misure minima e massima dell'offerta conciliativa di cui all'art. 6, comma 1, d.lgs. n. 23 del 2015, portandone l'importo, rispettivamente, a tre e ventisette mensilità.

Infine, ma certo non da ultimo per ordine d'importanza dei profili d'irrazionalità sistematica della vigente disciplina([991]), a maggior ragione dopo l'intervento recente del legislatore e della Corte costituzionale, risalta l'assoluta inidoneità delle previsioni dell'art. 9, comma 1, del d.lgs. n. 23 del 2015 ad apprestare rimedi adeguati contro i licenziamenti illegittimi nelle piccole imprese. Il tetto massimo dell'indennità non può infatti mai superare, in tali casi, le sei mensilità, con uno scarto che non solo appare eccessivo rispetto a quanto previsto per i datori di lavoro di maggiori dimensioni dal primo comma dell'art. 3 del d.lgs. n. 23 del 2015, ma che rimane significativo anche rispetto a quanto consente l'art. 8 della legge n. 604 del 1966([992]). Ci sembra palese come un tale irrisorio limite massimo, per di più ormai assai vicino alla soglia indennitaria minima([993]), non risulti idoneo – specie se raffrontato con quanto prevede per situazioni omologhe l'art. 8 della legge n. 604 del 1966 – a soddisfare il *test* di adeguatezza e dissuasività così come articolabile, in particolare, alla stregua dell'art. 24 della Carta sociale europea([994]).

([991]) Cfr. anche G. MIMMO, *La disciplina sanzionatoria*, cit., par. 41.

([992]) Visto che tale disposizione consente di maggiorare la misura massima dell'indennità fino a 10 mensilità per il prestatore di lavoro con anzianità superiore ai dieci anni e fino a 14 per quello con anzianità superiore ai venti, se dipendenti da datore di lavoro che occupa più di quindici lavoratori.

([993]) Che, essendo d'importo dimezzato rispetto a quanto previsto dall'art. 3, comma 1, d.lgs. n. 23 del 2015, deve ritenersi pari, ora, a tre mensilità. Onde, *ex* art. 9, comma 1, il giudice avrà a disposizione, per graduare la misura dell'indennizzo, un *range* contenuto (soltanto) tra le 3 e le 6 mensilità.

([994]) Cfr. quanto al riguardo rileva la sentenza in commento al punto 14 del *Considerato in diritto*, nonché, in dottrina, F. BUFFA, *La nuova disciplina*, cit., 583, e – *amplius* – G. ORLANDINI, *La tutela contro il licenziamento ingiustificato nell'Unione europea*, in *Giornale dir. lav. rel. ind*., 2012, 619 ss.

Il contratto di lavoro subordinato a tempo determinato e la somministrazione di lavoro alla prova del decreto dignità*

Pasquale Passalacqua

PARTE PRIMA.

1. L'indagine: la valutazione del nuovo assetto del contratto di lavoro a termine dopo il *decreto dignità* del 2018. L'*intentio* del legislatore. 325

2. Le novità: la riduzione del termine di durata massima. 326

3. Le condizioni di utilizzo. 329

4. I rinnovi. 332

5. Le proroghe. 333

6. I nuovi limiti percentuali congiunti. 339

7. Il regime transitorio. 341

8. Il ruolo della contrattazione collettiva. Il possibile intervento della contrattazione "di prossimità". 343

9. Le permanenti tensioni nella macroarea delle ipotesi escluse. 345

10. Quali sono gli equilibri oggi raggiunti? Il rapporto con il contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato. 347

PARTE SECONDA.

11. L'indagine: la valutazione del nuovo assetto della somministrazione di lavoro dopo il *decreto dignità* del 2018. 348

12. La liberalizzazione del contratto commerciale di somministrazione realizzata dal Jobs Act e non incisa dal *decreto dignità*. 349

13. Le novità apportate dal decreto dignità: le regole sul contratto di lavoro a termine applicabili al rapporto di lavoro a termine tra agenzia di somministrazione e lavoratore. La durata del contratto. 351

13.1. L'applicazione delle condizioni di utilizzo del contratto a termine "esclusivamente all'utilizzatore". 353

13.2. Le proroghe. 356

13.3. I rinnovi. 358

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 380/2018

14. Il limite di impiego a termine del lavoratore da parte dell'impresa utilizzatrice. 360

15. I nuovi limiti quantitativi congiunti con i contratti a termine. 362

16. La reintroduzione della somministrazione fraudolenta, i nuovi termini di impugnazione e l'esclusione della fornitura di lavoro portuale temporaneo. 364

17. L'impatto delle novità in relazione alla perdurante funzione anche occupazionale dell'istituto. 366

PARTE PRIMA.

1. L'indagine: la valutazione del nuovo assetto del contratto di lavoro a termine dopo il *decreto dignità* del 2018. L'*intentio* del legislatore.

Per una prima valutazione complessiva dell'intervento del legislatore del 2018 appare utile chiedersi quale siano state le finalità esplicitamente o implicitamente volute o sottese dal legislatore poste alla base del decreto dignità, almeno limitatamente alle modifiche apportate al contratto di lavoro a tempo determinato. Il tentativo è quello di intravedere e far emergere una direzione, pur nella permanente consapevolezza che gli interventi legislativi sui singoli istituti vanno sempre apprezzati in contesti più ampi, non sempre facilmente delimitabili.

Il contratto di lavoro a tempo determinato è un contratto tormentato, tanto che il suo *iter* recente somiglia a una *via crucis*. Mentre invero, pur se interessata da modifiche successive, la legge 230 del 1962 ha avuto vigenza per quasi quarant'anni, dal 2001 - data del d.lgs. n. 368 con cui fu data anche attuazione alla direttiva comunitaria 99/70 - l'istituto non trova pace e gli equilibri sui quali viene costruito sono stati sgretolati più volte e più volte ricostruiti, ma più che mai "a tempo determinato", connotati da più o meno decisi mutamenti di rotta.

Probabilmente l'impervio percorso costruito è sintomo del sovraccarico funzionale di cui è vittima l'istituto. Il contratto di lavoro subordinato a tempo determinato si trova infatti nel mezzo nell'ideale campo di gioco (per non dire di battaglia) del mercato del lavoro. Da un alto si posiziona la stella polare (sempre meno splendente e sempre meno polare) dell'archetipo del contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato, ancora baluardo delle tutele lavoristiche, rispetto al quale viene considerato un *minus*, un figlio minore, e, anzi, quale prima figura di lavoro precario. Al contempo, dall'altro lato è esso stesso da considerare un argine al lavoro precario più "duro" diremmo, quello costruito sulle forme di lavoro via via meno subordinate e più (almeno formalmente) autonome, che trova il suo estremo nel lavoro non formalizzato "in nero". Se si trova nel mezzo si trova, suo malgrado, dunque al centro delle tensioni che si scatenano nella direzione della ricerca di difficili e stabili punti di equilibrio. Peraltro, si tratta di una forma di lavoro subordinato e, anche per questo, risulta tecnicamente meno difficile intervenire e far assurgere le misure adottate a simbolo dell'ennesima riforma del mercato del lavoro, mentre, come noto, ben più arduo si rivela l'intervento sulle forme di lavoro non subordinato, ancora lontane da un assetto stabile e condiviso, nonché l'azione sui sistemi di collocamento ovvero di incontro tra domanda e offerta di lavoro[995]. Più facile, insomma, rivolgersi al contratto a termine, a volte peraltro indotti dalle pressioni del diritto eurounitario, in verità utilizzato anche come alibi.

In un tale contesto, il contratto del Governo giallo-verde del 18 maggio 2018 sul lavoro si esprime così "Particolare attenzione sarà rivolta al contrasto della precarietà, causata anche dal "jobs act", per costruire rapporti di lavoro più stabili e consentire alle famiglie una programmazione più serena del loro futuro"[996]. Il Capo I del Decreto dignità intitolato "*Misure per il contrasto al preca-*

---

[995] Cfr., per una recente riflessione in tale direzione, calata sull'attuale stagione di Governo, L. ZOPPOLI, *Il diritto del lavoro gialloverde: tra demagogia, cosmesi e paralisi regressiva*, WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT – 377/2018, 8 ss.

[996] Pag. 29.

riato" racchiude gli interventi non solo in materia di contratto di lavoro a termine e di somministrazione, ma anche in tema di esonero contributivo per l'assunzione di giovani, di indennità di licenziamento, di lavoro occasionale, nonché di norme atte a rafforzare gli organici nei centri per l'impiego. Il capo si chiude con la previsione di una relazione annuale alle Camere del Ministro del lavoro e delle politiche sociali sugli effetti occupazionali e finanziari derivanti dall'applicazione delle disposizioni dettate nel suddetto Capo I[997].

Attraverso il decreto dignità – ricco, a detta di tanti, di "abusi semantici", a partire dal riferimento alla dignità[998] - gli interventi sul contratto a tempo determinato appaiono, dunque, volti a promuovere l'occupazione stabile, sul presupposto che una più stringente regolamentazione dell'istituto possa indurre il datore di lavoro a trasformare quel determinato rapporto a termine in un contratto a tempo indeterminato. Tuttavia, la parallela e, secondo molti, più realistica conseguenza risulta essere quella di un'accentuata implementazione del *turn over* tra i lavoratori. Alla fine del contratto a termine ora di ventiquattro mesi, o, più facilmente alla fine del periodo libero da causale di dodici mesi, quel lavoratore a termine verrà sostituito da un altro lavoratore a termine, con il quale il datore inizierà di nuovo a "spendere" il contratto a termine "libero" dei dodici mesi[999]. Si tratta di una finalità di certo non esplicitata, ma al contempo anche implicitamente preventivata, nella prospettiva che anche un accentuato *turn over* possa essere funzionale a un mercato del lavoro più efficiente. Su questo punto saranno solo assestati dati statistici successivi a rendere possibile un giudizio più saldo.

2. Le novità: la riduzione del termine di durata massima.

Ai fini di una valutazione complessiva degli equilibri raggiunti sul piano della disciplina applicabile, occorre passare all'analisi delle novità apportate dal decreto dignità del 2018.

La riduzione della durata massima complessiva da 36 a 24 mesi rappresenta ovviamente una regola più stringente rispetto all'assetto delineato dal Jobs Act, ma non per questo pare da considerare eccentrica con riguardo al panorama dei Paesi membri dell'Unione europea, se si pensa ad. es, che in Francia il limite di durata massima è fissato in 18 mesi e il contratto è astretto da precise causali; in Germania il limite di durata massima è pari a 24 mesi, salvo vi siano motivi oggettivi e il numero dei rinnovi è limitato; in Spagna il limite di durata può giungere solo in alcuni casi a tre o quattro anni, ma comunque astretto a condizioni legittimanti[1000].

Si tratta di un limite che, già in base alla formula adottata dal legislatore nel 2015, opera anche per il singolo primo contratto[1001], consentendo di superare perplessità palesate dalla dottrina in base alla più incerta normativa previgente sul punto[1002].

---

997 Art. 3-*ter*, d.l. n. 87 del 2018, articolo introdotto dalla l. di conversione n. 96 del 2018.

998 Cfr. F. SCARPELLI, *Convertito in legge il "decreto dignità": al via il dibattito sui problemi interpretativi e applicativi*, in *Giustiziacivile.com*, 3.9.18, 3 ss.

999 Cfr. F. SCARPELLI, *Convertito in legge il "decreto dignità"*, cit., 7.

1000 V. *Il lavoro temporaneo tra contratti a termine e somministrazione. Prima analisi in vista del c.d. decreto dignità*, a cura di V. Ferro, M. Menegotto, F. Seghezzi, ADAPT LABOUR STUDIES e-Book series n. 72, 13 ss.

1001 Cfr., in termini, in riferimento al precedente limite dei 36 mesi V. SPEZIALE, voce *Lavoro a termine*, in *Enc. dir.*, *Aggiornamento*, Milano, 2016, 499.

1002 Il dubbio nasceva dal fatto che nell'ambito della previgente disposizione sulla proroga del contratto dettata dall'art. 4, comma 1, d.lgs. n. 368 del 2001, era previsto che «con esclusivo riferimento a tale ipotesi la durata complessiva del rapporto a termine non

Invece, il solo limite di durata complessiva dei 24 mesi opera con riferimento a contratti a termine successivi "conclusi per lo svolgimento di mansioni di pari livello e categoria legale"[1003]. Pertanto, nel caso in cui le mansioni attribuite siano ascrivibili a un diverso livello contrattuale, la durata di quei contratti a termine non si somma a quei fini. Se il collegamento espresso allo "svolgimento" delle mansioni induce a far riferimento non al profilo del formale inquadramento, ma alle mansioni svolte effettivamente dal lavoratore, potrebbe in caso di contenzioso emergere l'interesse del datore di lavoro ad "autodenunciarsi", provando cioè l'adibizione del lavoratore a termine a mansioni diverse, magari di livello superiore, ma entro i sei mesi, al fine di impedire la sommatoria di contratti di lavoro a termine successivi e, sfuggire così, in caso di sforamento, alla conseguenza della conversione in contratto di lavoro a tempo indeterminato.

Altresì immodificata resta l'inclusione nel periodo ora di ventiquattro mesi, anche dei periodi di missione, sempre aventi ad oggetto mansioni di pari livello e categoria legale, svolti tra i medesimi soggetti, nell'ambito di somministrazioni di lavoro a tempo determinato[1004].

Ora, in virtù delle novità apportate dal decreto dignità del 2018, anche in caso di successione di contratti il termine complessivo passa da trentasei a ventiquattro mesi[1005], mentre alla contrattazione collettiva resta, come in precedenza, delegato il potere di disporre limiti diversi. Delega che è concessa, tuttavia, solo in relazione alla durata complessiva di distinti contratti a termine stipulati con il medesimo lavoratore e, dunque, solo in tema di successione dei contratti e non per quanto riguarda la durata del singolo contratto, che comunque è destinato a incontrare il limite dei 24 mesi.

In ogni caso, l'ampia formula confermata dal legislatore del 2015 ("Fatte salve le diverse disposizioni dei contratti collettivi")[1006] induce a ribadire che la contrattazione collettiva «selezionata» possa intervenire sui limiti di durata sia abbreviando il termine ora dei 24 mesi che, al contrario, autorizzando un termine più lungo di questo previsto direttamente dalla legge per la durata massima dei contratti di lavoro a termine (in successione o meno), ovvero prevedere la fissazione di un numero massimo di rinnovi o, anche, il lasso temporale tra un contratto a termine e il successivo superato il quale il conteggio ora dei 24 riprenda a decorrere da capo[1007]. La contrattazione collettiva ha già fornito diffusa prova di interventi del genere, introducendo limiti diversi in caso

---

potrà essere superiore ai tre anni», lasciando così aperta la possibilità che in caso di contratto unico tale limite potesse essere superato.

[1003] Art. 19, comma 2, d.lgs. n. 81 del 2015, comma così modificato dall'art. 1, comma 1, lett. a), n. 2), d.l. 12 luglio 2018, n. 87, convertito, con modificazioni, dalla l. 9 agosto 2018, n. 96.

[1004] Art. 19, comma 2, d.lgs. n. 81 del 2015.

[1005] Art. 19, comma 2, d.lgs. n. 81 del 2015, comma così modificato dall'art. 1, comma 1, lett. a), n. 2), d.l. 12 luglio 2018, n. 87, convertito, con modificazioni, dalla l. 9 agosto 2018, n. 96.

[1006] Art. 19, comma 2, d.lgs. n. 81 del 2015.

[1007] Cfr., *ex plurimis*, in riferimento al quadro regolativo del 2015, che prevedeva un termine di 36 mesi, C. ALESSI, *Il lavoro a tempo determinato dopo il d.lgs. 81 del 2015*, in G. ZILIO GRANDI-M. BIASI (a cura di), *Commentario breve alla Riforma "Jobs Act"*, Cedam, Padova, 2015, 27; ma già, in relazione a quello precedente, M. BROLLO, *La nuova flessibilità semplificata del lavoro a termine*, in *ADL*, 2014, 3, 584 e, inoltre, si consenta, A. PANDOLFO, P. PASSALACQUA, *Il nuovo contratto di lavoro a termine*, Torino, 2014, 92; tale lettura era seguita anche dalla Circolare n. 18 del Ministero del lavoro del 30 luglio 2014.

di utilizzo soltanto di contratti a tempo determinato ovvero anche in relazione all'utilizzo di lavoratori in somministrazione[1008], che si attestano di solito sui 44 mesi[1009], sebbene si arrivi anche fino ai 60 mesi[1010]. In alcuni casi si è giunti sino a prevedere l'eliminazione di ogni limite di durata complessiva dei contratti a termine stipulati tra le medesime parti, sia nel quadro del contratto a termine «causale»[1011], sia, successivamente, dopo il suo superamento nel 2014[1012], oggi esso stesso superato dalla nuova introduzione delle causali[1013].

Occorre a questo punto chiedersi se le determinazioni della contrattazione collettiva assunte in un quadro normativo che consentiva una durata massima complessiva dei contratti a termine in 36 mesi possano sopravvivere ora che la legge, attraverso il decreto dignità del 2018, ha portato tale durata massima a 24 mesi. A ben vedere, a nostro avviso, il problema avrebbe potuto porsi in maniera fondata – e comunque solo per i contratti a termine stipulati dopo l'entrata in vigore della nuova normativa[1014] - nel caso in cui il legislatore avesse assunto una linea di intervento opposta, tendente cioè a innalzare il limite, portando, ad es., la durata massima a 48 mesi, al posto dei 36 precedenti. Allora, in una tale ipotesi clausole contrattuali, come quelle in precedenza menzionate, che avessero fissato il limite a 44 mesi, avrebbero mutato natura, da clausole di maggior apertura per l'utilizzo dei contratti a termine in quel determinato settore rispetto al limite legale dei 36 mesi, in clausole più restrittive rispetto al nuovo limite dei 48 mesi, svolgendo così una funzione opposta a quella che volevano realizzare. Invece, in relazione alla modifica del 2018, che ha portato a 24 mesi la durata massima del contratto a termine, problemi del genere non si pongono, in quanto, sempre per restare al nostro esempio, la clausola collettiva che ha disposto l'innalzamento del limite a 44 mesi continua ad assumere la medesima valenza che aveva in precedenza, ossia quella di previsione di maggior apertura per l'utilizzo dei contratti a termine in quel determinato settore rispetto al limite legale prima dei 36 mesi e ora dei 24 mesi. Ovviamente resta nella disponibilità delle parti la possibilità di addivenire a qualunque modifica dei precedenti accordi, innalzando, riducendo o anche eliminando il limite concordato in sede di contrattazione collettiva.

1008 Cfr. I. ALVINO, *Autonomia collettiva e legge nella regolamentazione dei rapporti di lavoro a termine*, in R. DEL PUNTA-R. ROMEI (a cura di), *I rapporti di lavoro a termine*, Giuffrè, Milano, 2013, 57, il quale fa riferimento, ad es., all'art. 3, CCNL imprese farmaceutiche, 4 marzo 2013, per cui «la successione dei contratti a tempo determinato, effettuati per motivazioni non collegate a esigenze stagionali o a commesse specifiche, in capo allo stesso lavoratore, non superi la durata complessiva di 48 mesi in un arco di 5 anni, ovvero di 54 mesi in un arco temporale di 69 mesi nel caso di successione di contratti a termine e contratti di somministrazione».

1009 V. per la previsione di un periodo di 44 mesi anche nel caso di somministrazione di lavoro, il CCNL industria metalmeccanica 15 ottobre 2008; il CCNL metalmeccanici cooperative 26 gennaio 2010, il CCNL energia e petrolio Confindustria 23 marzo 2010; il CCNL Aziende industriali orafe e argentarie 23 settembre 2010; il CCNL Industria gomma, cavi elettrici e materie plastiche 18 marzo 2010, il CCNL ceramica e piastrelle Confindustria 22 ottobre 2010 e il CCNL vetro Confindustria 9 dicembre 2010; cfr., per tali riferimenti, M. LOZITO, *Tendenze della contrattazione nazionale in materia di contratto a termine, part-time e apprendistato professionalizzante*, Working paper C.S.D.L.E. «Massimo D'Antona».IT, 186/2013, 15.

1010 V. CCNL aziende grafiche e delle aziende editoriali anche multimediali 16 ottobre 2014, che eleva il limite dei 36 mesi di ulteriori 24 mesi in caso di assunzione con contratto a termine di lavoratori occupati nei precedenti 12 mesi con contratti di lavoro autonomo o di somministrazione (art. 27).

1011 Cfr. M. LOZITO, *Tendenze della contrattazione nazionale*, cit., il quale fa riferimento al CCNL Giornalisti Fieg, Fnsi 22 aprile 2009 (che esclude l'operatività del predetto limite per determinate ipotesi causali di ricorso al contratto a termine) e al CCNL Autostrade e trafori Federreti e Fise Acap 4 agosto 2011 (che esclude il predetto limite per determinate figure professionali).

1012 V. l'Accordo per l'attuazione delle disposizioni in materia di contratto a tempo determinato e di apprendistato del turismo del 16 giugno 2014.

1013 V. nuovo art. 19, comma 1, d.lgs. n. 81 del 2015.

1014 Art. 1, comma 2, d.l. n. 87 del 2018.

Va comunque rimarcato che l'effettivo impatto di simili previsioni collettive sembra ora ridursi, in quanto in ogni caso ci troviamo di fronte a ipotesi di rinnovo del contratto a termine, che quindi incontra in ogni caso il limite sostanziale delle stringenti condizioni di utilizzo[1015], non superabile "normalmente" dalla contrattazione collettiva[1016]. Se questo ulteriore limite finisce col restringere lo spazio di reale fruibilità delle "aperture" previste in sede collettiva, al contempo finisce con l'aiutare sul piano della compatibilità euro-unitaria della normativa nazionale, giacché il rinnovo comunque "motivato", a prescindere dalla sua durata, integra una delle condizioni declinate dalla nota clausola 5 dell'Accordo quadro recepito nella direttiva 1999/70/CE, che gli Stati sono chiamati a prevedere per prevenire gli abusi derivanti dall'utilizzo di una successione di contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato[1017].

Infine, non ha subito modifiche la disposizione che prevede la possibile stipula tra gli stessi soggetti di un ulteriore contratto della durata massima di dodici mesi presso la direzione territoriale del lavoro competente per territorio (oggi Ispettorato territoriale)[1018], che ora si deve intendere attivabile una volta superato il limite vigente dei 24 mesi. Si deve ritenere che in ogni caso questo ulteriore contratto, qualificabile come rinnovo, sia comunque astretto al rispetto delle condizioni di utilizzo. Inoltre, se stipulato per un termine inferiore ai dodici mesi (ad es. per otto mesi) non pare possa essere prorogato fino a dodici mesi, giacché la scelta operata in sede amministrativa non può essere poi mutata, pena la violazione della prevista procedura, con conseguente conversione in contratto a tempo indeterminato dalla data della stipulazione[1019]. In ogni caso, come ribadito anche dalla Circolare ministeriale, che riprende sul punto una precedente Circolare del 2008, la stipula nella sede prevista vale soltanto a verificare la completezza e la correttezza formale del contenuto del contratto, nonché la genuinità del consenso del lavoratore alla sua sottoscrizione, ma non determina "effetti certificativi in ordine alla effettiva sussistenza dei presupposti giustificativi richiesti dalla legge"[1020].

3. Le condizioni di utilizzo.

Il maggiore indice del deciso cambiamento di rotta impresso dal decreto dignità alla normativa sul contratto di lavoro a termine è rappresentato dell'imposizioni di nuove condizioni per i contratti a termine di durata complessiva superiore a dodici mesi[1021], nonché in ogni caso di rinnovo[1022]. Va subito rimarcato che alcuni dei migliori autori parlino di causali quasi "impossibili"[1023], o, comunque, in pratica difficilmente utilizzabili[1024], tanto da rinunciare a impegnarsi in una loro

---

1015 Cfr. in termini anche A. MARESCA, *I rinvii della legge all'autonomia collettiva nel Decreto dignità*, in *LavoroDirittiEuropa*, 2, 2018, 3.

1016 Sul punto v. *infra*, § 8.

1017 La ricordata clausola 5, § 2, lett. a) individua a tali fini la misura consistente nelle "*ragioni obiettive per la giustificazione del rinnovo dei suddetti contratti o rapporti*".

1018 Art. 19, comma 3, primo periodo, d.lgs. n. 81 del 2015.

1019 Art. 19, comma 3, secondo periodo, d.lgs. n. 81 del 2015.

1020 Così Circ. Min. lav. 31 ottobre 2018, n. 17.

1021 Art. 19, comma 1, d.lgs. n. 81 del 2015, comma così modificato dall'art. 1, comma 1, lett. a), n. 1), d.l. 12 luglio 2018, n. 87, convertito, con modificazioni, dalla l. 9 agosto 2018, n. 96.

1022 Art. 21, comma 1, d.lgs. n. 81 del 2015, comma così modificato dall'art. 1, comma 1, lett. b), n. 1), d.l. 12 luglio 2018, n. 87, convertito, con modificazioni, dalla l. 9 agosto 2018, n. 96.

1023 Così V. SPEZIALE, *La riforma dei contratti a termine*, Intervento ai Seminari di Bertinoro "*Dal contratto di Governo agli interventi legislativi*", Bologna, 28-29 novembre 2018.

1024 A. MARESCA, *I rinvii*, cit., 3.

decodificazione.

Pur non sottraendoci all'arduo tentativo di interpretarle, osserviamo che le condizioni imposte si rivelano molto più stringenti di quelle in passato imposte nel quadro del d.lgs. n. 368 del 2001, che faceva riferimento, lo si ricorda, a "ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo, anche se riferibili alla ordinaria attività del datore di lavoro"[1025]. Al contempo, a ben vedere, si tratta di condizioni più restrittive anche rispetto ai dettami della legge n. 230 del 1962, posta ad archetipo della normativa rigida lavoristica. Basti pensare che in quel contesto le ipotesi tassativamente indicate non solo erano molteplici (e via via aumentate), ma che non vi era alcun limite di durata predeterminata per legge del contratto di lavoro a termine – se non per i dirigenti, ma in quel caso senza causale – mentre, invece, la normativa attuale la fissa in 24 mesi.

Il doppio limite, temporale e causale, già adottato dal d.lgs. n. 368 del 2001, a partire dalla sua versione novella del 2007 (per l'ipotesi della successione dei contratti)[1026] e fino alle modifiche del 2014[1027], resta comunque artificioso, giacché somma due criteri, la durata e le ragioni, di per sé ontologicamente non cumulabili. Cioè, pare evidente, se una determinata ragione che giustifichi il ricorso al contratto a termine sussiste, allora potrebbe sussistere anche a prescindere dal superamento del limite dei 24 mesi.

In particolare, in relazione alle "esigenze temporanee e oggettive, estranee all'ordinaria attività, ovvero esigenze di sostituzione di altri lavoratori"[1028] sembra che il *puntum dolens* si incentri sulla estraneità dell'esigenza da soddisfare attraverso il contratto di lavoro a termine all'ordinaria attività dell'impresa. Deve dunque trattarsi di una attività comunque stra-ordinaria, tanto che una rigida interpretazione di un tale requisito rende davvero difficile passare attraverso questa ipotesi. Si può pensare alla realizzazione sperimentale di un nuovo prodotto, legata a un progetto determinato nel tempo. Oppure, come proposto, stirando la norma, a eventi solo strumentali all'attività di impresa, come la campagna marketing per il lancio di un nuovo prodotto[1029].

Nella formula del 2018 è poi contenuta un'altra distinta ipotesi, in quanto qui il sempre ambiguo "ovvero" giuridico assume il significato dell'oppure, cioè di un'ipotesi alternativa, quella oggettivamente e più facilmente delineabile delle esigenze di sostituzione di altri lavoratori, si deve ritenere, aventi diritto alla conservazione del posto, come in caso di malattia o congedi di vario tipo. Questa trova riscontro un suo antecedente in analoga previsione dettata sempre dalla l. n. 230 del 1962[1030], la quale, tuttavia, richiedeva espressamente l'indicazione nel contratto a termine del nome del sostituito e della causa della sostituzione.

Il dubbio si pone in quanto, a seguire il dettato della legge, la specificazione delle esigenze viene imposta soltanto in caso di rinnovo e proroga del contratto di lavoro a termine[1031], ma non per il

---

[1025] Art. 1, d.lgs. n. 368 del 2001.

[1026] Art. 5, comma 4-*bis*, inserito dall'art. 1, comma 40, lett. b), l. 24 dicembre 2007, n. 247.

[1027] Art. 1, comma 1, d.lgs. n. 368 del 2001, come modificato dall'art. 1, comma 1, lett. a), n. 1), d.l. 20 marzo 2014, n. 34, con il quale furono (allora) eliminate le causali, permanendo il limite di durata massima (allora) di 36 mesi.

[1028] Art. 19, comma 1, lett. a), d.lgs. n. 81 del 2015.

[1029] Cfr. A. BOLLANI, *Contratto a termine e somministrazione nelle scelte del legislatore del 2018*, in *DPL*, inserto, n. 40/2018.

[1030] Art. 1, punto 2, lett. b), l. n. 230 del 1960.

[1031] Art. 19, comma 4, d.lgs. n. 81 del 2015.

primo contratto, tanto che il nominativo del sostituito sarebbe necessario solo nei primi casi[1032]. Una lettura *costruens*, a mio avviso, pare consentire di edulcorare la rilevata discrasia, declinando l'imposta "specificazione delle esigenze" – richiesta per tutte le condizioni previste – nel significato di individuazione ed esplicitazione nel caso concreto delle stesse. Ne deriva, da un lato la necessità di attendere alla prescrizione di legge, per tutte le "condizioni" anche in relazione al primo contratto; dall'altro, con particolare riguardo all'ipotesi qui vagliata, espressa la ragione sostitutiva, il nome del sostituito, comunque opportuno, potrebbe anche non essere richiesto ai fini della validità della condizione. Pare sul punto, poi, potersi riproporre la lettura sposata dalla giurisprudenza formatasi sul richiamato art. 1, d.lgs. n. 368 del 2001, volta a legittimare anche sostituzioni "per scorrimento"[1033].

La terza condizione che fa poi riferimento alle "esigenze connesse a incrementi temporanei, significativi e non programmabili, dell'attività ordinaria"[1034], pare aprire qualche spazio di manovra, proprio in quanto ascrivibile all'ordinaria attività dell'impresa. Qui dubbi interpretativi paiono emergere in relazione al carattere, necessariamente compresente, degli incrementi di attività, che devono (come appare scontato) essere temporanei, ma, altresì, significativi e non programmabili. Di certo occorre riferirli alla realtà della singola impresa, ma il margine di apprezzamento del giudice pare assai largo. Si può pensare a una commessa non prevista, da evadersi in poco tempo. In ogni caso, pare non possa trattarsi di eventi ciclici, che assumerebbero, invece, il carattere della programmabilità. Così sarebbero escluse le cd. "punte stagionali", come noto oggetto di specifica previsione in passato[1035], ma comunque da distinguere dalle attività stagionali, in quanto riguardano imprese che esercitano una normale attività che si svolge per tutto l'anno[1036].

La terza ipotesi pare possa trovare un precedente in una dei casi delineati nel quadro della l. n. 230 del 1962, che consentiva l'apposizione del termine "quando l'assunzione abbia luogo per la esecuzione di un'opera o di un servizio definiti e predeterminati nel tempo aventi carattere straordinario od occasionale"[1037]. In questa prospettiva si può riproporre e utilizzare il portato di parte della giurisprudenza formatasi su quella pur lontana disposizione, che ha parlato di "opere e servizi che, pur potendo consistere in un'attività qualitativamente identica a quella ordinariamente esercitata dall'impresa, ne determinino un incremento particolarmente rilevante, in relazione ad eventi isolati od eccezionali, sì da non poter essere affrontati con la normale struttura organizzativa e produttiva dell'impresa, per quanto efficiente ed adeguatamente programmata"[1038].

1032 Cfr. A. BOLLANI, *Contratto a termine e somministrazione*, cit.

1033 Così, da ultimo, Cass. 31.08.2017, n. 20647, per cui "il lavoratore assunto a termine per ragioni sostitutive di lavoratore assente non deve essere necessariamente destinato alle medesime mansioni o allo stesso posto del lavoratore assente, atteso che la sostituzione ipotizzata dalla norma va intesa nel senso più confacente alle esigenze dell'impresa; pertanto, non può essere disconosciuta all'imprenditore - nell'esercizio del potere di autorganizzazione - la facoltà di disporre (in conseguenza dell'assenza di un dipendente) l'utilizzazione del personale, incluso il lavoratore a termine, mediante i più opportuni spostamenti interni, con conseguente realizzazione di un insieme di sostituzioni successive per scorrimento a catena, sempre che vi sia una correlazione tra assenza ed assunzione a termine, nel senso che la seconda deve essere realmente determinata dalla necessità creatasi nell'azienda per effetto della prima".

1034 Art. 19, comma 1, lett. b), d.lgs. n. 81 del 2015.

1035 Cfr. in termini A. BOLLANI, *Contratto a termine e somministrazione,* cit.

1036 Cass. 8 marzo 2000, n. 2647.

1037 Art. 1, punto 2, lett. c), l. n. 230 del 1960.

1038 Cass. 3 luglio 2009, n. 15683; Cass. 7 giugno 2003, n. 9163; Cass. 6 maggio 1998, n. 4582; Cass. 9 novembre 1995, n. 11671.

Si può inoltre osservare che un ruolo importante per la tenuta delle condizioni richieste – ovviamente nei limiti in cui quelle indicate nel contratto corrispondano a quelle realizzate nel corso del rapporto a termine - può essere svolto dalle Commissioni di certificazione, che hanno orami acquisito un ruolo stabile e virtuoso nell'ordinamento, tanto che si registra un tasso di tenuta dei contratti certificati come noto molto elevato.

Risulta, come si può notare, comunque difficile enucleare inattaccabili criteri per identificare condizioni tanto stringenti. Osserviamo, in definitiva, che da un lato la normativa lavoristica non pare offrire chiari appigli per differenziare l'attività ordinaria da quella straordinaria, o anche per definire la non programmabilità di quella ordinaria e, dall'altro, come forse questo non possa trovare sicuri approdi dall'apporto dei giuristi del lavoro. Mi sembrano in definitiva concetti da affidare anche alla cognizione di cultori del diritto commerciale, ma anche delle scienze aziendalistiche, con i quali un confronto su tali tematiche pare quantomai necessario e da ricercare, anche, come notato, in qualità di componenti delle Commissioni di certificazione, nell'opera di accertamento della sussistenza delle descritte condizioni.

In caso di accertata assenza di causali, ovvero probabilmente, nei fatti, di mancata tenuta di quelle indicate dal datore di lavoro, le conseguenze previste, a leggere il testo delle norme, appaiono differenziate. Infatti, da un lato la legge oggi sancisce che "In caso di stipulazione di un contratto di durata superiore a dodici mesi in assenza delle condizioni di cui al comma 1, il contratto si trasforma in contratto a tempo indeterminato dalla data di superamento del termine di dodici mesi"[1039]. Dall'altro, invece, in tema di proroghe e rinnovi si stabilisce che "In caso di violazione di quanto disposto dal primo e dal secondo periodo, il contratto si trasforma in contratto a tempo indeterminato"[1040], senza ulteriori specificazioni. A ben vedere, è proprio la disposizione più particolareggiata a risultare non centrata, in quanto il vizio della mancanza di causale è da considerare genetico, tanto da produrre un'invalidità originaria del termine, sicché in entrambi i casi la trasformazione (*rectius* conversione) deve operare necessariamente *ex tunc*[1041]. La differenza si può apprezzare anche sul piano pratico, in quanto se si accedesse in questi casi alla conversione *ex nunc*, allora, ad es., il lavoratore non potrebbe agire prima dei dodici mesi, e al contempo, un contratto a termine di 15 mesi nato senza causale, potrebbe essere interrotto prima dei dodici mesi, senza compromettere la sua validità[1042].

4. I rinnovi.

A seguito delle novità del 2018, le necessarie condizioni di utilizzo del contratto a termine superiore ai 12 mesi[1043], vengono espressamente richieste anche in caso di rinnovo del contratto a termine[1044] e vanno "specificate" nell'atto scritto con il quale si stipula il successivo contratto di

[1039] Art. 19, comma 1-bis, lett. b), d.lgs. n. 81 del 2015, comma inserito dall'art. 1, comma 1, lett. a), n. 1-bis), d.l. 12 luglio 2018, n. 87, convertito, con modificazioni, dalla l. 9 agosto 2018, n. 96.

[1040] Art. 21, comma 01, d.lgs. n. 81 del 2015, comma premesso dall'art. 1, comma 1, lett. b), n. 1, d.l. 12 luglio 2018, n. 87, convertito, con modificazioni, dalla l. 9 agosto 2018, n. 96.

[1041] Cfr. anche A. BOLLANI, *Contratto a termine e somministrazione*, cit.

[1042] Cfr., in direzione analoga, F. SCARPELLI, *Convertito in legge il "decreto dignità"*, cit., 12.

[1043] Art. 19, comma 1, d.lgs. n. 81 del 2015.

[1044] Art. 21, comma 01, d.lgs. n. 81 del 2015, premesso dall'art. 1, comma 1, lett. b), n. 1), d.l. 12 luglio 2018, n. 87, convertito, con modificazioni, dalla l. 9 agosto 2018, n. 96.

lavoro a termine[1045].

La norma appare in tal caso stentorea nel consentire il rinnovo "solo" a fronte delle previste condizioni. Ciò vuol dire che mentre nell'ipotesi di stipula del primo contratto di lavoro a termine con il lavoratore, le condizioni che consentono il suo legittimo utilizzo vanno esplicitate solo nel caso in cui questo contratto sia di durata superiore a dodici mesi, e così è previsto anche in caso di proroga; invece, in caso di rinnovo del contratto a termine, queste devono essere esplicitate in ogni caso. Cioè, per essere più chiari, se, ad es., il primo contratto di lavoro a termine dovesse essere stato stipulato per quattro mesi, e, quindi, senza necessità della presenza delle condizioni, un eventuale rinnovo, ad es., per soli altri tre mesi può essere legittimo solo al ricorrere delle previste condizioni, anche se dalla somma dei due contratti (4+3 = 7) risulti un periodo totale di durata inferiore ai 12 mesi. Si tratta di un limite molto stringente, che pare implicitamente trovare la sua plausibilità nel fatto che ogni nuovo contratto a termine tra le stesse parti, successivo al primo, debba comunque soddisfare sue proprie ragioni, da esplicitare.

Come abbiamo già notato, il solo limite di durata complessiva dei 24 mesi opera soltanto con riferimento a contratti a termine successivi "conclusi per lo svolgimento di mansioni di pari livello e categoria legale"[1046], mentre per le "condizioni" tale delimitazione non viene disposta dalla legge. Si apre, pertanto, una questione di non poco momento, giacché si potrebbe ritenere che in caso di mansioni di diverso livello il successivo contratto non rilevi ai soli fini del limite di durata massima, ma sarebbe da considerare pur sempre quale rinnovo del precedente, con la conseguenza che in ogni caso andrebbe astretto al regime delle "condizioni". Residua, tuttavia, a nostro avviso, anche la possibilità di una lettura, se non esplicitata, non impedita dalla lettera della legge, che condurrebbe, invece, a ritenere che se un contratto di lavoro a termine viene stipulato con il medesimo lavoratore, ma per mansioni di diverso livello rispetto al o ai precedenti contratti a termine, resti per tale motivo distinto da questi, tanto non poter in alcun modo essere considerato congiuntamente ai fini dell'applicazione delle prescrizioni dettate dalla normativa qui vagliata. Ne deriva che tale distinto contratto non andrebbe qualificato come rinnovo del precedente, tanto da risultare astretto alle condizioni di legge solo laddove abbia esso stesso una durata superiore a 12 mesi, anche a seguito di proroghe, oppure nel caso in cui venga poi rinnovato per le medesime mansioni.

Il rinnovo viene poi ulteriormente penalizzato mediante un aggravio del contributo addizionale, aumentato in questo caso dello 0,5%[1047].

5. Le proroghe.

Anche in ordine al regime delle proroghe emerge con evidenza il cambiamento di rotta del legislatore del 2018, delineato attraverso non tanto la riduzione del numero massimo delle proroghe

[1045] Art. 19, comma 4, d.lgs. n. 81 del 2015, così sostituito dall'art. 1, comma 1, lett. a), n. 3), d.l. 12 luglio 2018, n. 87, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 96 del 2018. In ordine alla "specificazione delle esigenze" v. quanto osservato *supra*, § 3.
[1046] Art. 19, comma 2, d.lgs. n. 81 del 2015, comma così modificato dall'art. 1, comma 1, lett. a), n. 2), d.l. 12 luglio 2018, n. 87, convertito, con modificazioni, dalla l. 9 agosto 2018, n. 96.
[1047] Art. 2, comma 28, l. n. 92 del 2012, come novellato dall'art. 3, d.l. n. 87 del 2018, nel testo modificato dalla l. di conversione n. 96 del 2018.

possibili da cinque a quattro[1048], ma mediante la reintroduzione della necessità, oltre il limite dei dodici mesi durata del contratto, di giustificare il ricorso alla proroga del contratto di lavoro subordinato a tempo determinato, che risulta legittima solo al ricorrere di determinate condizioni esplicitate dalla legge[1049].

La formula sul numero massimo, portato da cinque a quattro, per il resto rimane identica, con la perdurante precisazione che le proroghe sono quattro nell'arco di ventiquattro mesi "a prescindere dal numero dei contratti"[1050]. Le quattro possibili proroghe, quindi, risultano spendibili in relazione all'insieme dei contratti a termini stipulati con il medesimo lavoratore[1051].

Come abbiamo già notato, la possibilità di ricorrere alla proroga dell'originario contratto di lavoro a tempo determinato, a seguito delle novità introdotte dal decreto dignità del luglio 2018, incontra oggi non solo limiti numerici, ma anche limiti legati alla necessaria sussistenza delle stesse condizioni di utilizzo, prescritte in caso di stipula del primo contratto di lavoro a termine[1052], nonché in caso di rinnovo dello stesso[1053].

Qui, in relazione alla proroga si pongono diversi interrogativi: a) è possibile ricorrere alla proroga in relazione al mero protrarsi delle esigenze che hanno condotto alla stipula del contratto di lavoro a termine? b) Le ragioni che inducono a prorogare il contratto a termine in questi casi debbono essere necessariamente le stesse rispetto a quelle che hanno indotto alla stipula del contratto a termine in origine oppure no? c) L'attività svolta dal lavoratore deve essere necessariamente la medesima o no?

Sembra anche in questi casi richiamare il noto adagio per cui quel che la legge non vieta consente. Una lettura del genere può trovare indiretto riscontro nell'evoluzione recente della normativa sulla proroga. Nel lontano passato, nel quadro della normativa allora dettata dalla l. n. 230 del 1962 la proroga doveva essere richiesta necessariamente "da esigenze contingibili ed imprevedibili"[1054]. Successivamente, nell'ambito della normativa allora dettata dal d.lgs. n. 368 del 2001, prima del 2014, del quadro dell'allora contratto a termine "causale", la (unica) proroga era consentita a condizione che fosse richiesta da "ragioni oggettive"[1055], che comunque almeno formal-

---

[1048] Art. 21, comma 1, primo periodo, d.lgs. n. 81 del 2015, comma così modificato dall'art. 1, comma 1, lett. b), n. 2), d.l. 12 luglio 2018, n. 87, convertito, con modificazioni, dalla l. 9 agosto 2018, n. 96.

[1049] Art. 21, comma 01, secondo, d.lgs. n. 81 del 2015, comma premesso dall'art. 1, comma 1, lett. b), n. 1), d.l. 12 luglio 2018, n. 87, convertito, con modificazioni, dalla l. 9 agosto 2018, n. 96.

[1050] Art. 21, comma 1, primo periodo, d.lgs. n. 81 del 2015.

[1051] Per fare un esempio, se il primo contratto a termine stipulato per un anno venga prorogato di due mesi per due volte, residuerà in generale la possibilità di due altre proroghe da «spendere» nei successivi possibili altri contratti a termine stipulati con il medesimo soggetto nell'arco dei ventiquattro mesi di loro complessiva durata massima, o del diverso limite complessivo fissato dalla contrattazione collettiva (sul punto v. *supra*, § 2).

[1052] Art. 19, comma 1, d.lgs. n. 81 del 2015.

[1053] Art. 21, comma 01, d.lgs. n. 81 del 2015, comma premesso dall'art. 1, comma 1, lett. b), n. 1), d.l. 12 luglio 2018, n. 87, convertito, con modificazioni, dalla l. 9 agosto 2018, n. 96.

[1054] Art. 2, l. n. 230/1962, cfr., ad es., Cass., 16 aprile 2008, n. 9993. Per la ricostruzione del dibattito anche dottrinale sul punto cfr. L. MENGHINI, *Il lavoro a termine*, in *I contratti di lavoro*, a cura di A. Vallebona, vol. 12 del *Trattato dei contratti,* diretto da P. Rescigno e E. Gabrielli, Torino, 2009, t. I, 1104 ss.

[1055] Art. 4, comma 1, d.lgs. n. 368 del 2001.

mente restavano distinte da quelle "di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo"[1056] che giustificavano la stipula del contratto a termine. Inoltre la medesima disposizione sulla proroga imponeva che questa si riferisse alla "stessa attività" per la quale il contratto fosse stato stipulato a tempo determinato. Dopo il superamento (allora) del sistema della causale, con il d.l. n. 34 del 2014, residuò il riferimento alla "stessa attività"[1057], successivamente anch'esso eliminato, in quanto non riproposto nel 2015, nel quadro della nuova regolamentazione del contratto a termine dettata dagli artt. 19-29, d.lgs. n. 81/2015.

Ora, tutte le formule ricordate avevano in comune di delineare in diversi modi, comunque un percorso peculiare per la proroga, distinto da quello del contratto di lavoro a termine a cui afferiva. Invece, oggi, a nostro avviso in una direzione da apprezzare, i requisititi di accesso alla proroga risultano essere gli stessi di quelli previsti per la stipula del contratto a termine, sicché pare dovuto trarne le relative conseguenze. La proroga, quindi, dovrà di certo essere sorretta da una sua propria giustificazione nel caso si oltrepassi il confine dei 12 mesi, ma questa dovrà integrare una delle condizioni previste dalla legge per risultare legittima, senza ulteriori ipotetiche condizioni peculiari, da ritenere, pertanto, eccentriche. Potrà pertanto, emergere una nuova e diversa esigenza, come potrà, invece, protrarsi l'esigenza precedente, a patto che queste rispondano alle necessarie condizioni fissate dall'art. 19, comma 1, d.lgs. n. 81/2015.

Occorre evidenziare che la circolare ministeriale sposi invece una lettura diversa, volta a ritenere, senza fornire motivazioni, che "la proroga presuppone che restino invariate le ragioni che avevano giustificato inizialmente l'assunzione a termine, fatta eccezione per la necessità di prorogarne la durata entro il termine di scadenza. Pertanto, non è possibile prorogare un contratto a tempo determinato modificandone la motivazione, in quanto ciò darebbe luogo ad un nuovo contratto a termine ricadente nella disciplina del rinnovo, anche se ciò avviene senza soluzione di continuità con il precedente rapporto"[1058]. Si tratta, come si è notato, di un'interpretazione *contra legem*, che pertanto pare da respingere.

Quale ulteriore corollario, in mancanza di espliciti divieti e proprio in quanto la proroga è dotata (dove richiesto) di una propria autonoma "giustificazione", durante la proroga al lavoratore devono poter essere assegnate anche mansioni diverse rispetto a quelle svolte in precedenza dal lavoratore nell'ambito del medesimo contratto, evidentemente entro il limite generale dello *ius variandi* di cui all'art. 2103 c.c., sempre che queste risultino coerenti con le motivazioni addotte (laddove necessarie) per l'adozione della proroga. Sebbene non risulti vietato, maggiori difficoltà paiono emergere, invece, nel disporre un mutamento di mansioni sia all'interno dell'originaria durata del contratto a termine, ma, altresì, durante il periodo di proroga, in quanto questo potrebbe mettere a rischio la tenuta delle condizioni esplicitate all'atto della stipula del contratto o della proroga.

Inoltre, come si è già notato, non solo per il primo contratto a termine di durata non superiore ai dodici mesi[1059], ma anche per la proroga nei primi dodici mesi non è necessaria la presenza delle suddette condizioni di utilizzo, che, invece, è imposta oltre questo limite e fino al limite massimo di durata ora fissato in 24 mesi dalla legge.

[1056] Art. 1, comma 1, d.lgs. n. 368 del 2001.

[1057] Art. 4, comma 1, d.lgs. n. 368 del 2001, nel testo modificato dall'art. 1, comma 1, lett. b), d.l. 20 marzo 2014, n. 34, ora abrogato.

[1058] Così Circ. Min. lav. 31 ottobre 2018, n. 17, punto 1.1.

[1059] Art. 19, comma 1, d.lgs. n. 81 del 2015.

In ogni caso, la formula utilizzata dal legislatore in questo caso non appare per nulla limpida, tanto da ingenerare un ulteriore problema interpretativo. Invero, la norma parla in modo sibillino di contratto a termine "prorogato liberamente nei primi dodici mesi", tanto da consentire apparentemente una duplice lettura.

In una prima direzione, la formulazione della norma, riferibile al momento in cui la proroga viene disposta tra le parti e non al diverso momento della fine della sua durata, renderebbe possibile sostenere che la proroga per risultare libera da condizioni debba solo essere disposta entro i primi dodici mesi, tanto da potersi legittimamente prefigurare una durata complessiva del contratto "liberamente" prorogato anche fino a 24 mesi. Ad. es., se il primo contratto ha una durata iniziale di dieci mesi, entro questo termine (inferiore al limite di 12) potrebbe essere disposta una proroga "libera" di ulteriori 12 mesi, tanto da portare la durata complessiva del contratto nell'esempio qui proposto, a 22 mesi.

Tuttavia, una lettura più attenta al generale contesto in cui le norme si muovono rende preferibile ritenere che in ogni caso attraverso la o le proroghe "libere" la durata del contratto di lavoro a termine non possa oltrepassare i dodici mesi. Ciò corrisponde innanzi tutto alla *ratio* complessiva della riforma che vuole contratti a termine "liberi" entro dodici mesi e poi giustificati dal ricorrere di determinate condizioni da 12 a 24 mesi. Non si comprenderebbe perché il regime della proroga dovrebbe pertanto risultare eccentrico rispetto a tali scelte, giacché, se si sposasse la prima soluzione, invece, potremmo avere un contratto a termine originariamente stipulato per 18 mesi, per questo necessariamente sorretto dalle condizioni di legge, mentre, invece, un contratto originariamente stipulato per 12 mesi ed entro quel termine prorogato a 18 mesi, resterebbe "libero". Questa lettura trova, peraltro, un dirimente avallo nelle già vagliate disposizioni in tema di forma del contratto di lavoro a termine, in cui viene espressamente disposto che in caso di proroga nell'atto scritto l'indicazione delle esigenze (ossia le "condizioni") in base alle quali è stipulato il contratto a termine "è necessaria solo quando il termine complessivo eccede i dodici mesi"[1060], formula che appare, invece, incompatibile con la prima lettura sopra considerata. Ciò impone di ritenere che alla dizione "nei primi dodici mesi" vada attribuito il significato di "entro una durata massima complessiva di dodici mesi".

La nuova impostazione del contratto di lavoro subordinato a tempo determinato delineata dalle novità introdotte dal decreto dignità del 2018 produce, inoltre, nuove interferenze tra la disciplina della proroga e quella della successione, ovvero dei rinnovi dei suddetti contratti di lavoro, che occorre esaminare.

Si pone, invero, il problema delle regole da applicare alle proroghe relative ai suddetti contratti a termine successivi al primo, in quanto la legge ora prescrive che la stipula di un successivo contratto a termine di qualunque durata sia legittima solo "a fronte delle condizioni di cui all'articolo 19, comma 1"[1061], ma occorre chiedersi se tali condizioni debbano essere esplicitate anche con riguardo alle proroghe di detti contratti "successivi".

Nel caso in cui attraverso il successivo contratto venga superato il termine dei dodici mesi non vi

[1060] Art. 19, comma 4, secondo periodo, d.lgs. n. 81 del 2015, comma così sostituito dall'art. 1, comma 1, lett. a), n. 3), d.l. 12 luglio 2018, n. 87, convertito, con modificazioni, dalla l. 9 agosto 2018, n. 96.
[1061] Art. 21, comma 01, d.lgs. n. 81 del 2015.

è dubbio che anche l'eventuale proroga debba essere suffragata dalle condizioni, in virtù dell'espressa previsione di legge[1062].

Di più ardua decodificazione appare invece l'ipotesi in cui attraverso un successivo contratto a termine si rimanga comunque sotto il limite dei dodici mesi, anche nel caso di proroga di quest'ultimo. Si pensi, ad es., al caso in cui a un primo contratto a termine di tre mesi segua un successivo contratto a termine di durata di ulteriori tre mesi (totale sei mesi), che poi venga prorogato per altri quattro mesi, derivandone una durata complessiva di dieci mesi. Occorre chiedersi se la suddetta proroga deve risultare "giustificata", ossia sorretta dalle più volte richiamate condizioni, oppure resti libera. Anche per la soluzione di tale questione occorre far riferimento alle già citate disposizioni dettate in tema di forma del contratto a termine. Se, invero, per la proroga l'indicazione delle esigenze (ossia le "condizioni") in base alle quali è stipulato il contratto a termine "è necessaria solo quando il termine complessivo eccede i dodici mesi"[1063], ciò dovrebbe implicare che se il contratto a termine successivo prorogato non raggiunga tale soglia di durata temporale allora la suddetta proroga dovrebbe restare "libera". Certo è che aderendo a questa lettura negli esempi descritti si viene a delineare una situazione ai limiti del paradosso, giacché avremmo un primo contratto a termine "libero" (tre mesi nell'esempio), poi un successivo contratto a termine che, quale rinnovo del precedente risulta astretto alle condizioni di legge (di durata pari a ulteriori tre mesi) e, poi, la proroga di quest'ultimo (di quattro mesi) di nuovo "libera" come il primo contratto.

In direzione contraria potrebbe rilevare, seppur debolmente, la circostanza che la legge si riferisca al "contratto" che può essere prorogato liberamente "nei primi dodici mesi"[1064], che potrebbe valere al fine di sostenere che la proroga "libera" sia consentita soltanto in relazione al primo contratto a termine stipulato tra le parti, sicché in caso di proroga disposta per un contratto a termine successivo, il regime sarebbe quello "causale". Di maggiore pregnanza appare, per suffragare questa diversa lettura, una semplice considerazione di ordine più generale. Insomma, se la proroga segue la sorte del contratto cui accede, come avviene *per tabulas* per il limite di durata dei 24 mesi, nonché, come abbiamo notato per la possibilità della "acausalità" entro i 12 mesi, allora anche in tema di rinnovi, se il successivo contratto a termine risulta astretto alla necessità della causale, in relazione a qualsivoglia sua durata o durata complessiva dei contratti a termine, allora anche la proroga che a questo accede dovrebbe seguire la medesima strada della "causalità".

Chiarite come operino le condizioni prescritte dalla legge con riguardo alla proroga del contratto di lavoro a termine, occorre rivolgere l'attenzione al tema della forma che la proroga stessa deve assumere. Il legislatore del 2018 pare contribuire a offrire soluzione a tale risalente questione - che sinora non trovava pacifiche soluzioni, in assenza di esplicite prescrizioni - giacché, attraverso l'interpretazione della formula ellittica utilizzata pare potersi giungere a desumere la necessità della forma scritta anche della proroga.

Ora, invero, a seguito delle novità introdotte dal decreto dignità del luglio 2018, è stato aggiunto

---

[1062] Art. 21, comma 01, d.lgs. n. 81 del 2015.

[1063] Art. 19, comma 4, secondo periodo, d.lgs. n. 81 del 2015, comma così sostituito dall'art. 1, comma 1, lett. a), n. 3), d.l. 12 luglio 2018, n. 87, convertito, con modificazioni, dalla l. 9 agosto 2018, n. 96.

[1064] Art. 21, comma 01, primo periodo, d.lgs. n. 81 del 2015.

un intero nuovo periodo alla disposizione sulla forma del contratto a tempo determinato. Mentre, invero, il primo periodo è rimasto invariato e continua a prescrivere che "Con l'eccezione dei rapporti di lavoro di durata non superiore a dodici giorni, l'apposizione del termine al contratto è priva di effetto se non risulta da atto scritto, una copia del quale deve essere consegnata dal datore di lavoro al lavoratore entro cinque giorni lavorativi dall'inizio della prestazione", il successivo nuovo periodo dispone che "L'atto scritto contiene, in caso di rinnovo, la specificazione delle esigenze di cui al comma 1 in base alle quali è stipulato; in caso di proroga dello stesso rapporto tale indicazione è necessaria solo quando il termine complessivo eccede i dodici mesi"[1065]. La formula non è chiarissima, ma pare che l'atto scritto sia presupposto e, quindi, ritenuto necessario, anche per l'ipotesi della proroga, sicuramente nel caso in cui sia necessario ivi specificare le esigenze (ossia le "condizioni" di cui all'art. 19, comma 1, d.lgs. n. 81/2015) che rendono possibile disporre la proroga del contratto allorché il termine complessivo del contratto superi i 12 mesi. In mancanze delle suddette esigenze, o anche in mancanza della loro specificazione in un atto scritto, la proroga è da considerare illegittima, per diretta violazione dell'art. 21, comma 01, d.lgs. n. 81/2015, con la conseguenza ivi prevista della trasformazione del contratto a termine in contratto a tempo indeterminato.

Occorre, tuttavia, chiedersi se la forma scritta risulti imposta anche per le proroghe predisposte per contratti a termine di durata non eccedente i dodici mesi, proroga compresa, per i quali, cioè, non risulta necessaria la specificazione delle esigenze di cui sopra, tanto da risultare liberamente apponibili al contratto a termine entro la suddetta durata. Qui il dettato della legge aiuta meno, tanto che dalla medesima disposizione la necessità della forma scritta in questo caso può emergere quale elemento implicitamente presupposto, visto che non risulta esplicitamente imposto. Sul punto può soccorrere quanto già ritenuto da parte della giurisprudenza e della dottrina in relazione al quadro previgente, carente dei suesposti riferimenti. In questa prospettiva, si è giunti a qualificare la proroga quale negozio bilaterale di secondo grado, incidente su un elemento essenziale del contratto, rappresentato dal termine, tanto da dover rivestire necessariamente la forma scritta[1066]. Si tratta di una lettura che appare coerente con l'orientamento secondo il quale gli atti modificativi, interruttivi o novativi di un precedente contratto devono rivestire la stessa forma con la quale è stato prestato il consenso in fase di primo accordo[1067].

In ogni caso, la forma scritta anche della proroga risponde a esigenze di certezza del diritto e, pertanto, risulta in ogni caso consigliata[1068], giacché viene, peraltro, ad acquistare carattere dirimente nel distinguere l'ipotesi della proroga da quella, contigua, della prosecuzione di fatto. Altrimenti, può restare difficile raggiungere la certezza che ci si trovi in un'ipotesi anziché nell'altra, del cui onere resta gravato il datore di lavoro in via di eccezione (art. 2697, secondo comma, c.c.) rispetto alla domanda del lavoratore volta a ottenere l'accertamento di un rapporto a tempo indeterminato.

Infine, in ordine alle conseguenze della violazione delle regole sulla proroga, in coerenza con la

---

[1065] Art. 19, comma 4, d.lgs. n. 81 del 2015.

[1066] Cfr. Trib. Bolzano, 20 aprile 2006, in http://bd44.leggiditalia.it; Trib. Milano, 27 settembre 2002, in *RCDL*, 2002, 99.

[1067] Cfr. F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, XIII ed., Napoli, 2007, 919.

[1068] Cfr., in analoga direzione, già M. MARINELLI, *Obblighi formali, proroga e conseguenze della violazione dei limiti formali*, in A. Garilli, M. Napoli (a cura di), *Il lavoro a termine in Italia e in Europa*, Torino, *2003*, 75; L. MENGHINI, *Il lavoro a termine*, cit., 1106.

riduzione del numero massimo di proroghe possibili da cinque a quattro viene ora precisato che "Qualora il numero delle proroghe sia superiore, il contratto si considera a tempo indeterminato dalla data di decorrenza della quinta proroga"[1069]. Si tratta di una conseguenza non esplicitata dalla normativa ante 2015, ma comunque desumibile già allora in via interpretativa.

Il legislatore prevede, altresì, ipotesi di esclusione parziale dal regime della proroga, nonché ipotesi di esclusione totale. La prima ipotesi concerne i contratti per attività stagionali, i quali possono essere rinnovati o prorogati anche in assenza delle condizioni di cui all'articolo 19, comma 1[1070]. Le attività stagionali sono ora quelle "individuate con decreto del Ministero del lavoro e delle politiche sociali nonché nelle ipotesi individuate dai contratti collettivi. Fino all'adozione del decreto di cui al secondo periodo continuano a trovare applicazione le disposizioni del decreto del Presidente della Repubblica 7 ottobre 1963, n. 1525"[1071]. Il previsto decreto al momento non è stato ancora emanato, sicché occorre ancora far riferimento a quel lontano decreto del 1963[1072], oltre alle determinazioni della contrattazione collettiva[1073]. A queste ipotesi rimangono invece applicabili i limiti massimi di durata complessiva dei contratti di lavoro a termine, comprensivi di proroghe e rinnovi, nonché il limite numerico delle quattro proroghe complessive.

Rappresenta, inoltre, una novità l'espressa *non* applicazione del regime delle proroghe per le imprese *start-up* innovative[1074], per il periodo di quattro anni dalla costituzione della società, ovvero per il più limitato periodo previsto per le società già costituite[1075]. Vuol dire che in questi casi il contratto di lavoro a termine può essere prorogato senza limiti quanto al numero delle proroghe stesse, ma rispettando, al contempo, il limite generale ora dei 24 mesi complessivi che si impone anche alle imprese *start-up*.

6. I nuovi limiti percentuali congiunti.

Pur dopo la reintroduzione delle causali per la stipula del contratto di lavoro a tempo determinato, permangono limiti quantitativi di fonte legale al numero massimo di contratti a termine da parte dello stesso datore di lavoro. Si tratta del limite legale del 20% dei lavoratori assunti dal datore di lavoro a tempo indeterminato: il suddetto limite vale salvo diversa disposizione dei contratti collettivi[1076].

A questo limite il decreto dignità del 2018 affianca un ulteriore limite quantitativo complessivo

[1069] Art. 21, comma 1, secondo periodo, d.lgs. n. 81 del 2015.

[1070] Art. 21, comma 1, quarto periodo, d.lgs. n. 81 del 2015.

[1071] Art. 21, comma 2, d.lgs. n. 81 del 2015, richiamato dall'art. 19, comma 2, d.lgs. n. 81 del 2015.

[1072] Per l'elenco delle attività v. l'allegato al d.P.R. n. 1525 del 1963.

[1073] Si tratta sempre dei contratti collettivi stipulati dai soggetti selezionati ai sensi del già richiamato art. 51, d.lgs. n. 81 del 2015.

[1074] Sono quelle regolate dall'art. 25, commi 2 e 3, d.l. 18 ottobre 2012, n. 179, convertito, con modificazioni, dalla legge 17 dicembre 2012, n. 221. In precedenza, ai sensi dell'art. 28, comma 6, d.l. n. 179/2012 (abrogato insieme ai precedenti commi 2, 3, 4 e 5 dall'art. 55, comma 1, lett. i), d.lgs. n. 81 del 2015) le *start up* erano tenute all'applicazione delle regole sulla proroga del contratto a termine.

[1075] Art. 21, comma 3, d.lgs. n. 81 del 2015. Ai sensi dell'art. 25, comma 3, d.l. n. 179/2012 "In tal caso, la disciplina di cui alla presente sezione trova applicazione per un periodo di quattro anni dalla data di entrata in vigore del presente decreto, se la start-up innovativa è stata costituita entro i due anni precedenti, di tre anni, se è stata costituita entro i tre anni precedenti, e di due anni, se è stata costituita entro i quattro anni precedenti".

[1076] Art. 23, comma 1, d.lgs. n. 81 del 2015.

del 30%, come sommatoria di contratti a termine e contratti di somministrazione a tempo determinato. Questo ultimo limite congiunto viene, pertanto, espressamente a convivere con quello previsto del 20% per il solo contratto di lavoro a tempo determinato[1077], nonché con quello eventualmente disposto, in virtù della normativa previgente, in sede collettiva per la sola somministrazione a termine. Insomma, un limite non esclude l'altro, sicché le parti dovranno rispettare tutti i limiti imposti dalla legge o fissati dalla contrattazione collettiva.

Il nuovo limite congiunto fa sì che a partire dal 12 agosto 2018 (data di entrata in vigore del d.l. n. 87 del 2018) non solo i nuovi contratti a termine, ma anche le proroghe o i rinnovi di quelli già in essere dovranno essere computati ai fini del raggiungimento o del superamento di tale soglia. Inoltre, proprio in quanto la nuova normativa si applica ai rapporti di lavoro stipulati successivamente all'entrata in vigore del d.l. n. 87 del 2018[1078], non si potranno considerare *contra legem* i contratti a termine allora già in essere, stipulati oltre la nuova soglia del 30%, che potranno legittimamente giungere a naturale scadenza. Resta inteso, al contempo, che le imprese non potranno stipulare nuovi contratti a termine sino al rientro sotto la nuova soglia massima.

Va altresì rimarcato che le ipotesi esenti da limiti quantitativi, invece, restano non sovrapponibili per il contratto a tempo determinato, per il quale sono previste ipotesi a più ampio spettro[1079], e la somministrazione a termine, per cui vengono individuati ipotesi più specifiche[1080]. Ne deriva che seppur il limite sia congiunto le due ipotesi restano astrette a regimi di eccezione distinti.

Anche il nuovo limite congiunto assume carattere sussidiario, nel senso di trovare applicazione soltanto "salvo diversa previsione dei contratti collettivi applicati dall'utilizzatore"[1081], intesi come quelli di qualsiasi livello stipulati da sindacati "qualificati"[1082]. Si pone, dunque, la questione della sorte delle clausole collettive preesistenti, che in relazione alla maggioranza delle categorie avevano fissato già o un limite congiunto per contratti a termine e somministrazione a termine o un

[1077] Art. 31, comma 2, d.lgs. n. 81 del 2015, così sostituito dall'art. 2, comma 02, d.l. 12 luglio 2018, n. 87, convertito, con modificazioni, dalla l. 9 agosto 2018, n. 96, che prescrive il nuovo limite "fermo restando il limite disposto dall'art. 23".

[1078] Art. 1, comma 2, d.l. n. 87 del 2018.

[1079] Art. 23, comma 2, d.lgs. n. 81 del 2015, per cui risultano esenti da limiti quantitativi sia di fonte legale che contrattuale "i contratti a tempo determinato conclusi: a) nella fase di avvio di nuove attività, per i periodi definiti dai contratti collettivi, anche in misura non uniforme con riferimento ad aree geografiche e comparti merceologici; b) da imprese start-up innovative di cui all'articolo 25, commi 2 e 3, del decreto-legge n. 179 del 2012, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 221 del 2012, per il periodo di quattro anni dalla costituzione della società ovvero per il più limitato periodo previsto dal comma 3 del suddetto articolo 25 per le società già costituite; c) per lo svolgimento delle attività stagionali di cui all'articolo 21, comma 2; d) per specifici spettacoli ovvero specifici programmi radiofonici o televisivi o per la produzione di specifiche opere audiovisive; e) per sostituzione di lavoratori assenti; f) con lavoratori di età superiore a 50 anni". Inoltre, ai sensi del successivo comma 2 del medesimo art. 23 risultano esclusi dal limite quantitativo anche i "contratti di lavoro a tempo determinato stipulati tra università private, incluse le filiazioni di università straniere, istituti pubblici di ricerca ovvero enti privati di ricerca e lavoratori chiamati a svolgere attività di insegnamento, di ricerca scientifica o tecnologica, di assistenza tecnica alla stessa o di coordinamento e direzione della stessa, tra istituti della cultura di appartenenza statale ovvero enti, pubblici e privati derivanti da trasformazione di precedenti enti pubblici, vigilati dal Ministero dei beni e delle attività culturali e del turismo, ad esclusione delle fondazioni di produzione musicale di cui al decreto legislativo 29 giugno 1996, n. 367, e lavoratori impiegati per soddisfare esigenze temporanee legate alla realizzazione di mostre, eventi e manifestazioni di interesse culturale".

[1080] Art. 31, comma 2, d.lgs. n. 81 del 2015, a mente del quale è esente da limiti quantitativi "la somministrazione a tempo determinato di lavoratori di cui all'articolo 8, comma 2, della legge 23 luglio 1991, n. 223, di soggetti disoccupati che godono da almeno sei mesi di trattamenti di disoccupazione non agricola o di ammortizzatori sociali e di lavoratori svantaggiati o molto svantaggiati ai sensi dei numeri 4) e 99) dell'articolo 2 del regolamento (UE) n. 651/2014 della Commissione, del 17 giugno 2014, come individuati con decreto del Ministro del lavoro e delle politiche sociali".

[1081] Art. 31, comma 2, d.lgs. n. 81 del 2015.

[1082] Art. 51, d.lgs. n. 81 del 2015.

limite distinto per le due ipotesi. Per quanto più da vicino interessa il contratto di lavoro a tempo determinato, nel caso in cui vi fosse già un limite congiunto per somministrazione a termine e contratto a termine, allora non pare esservi ostacolo a considerare tale limite congiunto coerente con la regola di fonte legale che autorizza una diversa regolazione dello stesso in sede collettiva. Meno scontata appare, invece, la soluzione relativa al caso in cui i limiti percentuali siano stati fissati in modo distinto per la somministrazione di lavoro a tempo determinato e per il contratto a tempo determinato, nel caso in cui la loro somma si ponga al di sopra del limite legale congiunto del 30%, tanto da risultare in contrasto con questo, derogando così *in peius* a una regola posta a difesa del lavoro stabile. Tuttavia, in questo caso il limite congiunto in realtà sussiste, in quanto si può facilmente dedurre sommando le due percentuali, sicché pare possibile ritenere anche in questo caso che le suddette clausole collettive possano sopravvivere, nel senso di poter essere anche oggi essere ritenute conformi alle regole di fonte legale, e quindi, ancora valide ed efficaci. Resta ovviamente della disponibilità delle parti del contratto collettivo la possibilità di un nuovo accordo teso a modificarle.

In caso di violazione delle suddette percentuali congiunte si pone infine la questione relativa alle conseguenze che ne derivano. Invero, mentre per lo sforamento del limite percentuale per il contratto a termine è prevista solo una sanzione di tipo economico[1083], invece, per la medesima violazione in caso di somministrazione era prevista la più pesante sanzione del riconoscimento del rapporto di lavoro a tempo indeterminato in capo all'utilizzatore, oltre sanzioni di tipo economico[1084]. A seguire il dettato delle norme, ovvero la modifica della disposizione sui limiti quantitativi, ora congiunti, ma non della disposizione che a questa rinvia, si deve dedurre che per la sola ipotesi della somministrazione a termine la sanzione della conversione sia ora applicabile all'ipotesi della violazione dei limiti congiunti.

7. Il regime transitorio.

Le stringenti novità del decreto dignità hanno immediatamente fatto sorgere diffusi timori, con particolare riferimento alla gestione del periodo transitorio. Come vedremo, in realtà pare che la concreta portata della questione possa risultare delimitata.

Intanto, tale regime interessa soltanto le disposizioni dettate dall'art. 1, comma 1 del decreto dignità, ovvero i limiti di durata massima dei contratti a termine, ivi comprese le condizioni ove richieste, il regime delle proroghe e dei rinnovi, nonché il nuovo termine per l'impugnazione dei contratti a termine. Invece, le altre regole, dettate in distinte parti del decreto non sono sottoposte a regime transitorio, sicché sono entrate in vigore immediatamente, come, ad es., quelle in tema di maggiorazione contributiva in caso di rinnovo del contratto[1085], di esclusione dei contratti a termine instaurati per la fornitura di lavoro portuale[1086], di limiti quantitativi congiunti[1087], di

---

1083 Art. 23, comma 4, d.lgs. n. 81 del 2015.

1084 Art. 38, comma 2, d.lgs. n. 81 del 2015, che nel definire le ipotesi di somministrazione irregolare fa espresso riferimento al disposto anche all'art. 31, comma 2, in tema di limiti percentuali.

1085 La maggiorazione contributiva dello 0,5% trova applicazione a partire dal 14 luglio 2018 per tutti i rinnovi (art. 2, comma 28, l. n. 92 del 2012, come novellato dall'art. 3, d.l. n. 87 del 2018, nel testo modificato dalla l. di conversione n. 96 del 2018).

1086 Art. 2, comma 01, d.l. n. 87 del 2018, introdotto dalla l. di conversione n. 96 del 2018 e, pertanto, in vigore dal 12 agosto 2018.

1087 Art. 2, comma 02, d.l. n. 87 del 2018, introdotto dalla l. di conversione n. 96 del 2018 e, pertanto, in vigore dal 12 agosto 2018.

somministrazione fraudolenta[1088].

Il d.l. n. 87 del 2018 a tal riguardo prevedeva che le ricordate regole dettate dall'art. 1, comma 1, in materia di contratto di lavoro a termine trovassero applicazione "ai contratti di lavoro a tempo determinato stipulati successivamente alla data di entrata in vigore del presente decreto, nonché ai rinnovi e alle proroghe in corso alla medesima data"[1089]. Il clamore suscitato dalla norma, da cui derivava l'immediata messa in campo delle nuove regole anche per contratti di lavoro a termine già in essere, in relazione alle relative proroghe e anche ai loro rinnovi, ha indotto il legislatore nella successiva legge di conversione a un parziale dietro-front, realizzato attraverso il posticipo dell'entrata in vigore delle nuove norme soltanto con riferimento alle proroghe e ai rinnovi, al 31 ottobre 2018[1090].

A fronte delle ultime disposizioni si possono, pertanto, individuare quattro diversi periodi. Invero, non sembrano sorgere problemi in relazione al primo periodo, quello relativo ai contratti a termine stipulati o prorogati prima del 12 luglio 2018, che continuano a seguire le regole previgenti. Andranno, quindi, a naturale scadenza sia i contratti che le loro proroghe, ancora astretti ai meno stringenti limiti precedenti, ovvero assenza di giustificazione, durata massima di 36 mesi e numero massimo delle proroghe pari a cinque.

Allo stesso tempo, quanto al quarto periodo, i contratti a termine stipulati a partire dal 1° novembre 2018 sono sottoposti alle nuove regole anche per quanto attiene alle proroghe e ai rinnovi.

I profili problematici attengono ai due periodi "intermedi", oramai trascorsi, individuabili tra il 14 luglio 2018, data di entrata in vigore del d.l. n. 87 del 2018 e il 12 agosto 2018, data di entrata in vigore della legge di conversione n. 96 del 2018, che ha disposto le menzionate modifiche, nonché dal 12 agosto 2018 fino al 31 ottobre 2018, data ultima di vigenza delle vecchie regole per proroghe e rinnovi.

A ben vedere, in relazione a questi non pare emergano problemi per i "primi" contratti di lavoro a tempo determinato stipulati tra le parti (non cioè qualificabili come rinnovi), cui si sono dovute applicare le nuove regole introdotte dal decreto dignità a partire dal 14 luglio 2018, senza differenziazioni di sorta.

Qui i dubbi attengono al regime delle proroghe e dei rinnovi, data la ricordata modifica che li riguarda ad opera della legge di conversione n. 96 del 2018. Intanto, a partire dal 12 agosto e fino al 31 ottobre (terzo periodo) è stato possibile apporre proroghe al contratto, come procedere a un suo rinnovo, seguendo le vecchie regole. Ad. es., un contratto a termine già durato 22 mesi comprese 4 proroghe già spese, avrebbe potuto essere ancora prorogato una volta, oppure rinnovato entro il limite complessivo dei 36 mesi e senza necessità di esplicitare le causali. Nell'esempio descritto si fa, pertanto, riferimento al momento della stipula della proroga o del

[1088] Art. 2, comma 1-*bis*, d.l. n. 87 del 2018, introdotto dalla l. di conversione n. 96 del 2018 e, pertanto, in vigore dal 12 agosto 2018.

[1089] Art. 1, comma 2, d.l. n. 87 del 2018.

[1090] Il citato art. 1, comma 2, d.l. n. 87 del 12.07.2018, dopo le modifiche apportate dalla l. di conversione n. 96 del 9.08.2018 (in vigore dal 12.08.2018) così dispone "Le disposizioni di cui al comma 1 si applicano ai contratti di lavoro a tempo determinato stipulati successivamente alla data di entrata in vigore del presente decreto, nonché ai rinnovi e alle proroghe contrattuali successivi al 31 ottobre 2018".

rinnovo, con durata che potrà, ovviamente, travalicare la data del 31 ottobre 2018. La disposizione peraltro, in assenza di esplicite distinzioni, pare potersi applicare a ogni proroga o rinnovo di contratti di lavoro a termine, quindi anche in relazione a quelli stipulati per la prima volta tra le parti successivamente al 12 luglio 2018[1091].

Il reale *puntum dolens* allora attiene, in definitiva, soltanto al regime da applicare nel lasso temporale che va dal 14 luglio all'11 agosto 2018 (secondo periodo). La questione si pone in quanto non pare chiaro – nel silenzio della legge – quali siano gli effetti prodotti dalle modifiche apportate sul punto dalla legge di conversione sulle regole prima dettate dal decreto legge.

Se si sposa la lettura tesa a sostenere la perdurante efficacia intertemporale delle norme dettate *ab origine* dal decreto legge, allora dal 14 luglio all'11 agosto gli eventuali contratti a termine prorogati o i rinnovi di precedenti contratti avrebbero dovuto rispettare *in toto* le nuove regole dettate dal decreto dignità; mentre, invece, soltanto a partire dal 12 agosto si sarebbe aperto un periodo transitorio di non applicazione di quelle regole per le proroghe e i rinnovi, durato fino al 31 ottobre[1092]. Secondo una diversa lettura, invece, si potrebbe ritenere che la modifica introdotta dalla legge di conversione, di posticipo dell'entrata in vigore delle nuove regole per le proroghe e i rinnovi al 31 ottobre, possa aver spiegato effetti caducatori *ex tunc* sulla disposizione originaria del decreto legge, con la conseguenza di attivare fin dal 14 luglio il periodo transitorio per proroghe e rinnovi fino al 31 ottobre[1093].

8. Il ruolo della contrattazione collettiva. Il possibile intervento della contrattazione "di prossimità".

Appare utile a questo punto svolgere qualche riflessione sul ruolo della contrattazione collettiva nel quadro della regolamentazione del contratto di lavoro subordinato a tempo determinato.

Possiamo proporre una lettura a quattro livelli: su un primo livello ci riferiamo al ruolo svolto dalla contrattazione collettiva *secundum legem*, ovvero in attuazione di espressi rinvii legali, di cui la normativa è tuttora ricca e di cui, in relazione ai molti punti toccati dalla riforma del 2018, abbiamo avuto modo di occuparci in precedenza.

Su un secondo livello possiamo riferirci agli spazi che la contrattazione collettiva può occupare diremmo *praeter legem*, ovvero, in mancanza di un espresso rinvio legale, senza al contempo giungere all'intervento *contra legem*. Qui un'area molto interessante sembra poter essere quello di specificazione delle condizioni previste dalla legge, nella direzione di una loro esemplificazione, funzionale a consentirne l'applicazione in concreto nei diversi settori produttivi[1094]. Le suddette

---

[1091] *Contra* F. SCARPELLI, *Convertito in legge il "decreto dignità"*, cit., 14, sul presupposto che la norma non parli di "entrata in vigore" dei diversi pezzi di disciplina, ma di loro applicazione ad atti negoziali.

[1092] Cfr. F. SCARPELLI, *Convertito in legge il "decreto dignità"*, cit., 13 ss., il quale ritiene che la legge di conversione abbia sul punto apportato un emendamento modificativo al decreto legge, come tale munito di soli effetti *ex nunc*, secondo quanto osservato da Cass. 10 maggio 2016, n. 9386; nella medesima direzione, in una condivisibile linea prudenziale, A. MARESCA, *Contratto di lavoro e somministrazione a termine: il regime transitorio nel decreto dignità*, in *ADL*, 2018, 1012 ss.

[1093] Cfr. A. BOLLANI, *Contratto a termine e somministrazione*, cit., argomentando dall'art. 77, comma 3, Cost., per cui il decreto non convertito (e, quindi, anche una sua parte) perde efficacia *ex tunc*, nonché sulla mancanza, in questo caso, di apposita disciplina legale concernente i rapporti giuridici sorti sulla base del decreto legge, in relazione alla parte non convertita. In ogni caso, per l'autore la legge di conversione avrebbe prodotto un emendamento di tipo sostitutivo, tanto che sulla base della medesima giurisprudenza citata *ex adverso*, l'effetto caducatorio si sarebbe comunque prodotto *ex tunc*.

[1094] Cfr. in tale direzione anche la Circ. Min. lav. 31 ottobre 2018, n. 17, nonché A. MARESCA, *I rinvii*, cit., 6.

ipotesi dovranno in ogni caso superare il vaglio giudiziale volto a verificarne la possibile sussunzione nella fattispecie legale. Più in là in base alla legislazione vigente non pare consentito spingersi, cioè non risulta possibile introdurre altre condizioni diverse da quelle imposte dalla legge.

Su tale terzo livello occorre chiedersi se residui uno spazio per un intervento derogatorio da parte della cd. contrattazione collettiva di prossimità ex art. 8, d.l. n. 138 del 2011 (convertito in l. n. 148 del 2011). Si tratta come noto di uno strumento che, anche a causa dell'ostracismo palesato dalle centrali sindacali attraverso il noto *addendum* del 21 settembre 2011 all'accordo interconfederale del 28 giugno 2011[1095], appariva finito in un "singolare cono d'ombra"[1096], tanto da aver prodotto "materiali contrattuali esili e rarefatti"[1097]. Tuttavia, di fronte alle diffuse rigidità dell'attuale assetto della normativa sul contratto a termine sembra che uno spazio di intervento vi sia, in quanto le "specifiche intese" realizzate dai contratti aziendali o territoriali, possono espressamente riguardare anche i contratti a termine[1098]. Peraltro, vi è sostanziale coincidenza tra i soggetti sindacali abilitati ora a stipulare i contratti collettivi oggetto di rinvio, secondo il nuovo modello generale fissato dall'art. 51, d.lgs. n. 81 del 2015 e quelli selezionati dal citato art. 8, d.l. n. 138 del 2011[1099]. Pertanto, in questa prospettiva la contrattazione di prossimità potrebbe intervenire ora a dettare ulteriori condizioni di legittimo ricorso al contratto di lavoro a termine, ma anche intervenire ad es. sulle proroghe o, come già evidenziato, sul limite di durata massima del primo contratto, in quanto ipotesi non contemplata nel rinvio che la legge opera alla contrattazione collettiva, limitato alla diversa regolazione della successione dei contratti[1100].

Occorre, comunque, considerare che la contrattazione di prossimità sia costruita in una prospettiva finalistica, giacché le intese devono essere volte alla realizzazione di specifici obiettivi. In questo ambito emerge quello della "maggiore occupazione"[1101], che potrebbe essere realizzato, come notato, attraverso lo scambio tra allentamento dei vincoli su proroghe e rinnovi e la previsione di percorsi di stabilizzazione dei lavoratori assunti a tempo determinato[1102]. Peraltro, un perdurante limite è quello del rispetto dei "vincoli derivanti dalle normative comunitarie" [1103], cui, come noto, la normativa nazionale sul contratto a termine è astretta, tanto da far dubitare della legittimità di interventi della contrattazione collettiva di prossimità che, ad es., aboliscano ogni limite ai rinnovi del contratto a termine, come noto terreno sul quale si misura la capacità della normativa interna a prevenire gli abusi sull'utilizzo di tale forma contrattuale[1104].

Si tratta, dunque, di una possibilità concreta, ma al contempo non di semplice realizzazione. Il

---

1095 Cfr. M. RICCI, *L'accordo interconfederale 28 giugno 2011: un'inversione di tendenza nel sistema di relazioni industriali*, in *ADL*, 2012, 43 ss.

1096 R. DEL PUNTA, *Diritto del lavoro*, Milano, 2018, X Ed., 92.

1097 A. BOLLANI, *Lavoro a termine, somministrazione e contrattazione collettiva in deroga*, Padova, 2013, 89.

1098 Art. 8, comma 2, lett. c), d.l. n. 138 del 2011.

1099 Cfr., si consenta, P. PASSALACQUA, *L'equiordinazione tra i livelli della contrattazione quale modello di rinvio legale all'autonomia collettiva ex art. 51 del d.lgs. 81 del 2015*, in *DLM*, 2016, 293 ss.

1100 Cfr. A. TURSI, *"Codice dei contratti" e autonomia collettiva*, in Magnani, Pandolfo, Varesi (a cura di), *Il codice dei contratti di lavoro. Commentario al d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81, recante la disciplina organica dei contratti di lavoro e revisione della normativa in tema di mansioni, a norma dell'art. 1, comma 7, della l. 10 dicembre 2014, n. 183*, Torino, 2016, 332.

1101 Art. 8, comma 1, d.l. n. 138 del 2011.

1102 Cfr. A. MARESCA, *I rinvii*, cit., 7.

1103 Art. 8, comma 2-bis, d.l. n. 138 del 2011, introdotto dalla l. di conversione n. 148 del 2011.

1104 Clausola 5 dell'Accordo quadro sul lavoro a tempo determinato recepito nella direttiva 1999/70/CE.

discorso ci conduce, quindi, al quarto livello sul quale possiamo porre i possibili prossimi sviluppi su tale fronte della normativa. Circola infatti la notizia che il Governo starebbe riflettendo su una possibile modifica della normativa qui vagliata al fine di consentire alla contrattazione collettiva l'introduzione di ulteriori ipotesi, *rectius* "condizioni" di legittimazione della stipula di contratti a tempo determinato di durata (proroghe comprese) di oltre 12 mesi o in caso di rinnovo. Si tratta di un modello già sperimentato in passato con notevole successo. *In primis* possiamo ricordare l'art. 23, l. n. 56 del 1987, che in relazione al quadro delineato allora ancora dalla l. n. 230 del 1962 dispose la possibilità per la contrattazione collettiva di delineare nuove ipotesi di legittima apposizione del termine al contratto di lavoro[1105]. Più di recente, attraverso il cd. decreto Letta del 2013, in cui, sulla base del sistema introdotto dalle modifiche apportate dalla l. n. 92 del 2012 al d.lgs. n. 368 del 2001, simile a quello attuale, ma costruito al contrario, contratto causale ed eccezione per quello non superiore a dodici mesi, era consentito alla contrattazione collettiva l'individuazione di ulteriori ipotesi di esenzione dalle "causali"[1106].

9. Le permanenti tensioni nella macroarea delle ipotesi escluse.

Va a questo punto svolta qualche considerazione, limitata anche in questo caso soltanto alle novità apportate dal decreto dignità, in ordine a quello che può essere considerato una macroarea all'interno della disciplina del contratto di lavoro a tempo determinato, ovvero il settore delle ipotesi più o meno escluse, che resta terreno percorso da permanenti tensioni.

La prima novità in questo ambito apportata dal decreto dignità del 2018 è rappresentata dall'espressa esclusione dei contratti di lavoro a termine instaurati per la fornitura di lavoro portuale temporaneo di cui all'articolo 17 della legge 28 gennaio 1994, n. 84[1107]. Si tratta di un settore peculiare, da tempo retto da norme specifiche. La puntualizzazione appare necessaria in ogni caso alla luce della nuova normativa del 2018, che estende, invece, gran parte delle regole sul contratto a termine al contratto a termine stipulato nell'ambito di una somministrazione di lavoro[1108].

In ogni caso, l'ipotesi di maggior impatto, anche numerico, resta quella del settore dei rapporti alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni, che espressamente non viene toccata dal decreto dignità del 2018[1109] e per la quale, pertanto, trovano tuttora applicazione le regole antecedenti, in *primis* la durata massima di 36 mesi. Qui, la questione principale generale attiene alle conseguenze che discendono dalla dichiarazione giudiziale di illegittimità del contratto a termine, oggetto come noto, di un forte dibattito anche in sede giurisprudenziale, con soluzioni "creative" ivi emerse, che pare non abbiamo sopito gli animi, come dimostra il recente nuovo intervento della Corte di Giustizia[1110].

[1105] Prospetta una simile soluzione anche F. SCARPELLI, *Convertito in legge il "decreto dignità"*, cit., 11.

[1106] Art. 1, comma 1, lett. b), comma così sostituito dall'art. 7, comma 1, lett. a), d.l. 28 giugno 2013, n. 76, convertito, con modificazioni, dalla l. 9 agosto 2013, n. 99.

[1107] Art. 29, comma 2, lett. b), lettera così modificata dall'art. 2, comma 01, D.L. 12 luglio 2018, n. 87, convertito, con modificazioni, dalla L. 9 agosto 2018, n. 96

[1108] Art. 34, comma 2, così modificato dall'art. 2, comma 1, D.L. 12 luglio 2018, n. 87, convertito, con modificazioni, dalla L. 9 agosto 2018, n. 96.

[1109] Art. 1, comma 3, d.l. n. 87 del 2018.

[1110] Corte Giustizia UE, 7 marzo 2018, causa C-494/16, *Santoro*, in corso di pubblicazione in *DRI*, n. 4, 2018, con mia nota.

Nel medesimo ambito dell'impiego pubblico terreni di forte sismicità sono ancora quelli della Scuola (per le supplenze), dell'Università e quello della Sanità, ipotesi tuttora escluse dall'ambito di applicazione della normativa sul contratto a termine[1111], che in questo modo rimangono in forte tensione con i dettami eurounitari[1112].

In questo ambito, il decreto dignità decide altresì di intervenire sulla disciplina del contratto a termine nel settore della Scuola. Si tratta di un settore come noto da tempo retto da regole particolari e attraversato da permanenti tensioni, che, tuttavia, nell'economia del presente contributo non possono essere ripercorse. Si deve, al contempo, rimarcare che il settore non sono risulta escluso, come già notato, dall'applicazione delle regole dettate dal d.lgs. n. 81 del 2015 per i contratti a termine nel settore privato[1113], ma altresì dalle regole dettate per i contratti a termine nell'impiego pubblico privatizzato, tranne che con riguardo a quella che impedisce la costituzione di rapporti di lavoro a tempo indeterminato con le pubbliche amministrazioni, in caso di violazione (anche) delle regole in materia di contratto di lavoro a termine[1114].

Nel limitarci soltanto alle modifiche apportate dal decreto dignità, da un lato si interviene con "*misure finalizzate alla continuità didattica*"[1115], volte, in estrema sintesi, a gestire il problema posto dai diplomati magistrali prima del 2001-2002, prima attraverso la proroga di tutti i contratti a termine fino al 30 giugno 2019, trasformando quelli a tempo indeterminato considerati decaduti a seguito di decisioni giurisdizionali (a causa della rilevata carenza del titolo professionale idoneo)[1116] in contratti a termine fino al 30 giugno 2019, e, successivamente, all'immissione in ruolo per il 50% dei posti vacanti attingendo alle graduatorie e per il restante 50% tramite concorso.

Inoltre, si dispone l'abrogazione del comma 131 dell'art. 1, l. 13 luglio 2015, n. 107[1117], a norma del quale "A decorrere dal 1° settembre 2016, i contratti di lavoro a tempo determinato stipulati, con il personale docente, educativo, amministrativo, tecnico e ausiliario presso le istituzioni scolastiche ed educative statali, per la copertura di posti vacanti e disponibili, non possono superare la durata complessiva di trentasei mesi, anche non continuativi". Si trattava di una norma molto contestata inserita all'interno della cd. riforma della Buona scuola, volta a introdurre il limite di

---

1111 Art. 29, comma 2, lett. c), d.lgs. n. 81 del 2015.

1112 La stessa Corte di Giustizia UE (25 ottobre 2018, causa C-331/17, *Sciotto*) ancor più di recente si è espressa sulle Fondazioni lirico sinfoniche, dichiarando non conforme sul punto la normativa italiana a quella euro unitaria dettata dalla direttiva 99/70, cioè non giustificata l'esclusione di tali rapporti di lavoro dall'applicazione delle regole dettate in generale sul contratto di lavoro a termine.

1113 Art. 29, comma 2, lett. c), d.lgs. n. 81 del 2015. Questa esclusione – riproposta dal d.lgs. n. 81 del 2015 ma risalente al 2011 (art. 10, comma 4-*bis*, d.lgs. n. 368 del 2001, inserito dall'art. 9, comma 18, d.l. n. 70 del 2011, convertito in l. n. 106 del 2011) - si rese necessario al fine di porre argine al notevole contenzioso sviluppatosi nel settore della Scuola, proprio con riferimento alla reiterazione dei contratti di lavoro a termine oltre i limiti consentiti dalla legge e alla conseguente richiesta di conversione in contratto di lavoro a tempo indeterminato, anche se espressamente esclusa da legislatore. V. E. ALES, *L'utilizzo temporaneo del lavoro subordinato nelle pubbliche amministrazioni, un'analisi genealogica*, in *I rapporti di lavoro a termine*, a cura di R. Del Punta e R. Romei, Milano, 2013, 455 ss., anche per ulteriori riferimenti.

1114 Art. 36, comma 5-*quinquies*, primo periodo, d.lgs. n. 165 del 2001, aggiunto dall'art. 9, comma 1, lett. g), d.lgs. 25 maggio 2017, n. 75, per cui "Il presente articolo, fatto salvo il comma 5, non si applica al reclutamento del personale docente, educativo e amministrativo, tecnico e ausiliario (ATA), a tempo determinato presso le istituzioni scolastiche ed educative statali e degli enti locali, le istituzioni di alta formazione artistica, musicale e coreutica".

1115 Art. 4 d.l. n. 87 del 2018, come modificato dalla l. di conversione n. 96 del 2018.

1116 Cfr. Cons. Stato, Ad. Plen., 20 dicembre 2017, n. 11.

1117 Art. 4 *bis*, d.l. n. 87 del 2018, rubricato *Modifica in materia di contratti a termine nel settore dell'insegnamento scolastico*, articolo introdotto dalla l. di conversione n. 96 del 2018.

durata compatibile con l'ordinamento eurounitario, come richiesto dalla nota sentenza *Mascolo*[1118], ottenendo anche l'avallo della Corte Costituzionale[1119], ma al contempo producendo il divieto di attribuire supplenze al personale docente ed ATA con già 36 mesi di servizio". L'eliminazione del limite viene incontro, dunque, a pressanti esigenze del settore, anche se al contempo sembra riproporre tensioni sul piano della compatibilità euro-unitaria.

Il settore resta tuttavia in subbuglio, come dimostra la pendenza della causa C-494/17, *Rossato*, dinanzi alla Corte di Giustizia UE, in cui si chiede se, a fronte di abusiva reiterazione di contratti a termine in tale settore, le misure approntate dal legislatore italiano, che prevedono la stabilizzazione degli insegnanti a termine per il futuro, senza effetto retroattivo e senza risarcimento del danno, siano conformi a quanto imposto dalla direttiva 1999/70 quali misure proporzionate, sufficientemente energiche e dissuasive. Di recente, sono state presentate le *Conclusioni* dell'Avvocato Generale Szpunar[1120]. Ivi si osserva, in sintesi, che il conseguente divieto di qualsiasi risarcimento del danno per il passato, derivante dall'interpretazione restrittiva della normativa da parte dei giudici nazionali[1121], determina la carenza di adeguatezza, ovvero del carattere effettivo e dissuasivo delle misure apprestate dal legislatore nazionale e, pertanto, si pone in contrasto con le regole dettate dalla direttiva comunitaria 1999/70, come sul punto già interpretata dalla sentenza *Mascolo*. In attesa della pronuncia della Corte le nebbie permangono.

10. Quali sono gli equilibri oggi raggiunti? Il rapporto con il contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato.

Giunge infine il momento per tentare di valutare quali siano i punti di equilibrio (sempre precari) su cui oggi poggia il contratto di lavoro a tempo determinato dopo il decreto dignità. Se sul piano del mercato del lavoro, ossia nella direzione di incidenza sui tassi di occupazione stabile è ancora presto, come notato, per giudizi anch'essi stabili, invece qualcosa si può osservare in ordine alla funzione che il modello viene a svolgere.

Come osservato in apertura del presente contributo, il contratto a tempo determinato è investito da tempo da stress da sovraccarico funzionale, in quanto assurto a filtro improprio del lavoro precario. Se una considerazione del genere non è nuova, lo stress pare aumentare oggi, in quanto si aggiunge una apprezzabile divaricazione funzionale e causale dello strumento contrattuale. Invero, da quanto emerge dalla mutata disciplina ci troviamo di fronte a due definite tipologie di contratto di lavoro a termine: uno "libero" fino a dodici mesi e l'altro invece, astretto a causali molto stringenti, per durata da dodici a ventiquattro mesi, nonché in ogni caso di rinnovo.

E allora il primo viene ad assumere chiaramente la funzione di prova, più o meno lunga delle capacità professionali del lavoratore, oppure, al contempo, quella di strumento per coprire non dichiarate esigenze di lavoro occasionali. Se la prova dovesse essere superata e vi fossero reali

[1118] Corte Giust. 26 novembre 2014, *Mascolo* ed altri, C-22/13, C-61/13, C-62/13, C-63/13, C-418/13, in *LG*, 2015, 135, con nota di R. NUNIN, *"Tanto tuonò che piovve": la sentenza "Mascolo" sull'abuso del lavoro a termine nel pubblico impiego*.

[1119] Corte Cost. 20 luglio 2016, n. 187, in *LG*, 2016, 882 ss., con nota di R. NUNIN, *Precariato scolastico: la Consulta dice basta agli abusi (ma non scioglie tutti i nodi)*.

[1120] In data 6 dicembre 2018.

[1121] Si tratta delle sentenze della Corte Cost. e della Cassazione citate in precedenza; cfr., inoltre, nella medesima direzione, Cass., 7 novembre 2016, nn. 22552, 22553, 22554, 22555, 22556 e 22557; cfr. in tema F. M. PUTATURO DONATI, *Precariato pubblico, effettività della tutela e nuova questione di legittimità costituzionale*, in *ADL*, 2017, 72 ss.

necessità aziendali è a questo punto che probabilmente potrebbe aprirsi l'occasione di un'assunzione a tempo indeterminato di quel lavoratore. Una possibilità del genere peraltro è più facile che si inveri per lavoratori dotati di un certo grado di professionalità, mentre resta più difficile per altri che ne risultino privi[1122].

La seconda versione, invece, quella necessariamente "causale" risulta utilizzabile in casi del tutto eccezionali per esigenze non preventivabili dell'impresa, che, se reali, difficilmente preludono a una successiva trasformazione in contratto di lavoro a tempo indeterminato, a meno che al loro esaurimento emerga contemporaneamente l'esigenza di una posizione a tempo indeterminato.

Peraltro, sebbene le due "sottotipologie" non vengano delineate in modo distinto, al fine di giustificare il contratto a termine "causale" in caso di proroga oltre i dodici mesi complessivi, nonché di rinnovo del contratto va evidentemente reciso ogni legame con il precedente contratto acausale, pena l'ulteriore difficile tenuta della sua proroga o del secondo contratto. Si vuol dire, come abbiamo già notato, che se l'esigenza eccezionale e imprevedibile nel primo contratto a termine (sotto i dodici mesi) manca, ciò se non vale a inficiare la sua validità, mette in dubbio la tenuta delle condizioni che si dovessero esplicitare in caso di sua proroga oltre i dodici mesi complessivi o di suo rinnovo, laddove le attività rese dal lavoratore rimangano le stesse. Il rischio, come si può notare, aumenta nei fatti, tanto da relegare ulteriormente ai margini l'utilizzo del contratto a termine nella versione "causale".

Si rifletta poi sul fatto che l'ottenimento in sede giudiziale della conversione del contratto a termine in contratto a tempo indeterminato, con effetto non formalmente ma sostanzialmente analogo alla reintegrazione nel posto di lavoro, crea *iussu iudicis* nel contesto aziendale una posizione a tempo indeterminato di cui l'impresa probabilmente non ha necessità. Si tratta, per dirla tutta, della costituzione di una posizione lavorativa da subito in esubero, rispetto all'organizzazione del datore di lavoro. Se nei fatti non si procede di solito al licenziamento del dipendente con contratto di lavoro convertito a tempo indeterminato è per il fondato timore, da parte del datore di lavoro, di una condanna per licenziamento illegittimo in quanto non tanto privo di gmo, ma ritorsivo, in quanto intimato nei confronti di un lavoratore che ha appena vinto la causa per termine illegittimo. In realtà, così si confondono i piani, giacché resta apprezzabile l'esubero oggettivo di quella determinata posizione a tempo indeterminato che probabilmente il datore di lavoro non avrebbe voluto.

Su un piano più generale si può aggiungere che sono le imprese a non essere più da tempo a tempo indeterminato, giacché la oramai velocissima e inarrestabile evoluzione tecnologica (saremmo alla quarta rivoluzione industriale), rende rapidamente fuori mercato molteplici attività a vantaggio di altre. Insomma, il valore da difendere non pare essere più quello dell'unico contratto a tempo indeterminato, che si rivela prospettiva passatista nel contesto dell'attuale economia globale, ma della continuatività dell'occupazione, che il legislatore ha il compito se non di garantire di promuovere e sostenere, attraverso strumenti ovviamente multi direzionali. L'accanimento sul contratto di lavoro a tempo determinato in questo contesto diviene sempre meno plausibile e sostenibile sul piano generale.

PARTE SECONDA.

[1122] Cfr. anche A. BOLLANI, *Contratto a termine e somministrazione*, cit.

11. L'indagine: la valutazione del nuovo assetto della somministrazione di lavoro dopo il *decreto dignità* del 2018.

La conclamata forte dinamicità strutturale e funzionale dell'istituto della somministrazione di lavoro trova riscontro anche negli equilibri solo transeunti raggiunti, portato di continui interventi del legislatore. Se, invero, ulteriori assestamenti si erano registrati in occasione del riordino delle tipologie contrattuali realizzato dal *Jobs Act* con il d.lgs. n. 81 del 2015, questi ora vengono tuttavia rimessi in discussione dalle novità introdotte dal decreto dignità del 2018[1123].

Abbiamo già vagliato in testa al presente contributo gli intenti generali sottesi al decreto dignità[1124]. Occorre chiedersi inoltre se e in che misura queste considerazioni possano essere trasposte sul versante del lavoro in somministrazione. Ciò presuppone una valutazione dell'attuale assetto dell'istituto come delineato dagli ultimi interventi del legislatore.

12. La liberalizzazione del contratto commerciale di somministrazione realizzata dal Jobs Act e non incisa dal *decreto dignità*.

Nel riferirci solo alle tappe più recenti di evoluzione dell'istituto, occorre rimarcare che attraverso l'eliminazione nel 2015 con il Jobs Act delle causali tipiche di utilizzo per la somministrazione a tempo indeterminato, sulla scia di quanto già disposto dal d.l. n. 34 del 2014 per quella a tempo determinato[1125], si era giunti, se non alla completa liberalizzazione dell'istituto, di certo all'eliminazione dei vincoli più stringenti al suo utilizzo[1126].

Quella novità trovava un parziale temperamento nella coeva previsione, anch'essa tuttora vigente, che ha imposto per la somministrazione a tempo indeterminato esclusivamente l'utilizzo dei lavoratori assunti a tempo indeterminato dall'agenzia di somministrazione[1127], così recependo nella legge una previsione già dettata dalla contrattazione collettiva[1128]. L'intento è quello di incentivare l'assunzione a tempo indeterminato di lavoratori da parte dell'agenzia di somministrazione, giacché non è più possibile utilizzare diversi lavoratori assunti a tempo determinato dall'agenzia per "riempire" un contratto di somministrazione stipulato a tempo indeterminato con un'impresa utilizzatrice.

Sul punto possiamo aggiungere che il legislatore del 2018 non ha colto l'occasione per un aggiustamento di mira che appariva necessario, in ordine alla sanzione per la violazione di un tale obbligo. Invero, in virtù della collocazione della regola in una disposizione che si occupa per il resto dei limiti quantitativi alla somministrazione a tempo indeterminato[1129], la sua violazione ricade

[1123] D.l. n. 87 del 12 luglio 2018, convertito in l. n. 96 del 9 agosto 2018.

[1124] V. *supra*, parte I, § 1.

[1125] Cfr. C. ZOLI, *La somministrazione di lavoro dal pacchetto Treu al decreto Poletti: un lungo percorso sulla via della liberalizzazione*, in *La politica del lavoro del Governo Renzi*, Atti del X Seminario di Bertinoro-Bologna del 23-24 ottobre 2014, a cura di F. Carinci, ADAPT LABOUR STUDIES e-Book series n. 40, 242 ss.; F. PANTANO, *Il nuovo art. 20 del d.lgs. n. 276/2003 e l'adattamento della direttiva sul lavoro tramite agenzia*, in *RGL*, 2014, I, 763 ss.

[1126] Cfr. A. BOLLANI, *La somministrazione di lavoro liberalizzata*, in *Il codice dei contratti*, a cura di A. Pandolfo, M. Magnani, P.A. Varesi, Torino, 2016, 155 ss.; F. FURLAN, *La somministrazione di lavoro all'indomani del* Jobs Act, in *Commentario breve alla Riforma "Jobs Act"*, a cura di G. Zilio Grandi - M. Biasi, Padova, 599 ss.

[1127] Art. 31, comma 1, d.lgs. n. 81 del 2015.

[1128] Art. 48, Ccnl 27 febbraio 2014 per le agenzie di somministrazione; cfr. A. BOLLANI, *La somministrazione di lavoro*, cit., 174.

[1129] Art. 31, comma 1, d.lgs. n. 81 del 2015.

nel rinvio "omnicomprensivo" dettato al fine di individuare le ipotesi ascrivibili alla somministrazione irregolare, con la prescritta conseguenza, anche per tale peculiare ipotesi, della costituzione del rapporto di lavoro a tempo indeterminato alle dipendenze dell'utilizzatore[1130], nonché di sanzioni amministrative in capo allo stesso soggetto[1131]. In questo caso l'inadempimento è di certo ascrivibile all'agenzia di somministrazione e, peraltro, l'utilizzatore normalmente non potrebbe averne alcuna contezza, ma ne viene tuttavia a soffrire le conseguenze attraverso l'imputazione del rapporto di lavoro[1132]. La soluzione coerente con un tale assetto sarebbe stata, e pare continui a essere, quella della conversione del rapporto di lavoro da tempo determinato a tempo indeterminato in capo all'agenzia di somministrazione, quale autrice della violazione della norma.

In ogni caso, al netto delle "convenienze" economiche, ieri come oggi non risulta essere vietato "riempire" una somministrazione a tempo indeterminato attraverso diversi lavoratori assunti a tempo indeterminato dall'agenzia di somministrazione, i quali, ad es., al termine di una missione a tempo determinato, vengano sostituiti da altri, tornando nella disponibilità dell'agenzia, libera a quel punto di utilizzarli in un'altra missione pur, nel frattempo, essendo tenuta a riconoscere l'indennità di disponibilità[1133], ciò che dovrebbe indurla a reperire repentinamente agli stessi la missione. Inoltre, se il divieto è disposto solo per la somministrazione a tempo indeterminato (nei termini chiariti), pare possibile che anche una somministrazione a tempo determinato, ad es. di un anno, possa essere "riempita" attraverso diversi lavoratori, i quali, sempre ad es., si succedano di mese in mese.

L'intervento del 2015, attraverso l'esplicito riferimento al presupposto della "assunzione a tempo determinato" del lavoratore da parte del somministratore[1134] in luogo dell'ambiguo precedente riferimento alla "somministrazione a tempo determinato"[1135] è valso anche a chiarire che il richiamo alla normativa sul lavoro a termine vale per la regolamentazione del rapporto di lavoro a termine tra l'agenzia e il lavoratore, non interferendo, dunque, con quella del contratto di somministrazione a termine tra agenzia e impresa utilizzatrice[1136].

Pertanto – non appare inutile ribadirlo - a differenza del contratto di lavoro a tempo determinato stipulato tra somministratore e lavoratore, astretto dalla durata massima ora di 24 mesi (pur superabile in determinate ipotesi)[1137], continua a non sussistere alcun limite di questo tipo per la somministrazione a tempo determinato, ovvero con riferimento al contratto di somministrazione tra agenzia e impresa utilizzatrice.

Questo può rappresentare il primo punto di approdo precedente, volto a costituire quello di nuova partenza per analizzare le innovazioni apportate dal decreto dignità, che si sviluppano sull'implicitamente ribadito presupposto della distinzione ontologica e dell'autonomia concet-

---

1130 Art. 38, comma 2, d.lgs. n. 81 del 2015.

1131 Art. 40, comma 1, d.lgs. n. 81 del 2015.

1132 Cfr. sul punto già A. BOLLANI, *La somministrazione di lavoro*, cit., 164-165.

1133 Cfr. anche V. FILÌ, *Prime note sulla somministrazione di lavoro (artt. 30-40)*, in *Commento al d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81: le tipologie contrattuali e lo jus variandi*, a cura di F. Carinci, ADAPT LABOUR STUDIES e-Book series n. 48, 197 ss.

1134 Art. 34, comma 2, d.lgs. n. 81 del 2015.

1135 Art. 22, comma 2, d.lgs. n. 81 del 2015.

1136 Cfr. A. BOLLANI, *La somministrazione di lavoro*, cit., 174; V. FILÌ, *Prime note*, cit., 217 ss.; F. FURLAN, *La somministrazione di lavoro all'indomani del* Jobs Act, in *Commentario breve alla Riforma "Jobs Act"*, a cura di G. Zilio Grandi - M. Biasi, Padova, 2016, 619 ss.

1137 Art. 19, commi 2 e 3, d.lgs. n. 81 del 2015.

tuale del contratto (cd. commerciale) di somministrazione tra impresa utilizzatrice e agenzia rispetto al contratto di lavoro tra quest'ultima e il lavoratore. Come vedremo, le novità si traducono in nuovi vincoli che astringono quest'ultimo contratto, quello di lavoro e, invece, toccano il contratto commerciale di somministrazione solo con riguardo ai limiti percentuali di utilizzo dello strumento, nonché alla reintrodotta ipotesi della somministrazione fraudolenta.

13. Le novità apportate dal decreto dignità: le regole sul contratto di lavoro a termine applicabili al rapporto di lavoro a termine tra agenzia di somministrazione e lavoratore. La durata del contratto.

Il tentativo, dunque, di offrire risposta all'interrogativo iniziale non può che passare attraverso l'analisi dell'assetto attuale dell'istituto, delineatosi a seguito dell'ultimo intervento del legislatore.

Il decreto dignità modifica innanzitutto le regole sul contratto di lavoro a termine applicabili al rapporto di lavoro a termine tra agenzia di somministrazione e lavoratore. Immediatamente apprezzabile si rileva l'eliminazione dell'ambigua e fuorviante clausola di compatibilità con le disposizioni dettate dal medesimo d.lgs. n. 81 del 2015 sul contratto a tempo determinato[1138]. Inoltre, viene ristretta l'area delle disposizioni dettate sempre in tema di contratto a tempo determinato escluse per tale ipotesi: si tratta ora solo di quelle in tema di intervalli tra un contratto e l'altro, in tema di limiti percentuali, nonché quelle sui diritti di precedenza[1139]. Peraltro, in virtù del medesimo rinvio, risultano fuori dall'applicazione delle regole in materia di contratto a termine le medesime ipotesi escluse con riguardo al contratto di lavoro a tempo determinato[1140].

Risultano, dunque, oggi applicabili le regole in tema di limiti temporali, sia riferiti al singolo contratto che complessivi, prima escluse. Si tratta dei limiti complessivi di durata del suddetto contratto, che non può superare i 24 mesi[1141], salva la possibilità di diverse disposizioni dettate dai contratti collettivi in caso di successione dei contratti[1142], nonché della stipula di un ulteriore contratto a tempo determinato tra gli stessi soggetti della durata massima di dodici mesi[1143].

Occorre chiedersi se per il computo di tale periodo massimo siano da conteggiare anche i contratti a termine stipulati dall'agenzia di somministrazione prima dell'entrata in vigore della nuova normativa. A seguire il dettato della legge, la novella dell'art. 34, d.lgs. n. 81 del 2015, trova applicazione a partire dal 14 luglio 2018, giorno successivo all'entrata in vigore del d.l. n. 87 del 2018[1144]. Da tale data, dunque, trovano applicazione al contratto di lavoro a termine stipulato tra

---

1138 Nella sua previgente originaria formulazione, l'art. 34, comma 2, primo periodo, d.lgs. n. 81 del 2015 era così formulato: "In caso di assunzione a tempo determinato il rapporto di lavoro tra somministratore e lavoratore è soggetto alla disciplina di cui al capo III per quanto compatibile, con esclusione delle disposizioni di cui agli articoli 19, commi 1, 2 e 3, 21, 23 e 24".

1139 Art. 34, comma 2, primo periodo, d.lgs. n. 81 del 2015, così modificato dall'art. 2, comma 1, d.l. 12 luglio 2018, n. 87, convertito, con modificazioni, dalla l. 9 agosto 2018, n. 96, per cui "In caso di assunzione a tempo determinato il rapporto di lavoro tra somministratore e lavoratore è soggetto alla disciplina di cui al capo III, con esclusione delle disposizioni di cui agli articoli 21, comma 2, 23 e 24".

1140 Si tratta delle ipotesi delineate dall'art. 29, d.lgs. n. 81 del 2015, la cui analisi esula dall'economia del presente contributo.

1141 Art. 19, comma 1, d.lgs. n. 81 del 2015, come sostituito dall'art. 1, comma 1, lett. a), n. 1), d.l. 12 luglio 2018, n. 87, convertito, con modificazioni, dalla l. 9 agosto 2018, n. 96.

1142 Art. 19, comma 2, d.lgs. n. 81 del 2015, come modificato dall'art. 1, comma 1, lett. a), n. 2), d.l. 12 luglio 2018, n. 87, convertito, con modificazioni, dalla l. 9 agosto 2018, n. 96.

1143 Art. 19, comma 3, d.lgs. n. 81 del 2015.

1144 Art. 15, d.l. n. 87 del 2018.

somministratore e lavoratore le citate regole sulla durata massima. Se ne deve dedurre che ai fini del suo calcolo non vadano conteggiati i contratti di lavoro a termine stipulati dalle stesse parti in data antecedente e già cessati. Inoltre, i contratti in corso alla stessa data con durata superiore ai 24 mesi andranno a naturale scadenza, ma non potranno essere prorogati, se con la proroga vadano a superare quel limite. Per il resto il regime transitorio segue quello dettato in tema di contratto di lavoro a termine *tout court*[1145].

Le nuove regole vengono comunque a incidere anche sulla disciplina dettata sul punto dalla contrattazione collettiva, in questo caso dal Ccnl delle Agenzie di somministrazione. Invero, quello del 2014 tuttora vigente dispone un limite massimo di durata di 36 mesi riferito al singolo contratto di lavoro[1146]; peraltro nel quadro previgente risultava possibile alla fine di quel primo contratto a termine stipulare un nuovo contratto di lavoro a termine, ricominciando il periodo a decorrere da capo, giacché non trovavano applicazione le regole in materia di successione dei contratti di lavoro a termine[1147]. Ora, invece, il limite massimo va riportato a quello legale imposto dall'art. 19, comma 1, d.lgs. n. 81 del 2015 di 24 mesi, giacché si deve ritenere che la contrattazione collettiva, in mancanza di espresso rinvio legale derogatorio, non risulti abilitata a intervenire sulla durata del primo contratto. Al contempo, la durata del primo contratto va ora necessariamente sommata con quella degli eventuali contratti a termine successivi, giacché viene ora imposta anche l'applicazione dell'art. 19, comma 2, d.lgs. n. 81 del 2015, che a questa ipotesi fa riferimento. In virtù di quest'ultima disposizione, la disciplina della successine dei contratti è aperta comunque alle diverse determinazioni della contrattazione collettiva[1148].

In caso di violazione del limite massimo di durata del contratto di lavoro a termine, la sanzione consiste nella "trasformazione" (*rectius* conversione) in contratto di lavoro a tempo indeterminato dalla data del superamento del limite, in capo al datore di lavoro, in questo caso l'agenzia di somministrazione.

Debbono così ritenersi superate le previsioni dettate dalla contrattazione collettiva, che prevedono soltanto un sistema costruito, anche in caso di violazione dell'allora limite solo contrattuale dei 36 mesi, sull'assunzione volontaria e incentivata a tempo indeterminato in capo all'agenzia di somministrazione[1149]. L'incentivo viene ivi previsto anche in caso di "trasformazione" del contratto da tempo determinato in tempo indeterminato, ma l'ipotesi sembra ora riferibile soltanto al caso della trasformazione vera e propria, ossia quella volontariamente disposta dall'agenzia di somministrazione e non riferibile più all'ipotesi di trasformazione coatta *iussu iudicis* (*rectius* trasformazione), di per sé evidentemente non incentivabile, giacché ora imposta dalla legge.

Occorre, comunque, considerare che il limite legale dei 24 mesi sia imposto ora per i contratti di lavoro a termine stipulati anche dall'agenzia di somministrazione con il medesimo lavoratore, ma, come per il contratto a termine *tout court*, soltanto per quelli "conclusi per lo svolgimento di mansioni di pari livello e categoria legale"[1150]. Tale declinazione del limite viene in concreto a

[1145] V. *supra*, parte I, § 7.

[1146] Art. 47, Ccnl agenzie di somministrazione del lavoro del 27 febbraio 2014.

[1147] Art. 34, comma 2, d.lgs. n. 81 del 2015.

[1148] Art. 19, comma 2, d.lgs. n. 81 del 2015.

[1149] Art. 48, Ccnl agenzie di somministrazione del lavoro del 27 febbraio 2014.

[1150] Art. 19, comma 2, d.lgs. n. 81 del 2015.

spiegare effetti più vasti nell'ambito della somministrazione di lavoro. Invero, mentre in caso di contratto a termine *tout court* il raffronto va operato sulle mansioni rese nei confronti del medesimo soggetto datore di lavoro, nel caso della somministrazione le missioni vengono fisiologicamente effettuate presso imprese diverse, le quali possono adottare diversi sistemi di classificazione del personale, che si traducono in livelli difficilmente assimilabili tra loro[1151]. Se, dunque, in caso di formale adibizione del lavoratore in missione presso un utilizzatore a mansioni di diverso livello rispetto a quelle svolte in una precedente missione il periodo precedente si potrebbe non sommare al successivo al fine di integrare il limite temporale, non si può escludere che vi sia spazio per il giudice per una comparazione effettiva sia del contenuto professionale richiesto da livelli formalmente non comparabili, in quanto relativi a diversi contratti collettivi, sia per verificare in concreto se le mansioni effettivamente svolte corrispondano ai livelli dichiarati. Occorre prestare attenzione all'eventualità che in caso di volontaria dissimulazione del livello effettivo ai fini del non superamento del limite, possa risultare integrata un'ipotesi di somministrazione fraudolenta, che è stata reintrodotta dal decreto dignità[1152].

Il limite dei 24 mesi non opera altresì per le attività stagionali, come avviene per il contratto a termine *tout court*, ovviamente nel nostro caso riferite all'attività svolta dall'impresa utilizzatrice. Si tratta delle attività stagionali individuate tuttora dal D.P.R. n. 1525 del 1065, nonché dai contratti collettivi[1153].

13.1. L'applicazione delle condizioni di utilizzo del contratto a termine "esclusivamente all'utilizzatore".

In ordine, invece, all'applicabilità al suddetto contratto di lavoro a tempo determinato tra agenzia di somministrazione e lavoratore delle condizioni di cui all'art. 19, comma 1, per contratti di durata superiore a 12 mesi (sempre entro il limite complessivo dei 24 mesi) la questione risulta più complessa, in quanto entra in gioco una peculiare disposizione introdotta dal decreto dignità di quantomeno complicata decodificazione. Invero, in riferimento alle condizioni di utilizzo del contratto a termine ora imposte dal novellato art. 19, commi 1, d.lgs. n. 81/2015 la legge prescrive che "nel caso di ricorso al contratto di somministrazione di lavoro si applicano esclusivamente all'utilizzatore"[1154].

Intanto, va stigmatizzato che la citata disposizione, resti collocata fuori dal d.lgs. n. 81 del 2015, giacché non novella o integra alcuna sua norma, ciò che contribuisce, quantomeno sotto il profilo formale, a minare l'originale valenza dello stesso decreto legislativo quale testo autosufficiente in materia di tipologie contrattuali. In ogni caso, si tratta di certo di una delle disposizioni del decreto dignità più complesse e invero enigmatiche, in quanto la sua oscura formulazione rende possibili diverse interpretazioni.

Esemplificando le due posizioni possibili, da un lato si potrebbe ritenere che la previsione riguardi

[1151] V. art. 28, comma 2, Ccnl agenzie di somministrazione del lavoro del 27 febbraio 2014, per il quale "Ai fini dell'attribuzione del livello di inquadramento contrattuale per ogni singolo rapporto di lavoro si deve fare riferimento, in coerenza con la suesposta classificazione in gruppi, ai diversi livelli/categorie di inquadramento previste per le specifiche mansioni di cui al CCNL delle imprese utilizzatrici".

[1152] Art. 38-*bis*, d.lgs. n. 81 del 2015, v. *infra*, § 6.

[1153] Art. 19, comma 2, che rinvia all'art. 21, comma 2, d.lgs. n. 81 del 2015.

[1154] Art. 2, comma 1-*ter*, d.l. n. 87 del 2018, aggiunto dalla l. di conversione n. 96 del 2018.

il contratto commerciale di somministrazione, in cui l'utilizzatore è formalmente parte contrattuale, reintroducendosi in tal modo un sistema di giustificazione del suddetto contratto, superato nel 2014 e 2015, come già notato, per il contratto di somministrazione a tempo determinato e a tempo indeterminato, con conseguente integrazione di un'ipotesi di somministrazione irregolare, in caso di violazione della norma.

Tuttavia, le ipotesi di somministrazione irregolare, come abbiamo già notato, sono espressamente individuate dalla legge[1155]. Ulteriori ipotesi non espressamente disposte non paiono individuabili in via interpretativa, in quanto quelle delineate dalla legge non possono che essere considerate tassative, data la peculiare sanzione della "trasformazione" in contratto di lavoro a tempo indeterminato in capo a un diverso soggetto, che in precedenza non rivestiva la veste di datore di lavoro.

In una tale prospettiva, sul piano lessicale appare coerente la prevista applicazione delle condizioni "esclusivamente all'utilizzatore" e quindi, non in capo all'agenzia di somministrazione. Lo stesso riferimento unilaterale, invece, risulterebbe privo di significato se si dovesse ritenere che le suddette condizioni debbano trovare applicazione in relazione al contratto commerciale di somministrazione stipulato tra agenzia e utilizzatore. Inoltre, si tratta di condizioni previste per un contratto di lavoro a tempo determinato, mentre il contratto commerciale di somministrazione a tempo determinato può essere realizzato sia attraverso utilizzo di lavoratori assunti a termine, ma altresì attraverso lavoratori assunti a tempo indeterminato dall'agenzia di somministrazione.

La lettura da preferire appare dunque quella per cui le suddette "condizioni" vadano a incidere sul contratto di lavoro a termine stipulato dall'agenzia di somministrazione con il lavoratore, anche se devono essere espresse in questo caso dall'utilizzatore. Si tratta di ragioni che inducono l'utilizzatore a richiedere un lavoratore in somministrazione, ma incidono sulla legittimità del contratto di lavoro a termine stipulato a tal fine dall'agenzia di somministrazione[1156].

In ordine alle condizioni in tal modo imposte si può richiamare quanto osservato e osservabile in merito al contratto a tempo determinato *tout court*, in relazione al loro grado di genericità e difficile determinatezza[1157].

Quanto all'ambito di incidenza della norma, di certo per contratti di lavoro a tempo determinato stipulati dall'agenzia con un lavoratore da inviare in missione di durata inferiore a 12 mesi le condizioni non sono necessarie, salvo il caso in cui vi sia un rinnovo del contratto, così come imposto per i contratti a termine *tout court*[1158].

Le condizioni inoltre non sono necessarie, qualunque sia la durata del contratto a termine stipulato dall'agenzia, allorché la missione del lavoratore attenga ad attività stagionali, come avviene

---

[1155] Art. 38, d.lgs. n. 81 del 2015.

[1156] Cfr. in termini, anche in base a ulteriori motivazioni, A. BOLLANI, *Contratto a termine e somministrazione*, cit.; F. SCARPELLI, *Convertito in legge il "decreto dignità"*, cit., 16 ss.

[1157] V. *supra*, parte I, § 3.

[1158] Art. 19, commi 1 e 4, d.lgs. n. 81 del 2015. La peculiare questione relativa ai rinnovi dei contratti a termine, stipulati per inviare in missione i lavoratori presso imprese utilizzatrici diverse sarà affrontato più avanti, in sede di analisi di quell'istituto, v. *infra*, § 3.3.

per il contratto a termine *tout court*, ovviamente nel nostro caso riferite all'attività svolta dall'impresa utilizzatrice. Si tratta delle attività stagionali individuate tuttora dal D.P.R. n. 1525 del 1065, nonché dai contratti collettivi[1159].

Qualora necessarie, nei termini sopra delineati, le condizioni di utilizzo vanno apposte, dunque, al contratto di lavoro a termine stipulato tra agenzia e lavoratore. Sarà comunque compito della stessa agenzia di somministrazione richiedere prima della stipula del contratto di lavoro all'utilizzatore la specificazione delle condizioni. Si tratta di una evidente complicazione, dato che lo strumento della somministrazione gioca il proprio ruolo nel mercato del lavoro proprio sulla rapidità di risposta alle esigenze di forza lavoro da parte delle imprese. Si vuol dire che normalmente alla stipula di un contratto di somministrazione segue in tempi brevissimi l'invio del lavoratore in missione, assunto normalmente *ad hoc* con contratto di lavoro a tempo determinato dall'agenzia. Non è difficile, pertanto, prevedere che le condizioni laddove necessarie siano inserite nello stesso contratto commerciale di somministrazione, anche se non richieste quale necessario requisito di quel contratto, oppure in un atto separato, ma sempre a quello contestuale.

Allo stesso tempo, le agenzie di somministrazione si troveranno a svolgere di fatto funzione di consulenti per le imprese utilizzatrici al fine di individuare le specifiche condizioni che legittimino la stipula del contratto di lavoro a tempo determinato stipulato per il lavoratore inviato in missione. Si potrebbe giungere anche a predisporre moduli da parte delle agenzie di somministrazione in cui vengano esemplificate ipotesi concrete che soddisfino una delle condizioni previste dalla legge, da proporre all'impresa utilizzatrice al fine della loro individuazione. Una scelta del genere risulterebbe funzionale alle esigenze di celerità e fluidità dello strumento della somministrazione di lavoro, anche se in tal modo si può incorrere nel rischio che in sede giudiziale si possano ritenere le suddette condizioni non genuine, in quanto "preconfezionate" dalle agenzie.

A questo punto, se le condizioni indicate dall'impresa utilizzatrice non tengono alla prova del giudizio, occorre chiedersi quale conseguenza ne debba derivare. Il vizio attiene al contratto di lavoro tra somministratore e lavoratore, sicché la prescritta sanzione della conversione del rapporto di lavoro da tempo determinato a tempo indeterminato [1160] non potrà che realizzarsi in capo all'agenzia di somministrazione, quale datore di lavoro. Se la scelta del legislatore di far gravare su tale soggetto le conseguenze della rilevata carenza delle condizioni imposte dalla legge desta diffuse perplessità, tanto da essere definita irrazionale[1161], si tratta pur sempre di un elemento di validità del contratto di lavoro a termine stipulato dal somministratore.

Siamo di fronte a un obbligo gravante su una parte del contratto commerciale di somministrazione (l'utilizzatore), il cui inadempimento viene tuttavia a gravare su una parte del contratto di lavoro (l'agenzia di somministrazione), quale conseguenza del collegamento negoziale tra i due citati contratti, schema giuridico come noto da tempo prescelto per spiegare in questo caso la scissione tra i poteri datoriali[1162]. Occorre, al contempo, essere avvertiti che si tratti di una forma di collegamento negoziale imposta dal legislatore, che regola espressamente i diritti e gli obblighi

---

[1159] Art. 21, comma 01, che rinvia al comma 2 del medesimo art. 21, d.lgs. n. 81 del 2015.

[1160] Art. 19, comma 2, d.lgs. n. 81 del 2015.

[1161] Così A. BOLLANI, *Contratto a termine e somministrazione*, cit.

[1162] Cfr. R. DEL PUNTA, *La "fornitura del lavoro temporaneo" nella l. n. 196/1997*, in *RIDL*, 1998, I, 209 ss.; A. PERULLI, *Profili del collegamento negoziale nel lavoro temporaneo,* in *RGL*, 1999, I, 246 ss.; R. ROMEI, *Il contratto di somministrazione di lavoro*, in *DLRI*, 2006, 417 ss.; P. TULLINI, *Identità e scomposizione della figura del datore di lavoro*, in *ADL*, 2003, 93.

gravanti sulle parti, anche in virtù dello stesso collegamento negoziale, sul quale, data la inderogabilità della normativa, le parti non hanno possibilità di agire modificandone gli effetti, che restano quelli fissati dalla legge. Ciò implica, in particolare, che i vizi che colpiscono uno dei due contratti si trasmettono all'altro solo ove espressamente previsto, mentre, invece, la civilistica tende, in caso di collegamento volontario disposto dalle parti, a derivare dall'interdipendenza tra i contratti collegati il propagarsi dei vizi di un contratto su tutta la catena, fino a giungere a prospettare che i contratti collegati siano in realtà da apprezzare come alla stregua di un unico contratto[1163].

Comunque, in caso di comunicazione da parte dell'utilizzatore di causali che poi non reggono alla prova del giudizio, pare potersi configurare un diritto al risarcimento del danno in capo all'agenzia di somministrazione, la quale subirebbe il pregiudizio di assumere il dipendente a tempo indeterminato. Si tratta di una responsabilità di tipo contrattuale, che trova fonte appunto nel collegamento negoziale tra contratto di somministrazione (tra agenzia e impresa utilizzatrice) e contratto di lavoro (tra agenzia e lavoratore).

13.2. Le proroghe.

Quanto poi alla disciplina della proroga del contratto di lavoro a termine, occorre notare che in precedenza risultava esclusa l'applicazione dell'intero art. 21, d.lgs. n. 81 del 2015. Ora, invece, viene esclusa l'applicazione del solo secondo comma del suddetto art. 21, sul regime degli intervalli tra un contratto a termine e il successivo[1164], sicché il nuovo comma 01, nonché il modificato comma 1 del suddetto articolo risultano, almeno formalmente applicabili.

La questione si pone in quanto tale ultime disposizioni vanno coordinate con la peculiare regola dettata già nel 2015 e non modificata nel 2018 in tema di somministrazione di lavoro, per cui "Il termine inizialmente posto al contratto di lavoro può in ogni caso essere prorogato, con il consenso del lavoratore e per atto scritto, nei casi e per la durata previsti dal contratto collettivo applicato dal somministratore"[1165], che, in precedenza, nel 2015, era la sola a disciplinare la proroga del contratto a termine nel quadro della somministrazione di lavoro. Ora, invece, il dettato della legge pone il problema della formale compresenza delle due regolamentazioni del medesimo istituto, quella generale in tema di proroga del contratto a tempo determinato e quella particolare, dettata nel quadro della somministrazione di lavoro. Peraltro, occorre considerare che nella versione originaria dall'art. 2, comma 1, d.l. 12 luglio 2018, n. 87, che ha novellato l'art. 34, comma 2, d.lgs. n. 81 del 2015, l'art. 21 del medesimo decreto fosse richiamato, e, quindi, risultava ancora interamente escluso, mentre attraverso la legge di conversione si specifica che ad essere escluso è il solo comma 2 del medesimo articolo, ovvero la disposizione relativa al regime degli intervalli. Ciò induce a ritenere che non si tratti di una svista del legislatore, ma, invece, se ne dovrebbe desumere un'espressa volontà di applicare le regole dettate dagli altri commi del medesimo art. 21.

Occorre attribuire un significato al mutamento della normativa, ma al contempo tener in conto le peculiarità espresse dalla perdurante disposizione citata, che, tuttavia, viene ora calata in un contesto mutato, tanto da assumere una diversa portata. Se l'intento era quello di applicare per

---

[1163] Cfr., per tutti, R. SACCO, G. DE NOVA, *Il contratto*, IV Ed., Torino, 2016, 78 ss. e ivi ulteriori riferimenti di dottrina e giurisprudenza.

[1164] Art. 34, comma 2, primo periodo, d.lgs. n. 81 del 2015.

[1165] Art. 34, comma 2, secondo periodo, d.lgs. n. 81 del 2015.

intero anche in tema di proroghe le regole prescritte per il contratto a temo determinato *tout court*, la norma "particolare" andava coerentemente abrogata; se, invece, si volevano comunque salvaguardare le peculiarità di utilizzo dell'istituto nel quadro della somministrazione, allora andava espressamente esclusa l'applicazione delle regole generali dettate dai commi 01 e 1 dell'art. 21 in tema di proroga del contratto di lavoro a termine. In questa ultima preferibile prospettiva, da un lato il riferimento a quelle disposizioni può trovare una sua ragione nel fatto che esse si riferiscano, oltre che alla regola, da ritenere inderogabile anche dalla contrattazione collettiva, relativa alla trasformazione in contratto a tempo indeterminato in caso mancanza delle "condizioni", oppure di superamento del numero delle proroghe previsto[1166], anche ai rinnovi e alle attività stagionali[1167], nonché all'esclusione per le start up[1168], ma dall'altro occorreva un rinvio "chirurgico" soltanto a quelle disposizioni, mentre l'attuale rinvio generico anche a tutte le disposizioni in tema di proroghe ingenera confusione.

Nel tentativo di rendere plausibile l'incerta compatibilità, pare comunque potersi attribuire prevalenza, in quanto tale, alla norma "speciale", non superabile dalla norma generale posteriore (*lex specialis derogat legi generali; lex posterior generalis non derogat legi priori speciali*) in ordine alle motivazioni da addurre alle eventuali proroghe del contratto, sicché il riferimento ai "casi" previsti dal contratto collettivo consentirebbe di non rispettare le condizioni richiamate dall'art. 21, comma 01, d.lgs. n. 81 del 2015, nel senso di sostituirsi a queste al fine di legittimare la proroga che determini una durata complessiva del contratto a termine superiore a 12 mesi. Per questa ipotesi, la previsione collettiva verrebbe ad assumere una funzione propriamente derogatoria del precetto legale, con conseguente possibile determinazione di condizioni meno restrittive di utilizzo e, quindi, andando oltre quelle imposte dalla legge.

In ogni caso la difficile convivenza tra le citate regole generali e speciali trova riscontro nell'analisi delle disposizioni dettate dal richiamato contratto collettivo applicato dal somministratore. In un contesto allora di proroga "libera" ci si limita a prevedere, come già notato in relazione alla durata del contratto a termine, che "il singolo contratto, comprensivo delle eventuali proroghe, non può avere una durata superiore a 36 mesi"[1169], ribadendo dunque sul punto l'allora assetto legale, ovvero limite di 36 mesi e proroga libera da condizioni.

L'unico caso espressamente previsto è quello per cui "nei casi di somministrazione per la sostituzione di lavoratori assenti, il periodo iniziale della missione può essere prorogato fino alla permanenza delle ragioni che hanno causato le assenze"[1170]. Un'ipotesi del genere risultava conforme al precedente quadro normativo, ma ora pone problemi di compatibilità con l'attuale. Trattandosi di un'ipotesi relativa alla sostituzione di un lavoratore, quanto alla motivazione pare poter rientrare in una delle condizioni prescritte per il contratto a tempo determinato *tout court* di durata superiore a 12 mesi, che appunto si riferisce a "esigenze di sostituzione di altri lavoratori"[1171], mentre risulta ultronea per contratti di durata inferiore, ma comunque non *contra legem*. Invece, crea problemi in relazione alla durata, in quanto prevista proprio nella prospettiva di consentire

---

[1166] Art. 21, comma 01, d.lgs. n. 81 del 2015.

[1167] Art. 21, commi 01 e 1, d.lgs. n. 81 del 2015.

[1168] Art. 21, comma 3, d.lgs. n. 81 del 2015.

[1169] Art. 47, comma 1, Ccnl agenzie di somministrazione del lavoro del 27 febbraio 2014.

[1170] Art. 47, comma 3, Ccnl agenzie di somministrazione del lavoro del 27 febbraio 2014.

[1171] Art. 19, comma 1, lett. a), applicabile anche al contratto a termine stipulato nell'ambito di una somministrazione di lavoro, in virtù del rinvio operato anche a questa disposizione dall'art. 34, comma 2, d.lgs. n. 81 del 2015.

il superamento dell'allora limite temporale dei 36 mesi, oggi ridotto a 24. Al fine di considerare la previsione ancora valida ed efficace, si deve ritenere che alla contrattazione collettiva rimanga affidata dalla norma speciale (che fa espresso riferimento alla durata della proroga) la possibilità di derogare tramite la proroga a tale limite.

Qualche dubbio, in verità si deve esprimere con riguardo al numero massimo delle proroghe possibili, in quanto il riferimento posto dalla norma speciale alla durata deve essere in realtà stirato in via interpretativa per includere anche il numero delle proroghe, come comunque pare possibile, valorizzando la *ratio* complessiva della perdurante norma speciale[1172]. Ne deriva la permanente validità della regola fissata dal contratto collettivo del 2014 in sei proroghe massime[1173].

Infine, la previsione, infine, di un diritto all'informativa sulla durata della proroga[1174] non contrasta con alcuna norma di fonte legale, tanto da poter restare valida ed efficace.

13.3. I rinnovi.

Come già anticipato, anche sui rinnovi la disciplina viene a mutare rispetto all'assetto delineato nel 2015, in quanto ora, in virtù del rinvio operato alla disciplina imposta per il contratto a tempo determinato *tout court*, in ogni caso di rinnovo anche del contratto a termine stipulato nell'ambito di una somministrazione di lavoro dovranno essere esplicitate dall'impresa utilizzatrice (secondo quanto in precedenza osservato) le condizioni di cui all'art. 19, comma 1, d.lgs. n. 81 del 2015.

Occorre a questo punto chiarire l'esatta portata della norma in relazione allo schema della somministrazione di lavoro. Di certo, per contratti di lavoro a tempo determinato stipulati dall'agenzia con un lavoratore da inviare in missione di durata inferiore a 12 mesi, le condizioni non sono necessarie, salvo il caso in cui vi sia un rinnovo del contratto, così come imposto per i contratti a termine *tout court*[1175].

Resta inoltre possibile spingersi più in là, valorizzando la formula della legge che, come ricordato, impone l'applicazione delle suddette condizioni "esclusivamente all'utilizzatore"[1176]. Su un tale presupposto, si può, a mio avviso, giungere a ritenere che le condizioni debbano essere esplicitate soltanto nel caso in cui il contratto di lavoro a termine stipulato dall'agenzia con il lavoratore superi la durata dei 12 mesi, a causa di una proroga dello stesso, oppure venga rinnovato, solo se ciò avvenga per svolgere missioni in somministrazione per la medesima impresa utilizzatrice[1177]. Insomma, ai fini della necessarietà delle condizioni di utilizzo del contratto a termine, il contatore dei dodici mesi si azzera nel passaggio del lavoratore in missione da un utilizzatore all'altro.

Sul piano pratico una tale soluzione pare impattare in modo particolare sul caso dei rinnovi del

---

[1172] Cfr. in tale direzione, invero senza dubbi, A. BOLLANI, *Contratto a termine e somministrazione*, cit.; A. MARESCA, *I rinvii*, cit., 4.

[1173] Art. 47, comma 1, Ccnl agenzie di somministrazione del lavoro del 27 febbraio 2014.

[1174] Art. 47, comma 4, Ccnl agenzie di somministrazione del lavoro del 27 febbraio 2014, per cui "L'informazione al lavoratore/trice della durata temporale della proroga va fornita, salvo motivi d'urgenza, con un anticipo di 5 giorni rispetto alla scadenza inizialmente prevista o successivamente prorogata, e comunque mai inferiore a 2 giorni".

[1175] Art. 19, commi 1 e 4, d.lgs. n. 81 del 2015.

[1176] Art. 2, comma 1-ter, d.l. n. 87 del 2018, aggiunto dalla l. di conversione n. 96 del 2018.

[1177] In tale prospettiva si pone anche A. BOLLANI, *Contratto a termine e somministrazione*, cit., nonché la Circ. Min. lav. n. 17 del 31 ottobre 2018, punto 2.2.; *contra* F. SCARPELLI, *Convertito in legge il "decreto dignità",* cit., 18, in considerazione del fatto che le causali restano condizioni del contratto di lavoro stipulato dall'agenzia.

contratto a termine con il medesimo lavoratore. Cioè, ad es., se il contratto a termine viene stipulato per 6 mesi che coincidono con la durata della missione in somministrazione presso l'utilizzatore A, le condizioni non sono necessarie, per quanto rilevato in precedenza. Inoltre, nella lettura seguita, le stesse possono a nostro avviso rimanere non necessarie se, nell'esempio proposto con lo stesso lavoratore venga stipulato un ulteriore contratto a termine di 4 mesi, per inviare il lavoratore in missione presso l'utilizzatore B. Si resta, infatti, (6 + 4) sotto il tetto dei 12 mesi complessivi e l'ipotesi, ai soli fini della necessità delle condizioni, non può essere assimilabile a quella imposta in tema di rinnovi per il contratto a termine *tout court,* proprio in quanto non si realizza nei confronti del medesimo utilizzatore, cui la norma specifica si rivolge nel determinare l'ambito di applicazione peculiare delle condizioni di cui all'art. 19, comma 1. Si rifletta che, in caso contrario, nel nostro esempio l'utilizzatore B si troverebbe a dover indicare le condizioni di utilizzo per una missione di soli 4 mesi nei suoi confronti, sul presupposto dell'esistenza di un precedente contratto di lavoro stipulato dal lavoratore con la stessa agenzia (quello nel nostro esempio di 6 mesi) di cui, nel silenzio della legge sul punto, non è onerato di conoscere l'esistenza.

La questione a questo punto si sviluppa anche sul piano della interferenza tra contratti a termine stipulati da diversi datori di lavoro, ossia nel caso in cui un lavoratore sia già stato in missione presso un'impresa utilizzatrice e, poi, venga assunto a tempo determinato dalla medesima impresa. Al contempo, si può pensare al caso contrario, in cui il lavoratore sia stato già assunto in precedenza a termine direttamente dall'impresa presso la quale poi venga a svolgere la missione in somministrazione. Occorre chiedersi se il secondo contratto a termine dovrà essere astretto alle condizioni imposte comunque per tutti i casi di rinnovo, oppure no.

In mancanza di esplicite disposizioni, si può ritenere che non sorgano interferenze, giacché i due contratti di lavoro restano distinti, in quanto stipulati tra soggetti diversi, tanto da non potersi procedere a un loro cumulo ai fini della individuazione di un'ipotesi astretta alle condizioni di utilizzo dettate laddove un contratto a tempo determinato, stipulato tra gli stessi soggetti, superi la durata complessiva di dodici mesi. Invece, la circolare ministeriale assimila esplicitamente tali ipotesi a quella del rinnovo del contratto a termine[1178], imponendo pertanto in ogni caso la causale. La soluzione appare eccessivamente rigida e non trova alcun riscontro nelle norme esaminate, che non toccano l'ipotesi del cumulo tra contratti a termine stipulati da soggetti (datori di lavoro) diversi. Al contempo, non si può supporre che si tratti di un'ipotesi di somministrazione fraudolenta, giacché ne devono ricorrere gli appositi elementi, in particolare con riferimento all'indagine sulla volontà del soggetto agente[1179].

Occorre, altresì, considerare che l'espressa perdurante (e opportuna) non applicazione ai contratti a termine stipulati nell'ambito della somministrazione di lavoro del regime degli intervalli necessari tra un contratto e l'altro, rendano oggi difficoltoso differenziare in questo ambito l'ipotesi del rinnovo o successione dei contratti da quello della proroga del medesimo contratto, giacché risulta possibile rinnovare un contratto a termine in questi casi anche il giorno successivo a quello della scadenza del primo. Si tratterà allora di una questione meramente nominalistico-formale, non però priva di conseguenze. Si vuol dire che mentre in caso di proroga la necessità di esplicitare le condizioni di utilizzo scatta soltanto nel caso in cui attraverso la stessa proroga il contratto a termine superi i 12 mesi complessivi di durata, invece per il rinnovo un tale onere è

[1178] Punto 2.2. Circ. Min. lav. n. 17 del 31 ottobre 2018.

[1179] V, *infra*, § 6.

imposto in ogni caso. Il sistema incentiva di fatto il ricorso alla proroga rispetto al rinnovo, quantomeno laddove l'esigenza di un prolungamento del rapporto di lavoro emerga prima della scadenza originaria del primo contratto.

14. Il limite di impiego a termine del lavoratore da parte dell'impresa utilizzatrice.

Occorre a questo punto isolare la rilevante questione relativa al limite massimo di utilizzo complessivo a tempo determinato di un medesimo lavoratore da parte di un'impresa utilizzatrice, sulla quale la nuova normativa del 2018 non interviene in modo limpido.

Intanto, non appare superfluo ribadire che continui a non esservi alcun limite alla durata del contratto "commerciale" di somministrazione stipulato tra somministratore e impresa utilizzatrice[1180]. Ciò implica che se il lavoratore viene assunto con un contratto a termine dall'agenzia di somministrazione, dato, invece, il limite dei 24 mesi alla durata complessiva del suddetto contratto, la sua missione presso l'utilizzatore non potrà in ogni caso durare più di questo termine, sicché se il contratto di somministrazione fosse stato stipulato per un tempo più lungo, ad es. 30 mesi, il residuo periodo dovrà essere coperto dalle prestazioni di un altro lavoratore. Ovviamente, nel caso in cui il lavoratore dovesse essere stato assunto a tempo indeterminato dall'agenzia di somministrazione non si porrebbero problemi del genere.

Inoltre, occorre altresì soffermarsi sulle interferenze che si possono realizzare per il medesimo lavoratore tra eventuali contratti a termine stipulati direttamente (prima o dopo) con l'impresa, quale formale datore di lavoro, cioè al di fuori dello schema della somministrazione, e le missioni sempre a termine dallo stesso svolte per la medesima impresa, questa volta qualificabile come utilizzatrice, per effetto di una somministrazione di lavoro.

La norma di riferimento è rimasta identica, giacché continua a prevedere che "Ai fini del computo di tale periodo si tiene altresì conto dei periodi di missione aventi ad oggetto mansioni di pari livello e categoria legale, svolti tra i medesimi soggetti, nell'ambito di somministrazioni di lavoro a tempo determinato"[1181].

Tuttavia, in precedenza questa disposizione valeva certamente soltanto per il calcolo del limite massimo del contratto di lavoro a termine *tout court*, in quanto la stessa, come già notato, non trovava applicazione per la diversa ipotesi del contratto a termine stipulato dal lavoratore con l'agenzia nell'ambito di una somministrazione di lavoro, sicché si poteva ritenere che il superamento del tetto incidesse soltanto sul contratto a termine diretto stipulato dall'impresa. Ne derivava che al superamento del tetto mentre non era consentito stipulare un ulteriore contratto a termine (o prorogare l'ultimo), l'impresa utilizzatrice restava libera di continuare ad avvalersi del lavoratore mediante missione in somministrazione[1182].

Oggi, invece, la norma citata troverebbe applicazione anche per il contratto di lavoro a termine stipulato nell'ambito di una somministrazione di lavoro[1183], tanto da poter indurre a ritenere che

---

[1180] Artt. 30 ss., d.lgs. n. 81 del 2015.

[1181] Art. 19, comma 2, d.lgs. n. 81 del 2015.

[1182] Cfr., in precedenza, già V. SPEZIALE, *La riforma del contratto a termine nella legge 28 giugno 2012, n. 92*, Working paper C.S.D.L.E. «Massimo D'Antona».IT, 153/2012, 23; P. TOSI, *Il contratto a tempo determinato dopo la legge n. 92/2012*, in *DRI*, 2012, 963; in questi termini anche la circolare n. 18/2012 del Ministero del lavoro.

[1183] Art. 34, comma 2, d.lgs. n. 81 del 2015.

il suddetto tetto si riferisca anche a questa, impedendo, al suo superamento, anche il ricorso alla somministrazione a tempo determinato, in cui sia impegnato il medesimo lavoratore. Inoltre, in virtù del medesimo rinvio la stessa disposizione potrebbe altresì trovare applicazione anche nei confronti dell'agenzia di somministrazione quale datore di lavoro, con la conseguenza che anche per questo soggetto il calcolo del limite di durata massima di 24 mesi dovrebbe comprendere anche i contratti di lavoro a termine stipulati dal lavoratore direttamente con l'impresa che, prima o dopo, lo utilizzi quale lavoratore in missione da parte dell'agenzia.

Tuttavia, a ben vedere questa lettura, fatta propria oggi con considerazioni per nulla limpide dalla circolare ministeriale sul decreto dignità[1184], è da scartare, in quanto non trova sufficiente basi testuali e inoltre si basa sul consueto e sempre diffuso equivoco, favorito dallo stesso legislatore, che conduce a confondere il contratto commerciale di somministrazione che lega agenzia e impresa utilizzatrice con il contratto di lavoro a tempo determinato stipulato tra agenzia e lavoratore.

Intanto, la norma di riferimento, invero, vale, ieri come oggi, al limitato e precipuo fine di limitare l'utilizzo dei contratti a termine e per questo prende in considerazione anche i periodi di missione in somministrazione "svolti tra i medesimi soggetti"[1185] e più in là non consente di andare. La stessa formula della norma consente immediatamente di escludere l'agenzia dal proprio raggio di applicazione, giacché "i medesimi soggetti" ai quali si riferisce possono evidentemente essere soltanto il lavoratore e l'impresa datore di lavoro, nonché prima o dopo anche utilizzatrice nell'ambito di un contratto di somministrazione a termine.

La Circ. n. 17/2018 ritiene, invero, che "*per effetto della riforma l'articolo 19, comma 2, del d.lgs. n. 81/2015 è adesso applicabile anche alla somministrazione di lavoro a tempo determinato*". Tuttavia, la suddetta norma è applicabile al contratto di lavoro stipulato dall'agenzia di somministrazione e non al contratto commerciale di somministrazione[1186].

Peraltro, occorre considerare che la norma si riferisca a periodi di missione svolti nell'ambito di somministrazione a termine, i quali possono essere effettuati dal lavoratore non solo in virtù di un contratto di lavoro a tempo determinato con l'agenzia, ma anche attraverso un rapporto di lavoro a tempo indeterminato con la stessa stipulato. Sulla base di tali considerazioni, la suddetta previsione continuerebbe dunque, come in passato, a non spiegare effetti sul contratto di lavoro a termine stipulato tra agenzia di somministrazione e lavoratore[1187].

Ne deriva che, ieri come oggi, una volta esaurito il limite temporale attraverso la prevista sommatoria con le missioni in somministrazione, l'impresa non può più stipulare ulteriori contratti a termine con il medesimo lavoratore, ma, al contrario di quanto sostenuto dalla circolare ministeriale, rimane libera di avvalersi del medesimo lavoratore attraverso la somministrazione di lavoro a tempo determinato, che resta non astretta, di per sé, a limiti temporali. Il limite dei 24 mesi, lo si deve ribadire, opera per l'agenzia, quale datore di lavoro laddove abbia assunto i lavoratori da

---

[1184] Circ. Min. lav. n. 17 del 31 ottobre 2018, punto 2.1.

[1185] L'art. 19, comma 2, d.lgs. n. 81 del 2015, è volto a definire "la durata dei rapporti di lavoro a tempo determinato intercorsi tra lo stesso datore di lavoro e lo stesso lavoratore"; inoltre i periodi di missioni sono contemplati sempre "ai fini del calcolo di tale periodo".

[1186] Art. 34, comma 2, d.lgs. n. 81 del 2015, volto appunto a individuare la disciplina dei rapporti di lavoro stipulato dall'agenzia.

[1187] In questa prospettiva l'attuale richiamo dell'art. 19, comma 2 da parte dell'art. 34, comma 2, d.lgs. n. 81 del 2015 opererebbe solo con riguardo all'imposizione del limite dei 24 mesi dettato dal primo periodo della norma, ma non con riferimento al dettato del secondo periodo sul limite cumulativo, che prende in considerazione, invece, il contratto commerciale di somministrazione a termine.

inviare in missione con contratto a tempo determinato, ma non può invece operare nei confronti dell'utilizzatore.

La violazione del termine cumulativo complessivo dei 24 mesi può comportare, come in caso di superamento del limite per il solo contratto a termine diretto, in ogni caso la conversione in contratto di lavoro a tempo indeterminato nei confronti dell'impresa che ha assunto a termine il suddetto lavoratore.

15. I nuovi limiti quantitativi congiunti con i contratti a termine.

Nel 2015, a fronte dell'eliminazione delle causali tassative di utilizzo, per la somministrazione a tempo indeterminato è stato fissato un limite generale del 20%, derogabile da parte della stessa contrattazione collettiva[1188], che tutt'oggi resta un limite autonomo, mentre per quella a tempo determinato era stata attribuita direttamente alla stessa contrattazione collettiva l'eventuale introduzione dei suddetti limiti[1189].

Le nuove regole incidono su questi ultimi limiti relativi alla somministrazione a tempo determinato, in quanto il suddetto riferimento al singolo caso della somministrazione a tempo determinato viene sostituito dall'introduzione di un limite quantitativo complessivo del 30% di lavoratori utilizzabili dallo stesso soggetto come sommatoria di contratti a termine e contratti di somministrazione a tempo determinato. Questo ultimo limite congiunto viene pertanto a convivere sia con quello previsto del 20% per il solo contratto di lavoro a tempo determinato[1190], nonché con quello eventualmente disposto, in virtù della normativa previgente in sede collettiva per la sola somministrazione a termine. Insomma, un limite non esclude l'altro, ma le parti dovranno rispettare tutti i limiti imposti dalla legge o fissati dalla contrattazione collettiva.

La norma non appare per nulla limpida, giacché si riferisce al "numero dei lavoratori assunti con contratto a tempo determinato ovvero con contratto di somministrazione a tempo determinato", tanto da far sorgere dubbi sull'individuazione della seconda ipotesi. Secondo alcuni la disposizione andrebbe a individuare in realtà i lavoratori assunti per essere impiegati presso l'utilizzatore in base a un contratto di lavoro a tempo determinato, in quanto il contratto di somministrazione, come noto, è il contratto commerciale che lega utilizzatore e agenzia e non questa e il lavoratore. Tuttavia, si può ritenere che l'attuale formula della legge trovi applicazione in riferimento al numero complessivo dei contratti in somministrazione a tempo determinato, sia se venga inviato in missione un lavoratore assunto a tempo determinato dall'agenzia di somministrazione, sia se questi sia stato assunto dall'agenzia a tempo indeterminato[1191]. Peraltro, per individuare i casi esenti tuttora dal limite quantitativo si fa ancora oggi espresso riferimento *tout court* alla "somministrazione a tempo determinato"[1192].

Laddove alla data dell'entrata in vigore del decreto legge n. 87 del 2018 che ha fissato il nuovo limite congiunto vi fossero contratti di somministrazione a termine in corso che comportino il

---

1188 Art. 31, comma 1, d.lgs. n. 81 del 2015.

1189 Art. 31, comma 2, d.lgs. n. 81 del 2015.

1190 Art. 23, comma 1, d.lgs. n. 81 del 2015.

1191 Cfr. F. SCARPELLI, *Convertito in legge il "decreto dignità"*, cit., 20; così anche Circ. Min. lav. n. 17 del 31 ottobre 2018.

1192 Art. 31, comma 2, terzo periodo, d.lgs. n. 81 del 2015.

superamento del nuovo limite legale congiunto, non ne deriverebbe alcuna violazione, in quanto il limite si impone in relazione ai nuovi contratti stipulati a partire da tale data. Per la medesima ragione quei contratti comunque non potranno essere prorogati o rinnovati[1193].

La percentuale si calcola allo stesso modo di quello previsto per il contratto a tempo determinato, ossia in relazione al numero dei lavoratori a tempo indeterminato in forza presso l'utilizzatore al 1° gennaio dell'anno di stipulazione dei predetti contratti, con arrotondamento del decimale all'unità superiore qualora esso sia eguale o superiore a 0,5. Nel caso di inizio dell'attività nel corso dell'anno, il limite percentuale si computa sul numero dei lavoratori a tempo indeterminato in forza al momento della stipulazione del contratto di somministrazione di lavoro[1194]. Va, peraltro, rimarcato che le ipotesi esenti da limiti quantitativi, invece, restano non sovrapponibili per il contratto a tempo determinato, per il quale sono previste ipotesi a più ampio spettro[1195], e la somministrazione a termine, per cui vengono individuati ipotesi più specifiche[1196]. Ne deriva che seppur il limite sia congiunto, le due ipotesi restano astrette a regimi di eccezione distinti.

Anche il nuovo limite congiunto – come quello perdurante del 20% in relazione ai soli contratti a termine[1197] – assume carattere sussidiario, nel senso di trovare applicazione soltanto "*salvo diversa previsione dei contratti collettivi applicati dall'utilizzatore*"[1198], intesi come quelli di qualsiasi livello stipulati da sindacati "qualificati"[1199].

Si pone dunque la questione della sorte delle clausole collettive preesistenti, che in relazione alla maggioranza delle categorie avevano fissato già o un limite congiunto per contratti a termine e somministrazione a termine o un limite distinto per le due ipotesi.

Solo la lettura proposta in parziale continuità con il passato consente di valorizzare tuttora le disposizioni della contrattazione collettiva che si riferiscono, in applicazione della previgente normativa a limiti al contratto commerciale di somministrazione a termine.

Occorre distinguere le ipotesi che si possono configurare. Invero, se la contrattazione collettiva non avesse disposto limiti percentuali in ordine alla somministrazione a tempo determinato, allora si applicherebbe il limite percentuale di fonte legale del 30%. Se, invece, si fosse già un limite congiunto per somministrazione a termine e contratto a termine, allora non pare esservi ostacolo a considerare tale limite congiunto coerente con la regola di fonte legale che autorizza una diversa regolazione dello stesso in sede collettiva.

Meno scontata appare, invece, la soluzione relativa al caso in cui i limiti percentuali siano stati fissati in modo distinto per la somministrazione di lavoro e per il contratto a tempo determinato, nel caso in cui la loro somma si ponga al di sopra del limite legale congiunto del 30%, tanto da risultare in contrasto con questo derogando così *in peius* a una regola posta a difesa del lavoro

---

1193 Così anche Circ. Min. lav. n. 17 del 31 ottobre 2018.

1194 Art. 31, comma 2, d.lgs. n. 81 del 2015, che ripropone la medesima formula dettata dall'art. 23, comma 2, d.lgs. n. 81 del 2015.

1195 Art. 23, comma 2, d.lgs. n. 81 del 2015.

1196 Art. 31, comma 2, d.lgs. n. 81 del 2015, a mente del quale è esente da limiti quantitativi "la somministrazione a tempo determinato di lavoratori di cui all'articolo 8, comma 2, della legge 23 luglio 1991, n. 223, di soggetti disoccupati che godono da almeno sei mesi di trattamenti di disoccupazione non agricola o di ammortizzatori sociali e di lavoratori svantaggiati o molto svantaggiati ai sensi dei numeri 4) e 99) dell'articolo 2 del regolamento (UE) n. 651/2014 della Commissione, del 17 giugno 2014, come individuati con decreto del Ministro del lavoro e delle politiche sociali".

1197 Art. 23, comma 1, d.lgs. n. 81 del 2015.

1198 Art. 31, comma 2, d.lgs. n. 81 del 2015.

1199 Art. 51, d.lgs. n. 81 del 2015.

stabile. Tuttavia, in questo caso il limite congiunto in realtà sussiste, in quanto si può facilmente dedurre sommando le due percentuali, sicché pare possibile ritenere anche in questo caso che le suddette clausole collettive possano sopravvivere, nel senso di poter essere anche oggi essere ritenute conformi alle regole di fonte legale, e quindi, ancora valide ed efficaci.

Ci si può inoltre chiedere se in base alla nuova formula sul punto fissata nel 2018, resti nella disponibilità della contrattazione collettiva la predisposizione di un limite quantitativo relativo alla sola somministrazione a tempo determinato, giacché la legge fa ora riferimento esclusivamente a un limite congiunto. Pare in ogni caso opportuno che le nuove disposizioni dettate dalla contrattazione collettiva d'ora in avanti si riferiscano al limite congiunto, in conformità alla previsione della legge.

In caso di violazione delle suddette percentuali congiunte si pone, infine, la questione relativa alle conseguenze che ne derivano. Invero, mentre per lo sforamento del limite percentuale per il contratto a termine è prevista solo una sanzione di tipo economico[1200], invece, per la medesima violazione in caso di somministrazione era prevista la più pesante sanzione del riconoscimento del rapporto di lavoro a tempo indeterminato in capo all'utilizzatore, oltre sanzioni di tipo economico[1201]. A seguire il dettato delle norme, ovvero la modifica della disposizione sui limiti quantitativi, ora congiunti, ma non della disposizione che a questa rinvia, si deve dedurre che per la sola ipotesi della somministrazione a termine la sanzione della conversione sia ora applicabile all'ipotesi della violazione dei limiti congiunti.

16. La reintroduzione della somministrazione fraudolenta, i nuovi termini di impugnazione e l'esclusione della fornitura di lavoro portuale temporaneo.

Il decreto dignità reintroduce inoltre la fattispecie del reato di somministrazione fraudolenta, che era stata eliminata nella riscrittura dell'istituto nel 2015, nell'alveo del d.lgs. n. 81/2015.

Il nuovo art. 38-*bis*, d.lgs. n. 81/2015 ripropone quasi alla lettera la medesima formula detta in precedenza dall'art. 28, d.lgs. n. 276/2003[1202]. Sembrano, pertanto, riproporsi i diffusi dubbi già palesati in passato dalla dottrina in relazione alla previgente disposizione, fondati in prevalenza sulla sfuggente identificazione della fattispecie, basata sulla prova dell'elemento intenzionale della condotta.

Si può ritenere che si tratti di un'ipotesi ascrivibile al reato, di natura contravvenzionale, plurisoggettivo proprio, in quanto le due (sole) parti del contratto di somministrazione (cioè l'agenzia, o comunque il soggetto interposto, e l'impresa utilizzatrice) sono ritenute responsabili di una condotta posta in essere intenzionalmente al precipuo fine di eludere l'applicazione delle norme sud-

---

[1200] Art. 23, comma 4, d.lgs. n. 81 del 2015.

[1201] Art. 38, comma 2, d.lgs. n. 81 del 2015, che nel definire le ipotesi di somministrazione irregolare fa espresso riferimento al disposto anche all'art. 31, comma 2, in tema di limiti percentuali.

[1202] La nuova disposizione è stata inserita dall'art. 2, comma 1-bis, d.l. 12 luglio 2018, n. 87, convertito, con modificazioni, dalla l. 9 agosto 2018, n. 96. e così dispone "Ferme restando le sanzioni di cui all'articolo 18 del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276, quando la somministrazione di lavoro è posta in essere con la specifica finalità di eludere norme inderogabili di legge o di contratto collettivo applicate al lavoratore, il somministratore e l'utilizzatore sono puniti con la pena dell'ammenda di 20 euro per ciascun lavoratore coinvolto e per ciascun giorno di somministrazione".

dette. Ne deriva la necessità del riscontro del dolo specifico, tanto da integrare un'ipotesi peculiare di contravvenzione dolosa. Inoltre, pare si tratti di un reato di pericolo, giacché l'ipotesi di legge potrà dirsi integrata attraverso la sola prova della finalità elusiva della somministrazione, senza necessità dell'accertamento di un concreto danno in capo al lavoratore[1203].

A seguire anche in questo caso la lettera della legge si tratterebbe di un'ipotesi autonoma rispetto alla somministrazione irregolare, che rimane identificata in modo peculiare nel quadro della regolazione della somministrazione di lavoro. Ciò vuol dire che non si tratti necessariamente di una "aggravante" della somministrazione irregolare, potendo in ipotesi sussistere anche in mancanza dell'accertamento della irregolarità della somministrazione.

Non risulta facile esemplificare casi di somministrazione fraudolenta. L'ambito di maggior impatto della norma sembra essere quello della somministrazione illecita, abusiva e non regolare, posta cioè in essere da soggetti non autorizzati. Inoltre, con maggiori cautele, sembra proponibile come esempio il caso dell'utilizzo in somministrazione a termine dello stesso lavoratore assunto a tempo determinato nei periodi di necessario intervallo tra un contratto a termine e il successivo, in violazione della regola sugli intervalli. Oppure, come già palesato in precedenza[1204], si può pensare a una artificiosa attribuzione di mansioni corrispondenti a livelli contrattuali diversi, al precipuo fine di superare la regola della durata massima dei contratti di lavoro. Invece, molti dubbi possono emergere rispetto all'ulteriore proposta esemplificazione come ipotesi di somministrazione fraudolenta dell'utilizzo tramite somministrazione di lavoro di lavoratori già assunti direttamente a termine dall'impresa, al supposto fine di evitare di essere tenuti all'obbligo di esplicitare le note condizioni di utilizzo di quel contratto, oppure per eludere il termine di durata massima di 24 mesi[1205]. Questi ultimi esempi, a nostro avviso, rappresentano ipotesi consentite dalla legge[1206], per le quali, dunque, l'eventuale intento fraudolento va attentamente riscontrato.

Quel che è certo è che in virtù di una tale assetto regolativo le imprese utilizzatrici avranno fondato timore nell'assumere a termine oppure, al contrario, nel consentire missioni in somministrazione per lavoratori in passato rispettivamente già inviati in missione o alle dipendenze della stessa impresa.

Occorre, inoltre, evidenziare che a seguito delle modifiche introdotte dal decreto dignità i termini di impugnazione in caso di somministrazione irregolare o, invece, in caso di contratto di lavoro a termine illegittimo tra agenzia e lavoratore non solo restano diversi, ma la distanza si dilata.

Invero, per il primo caso resta fissato il termine di sessanta giorni per l'impugnazione stragiudiziale, che decorrono "dalla data in cui il lavoratore ha cessato di svolgere la propria attività presso l'utilizzatore", cui entro i successivi centottanta giorni deve seguire l'azione giudiziaria[1207]. Invece, il decreto dignità ha altresì provveduto a innalzare i termini per l'impugnazione del contratto a termine, portandoli da 120 a 180 giorni dalla cessazione del singolo contratto[1208]. Come in precedenza, a tale impugnazione, anche stragiudiziale e in forma scritta, deve seguire poi entro 180

[1203] Cfr., in termini, P. RAUSEI, *Il reato di somministrazione fraudolenta*, in Bollettino ADAPT del 3 settembre 2018, n. 29.

[1204] V. *supra*, § 3.

[1205] Così, invece, P. RAUSEI, *Il reato di somministrazione fraudolenta*, cit.

[1206] V. *supra*, § 3.1.

[1207] Art. 39, comma 1, d.lgs. n. 81 del 2015.

[1208] Art. 28, comma 1, così modificato dall'art. 1, comma 1, lett. c), d.l. 12 luglio 2018, n. 87, convertito, con modificazioni, dalla L. 9 agosto 2018, n. 96.

giorni la proposizione dell'azione giudiziaria.

17. L'impatto delle novità in relazione alla perdurante funzione anche occupazionale dell'istituto.

Una volta vagliate le novità apportate dal decreto dignità alla somministrazione di lavoro, possiamo tentare di coglierne le sue attuali prospettive.

Si tratta di uno strumento orami pienamente digerito nel quadro del nostro diritto del lavoro, anche nelle sue potenzialità, sempre ribadite, ma non ancora espresse in maniera compiuta, di strumento di politica attiva del lavoro[1209]. Per questi motivi, molti avevano apprezzato l'equilibrio realizzato con il Jobs Act, ritenuto frutto di una rilevante svolta culturale[1210].

A questo punto occorre chiedersi se e in quale misura le considerazioni svolte in relazione agli approdi raggiunti prima dell'intervento del 2018[1211] possano essere oggi riproposte.

Come abbiamo potuto notare, le novità del Decreto dignità non paiono stravolgere quella linea di tendenziale liberalizzazione del contratto commerciale di somministrazione, qui toccato solo in alcuni punti, quali i limiti percentuali, peraltro già diffusamente predisposti dalla contrattazione collettiva, la reintroduzione della somministrazione fraudolenta, nonché un allungamento dei termini di impugnazione. Si tratta di interventi che non toccano la scelta compiuta nel 2015 di non sottoporre il contratto commerciale di somministrazione a necessarie condizioni di utilizzo, che trovava e trova una propria coerenza fondata sulle peculiarità di un tale strumento.

Occorre, invero, ribadire la fiducia che anche sul piano eurounitario dalla direttiva 2008/104/CE viene espressa sulla somministrazione quale strumento volto a favorire l'ingresso nel mercato del lavoro[1212].

Utile in questa prospettiva è il raffronto con il contiguo istituto del contratto di lavoro a tempo determinato. Così, quel ruolo "occupazionale" non può essere svolto dal semplice contratto di lavoro a tempo determinato, come tale "gestito" dal singolo datore di lavoro, il quale, fisiologicamente, non si interessa di nuove occasioni di impiego per quel lavoratore al termine del contratto. Invece, l'agenzia ha nella propria *mission* imprenditoriale il reperire al lavoratore, al termine della

---

[1209] Al contempo, nel quadro delle premesse, va ribadito che il grande e permanente interesse dei giuristi sull'istituto non può valere a sopravvalutarne l'impatto nel mercato del lavoro italiano, in cui, al momento si registra una quota di lavoratori in somministrazione inferiore all'1% (V. i dati diffusi di recente da R. QUARANTA, S. SACCHI, C. VILLOSIO, *L'evoluzione dei contratti di lavoro somministrato nel mercato del lavoro italiano in prospettiva comparata*, in RAPPORTO ASSOSOM, *I primi 20 anni del lavoro in somministrazione in Italia*, a cura di S. Sacchi e T. Treu, Roma, 2017, 8 ss., dove vengono elaborati i relativi dati Eurostat, per cui la quota di lavoratori in somministrazione è in media in Europa pari al 1,7% degli occupati: in particolare, risulta pari al 4% in Olanda, al 3% in Francia, al 2,7% in Spagna, al 2,1% in Germania e Belgio, allo 0,8% in Italia e allo 0,5% in Grecia e Regno Unito. Si rinvia allo stesso Rapporto per ulteriori dati sul fenomeno). Il dato può valere a sdrammatizzare in concreto i profili problematici trattati anche in questa sede, ma, comunque, prospettive incrementali di diffusione del modello paiono intravedibili.

[1210] Cfr. A. BOLLANI, *La somministrazione di lavoro*, cit., 159; L. CALCATERRA, *A venti anni dal pacchetto Treu: la somministrazione di lavoro tra spinte innovative e resistenze ideologiche*, in *MGL*, 2017, 115 ss.; nonché F. FURLAN, *La somministrazione*, cit., 599 ss., con toni, quest'ultima, a nostro avviso, forse anche troppo entusiastici.

[1211] Faccio riferimento al mio *Riflessioni su assetto, dinamiche e prospettive della somministrazione di lavoro*, pubblicato in *DML*, n. 3, 2017, 457 ss., di cui questo contributo rappresenta il necessario aggiornamento.

[1212] Nell'undicesimo *considerando* della direttiva 2008/104/CE si osserva che il lavoro tramite agenzia "risponde non solo alle esigenze di flessibilità delle imprese, ma anche alla necessità di conciliare la vita privata e la vita professionale dei lavoratori dipendenti. Contribuisce pertanto alla creazione di posti di lavoro, alla partecipazione al mercato del lavoro e all'inserimento in tale mercato". Cfr. F. PANTANO, *Il lavoro tramite agenzia interinale nell'ordinamento comunitario. Prime osservazioni in merito alla direttiva 2008/104/CE ed al suo impatto sull'ordinamento interno*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".INT, n. 72/2009, spec. 24 ss.

missione, nuove occasioni di impiego, anche nella eventualità, questa volta implicita o, anche, al limite non voluta, di aprirgli nuove occasioni per un'assunzione a tempo indeterminato da parte di un'impresa utilizzatrice[1213].

In questa prospettiva, da più parti viene sottolineato come l'obiettivo della prevenzione degli abusi giochi in modo diverso nella somministrazione di lavoro rispetto al contratto di lavoro a tempo determinato. Invero, si evidenzia che un tale obiettivo nella direttiva del 2008 appaia riferito più che ai requisiti di accesso all'istituto, a quello del trattamento economico e normativo del lavoratore somministrato. Infatti, l'art. 5 si riferisce alla parità di trattamento con i dipendenti comparabili dell'utilizzatore, mentre l'art. 4 attiene alla limitazione dei divieti, nella prospettiva dell'allargamento delle condizioni di utilizzo dell'istituto. Peraltro, la citata direttiva non lega la nozione di abuso con quella della successione dei contratti, né indica misure antiabusive che gli Stati sono chiamati ad adottare in merito, come, invece, prescritto dalla direttiva 1999/70/CE sul contratto di lavoro a tempo determinato[1214].

Al contempo, come abbiamo potuto osservare, un intervento "forte" ha invece riguardato il contratto a termine stipulato dall'agenzia di somministrazione con il lavoratore, al fine di inviarlo in missione presso l'impresa utilizzatrice. Ciò, come abbiamo notato, è avvenuto attraverso l'imposizione dei limiti temporali di 24 mesi di durata complessiva del suddetto contratto a termine, nonché attraverso l'imposta attrazione del sistema delle condizioni di utilizzo per contratti a termine superiori a 12 mesi, rispetto (come pare si possa ritenere) alla o alle missioni del medesimo lavoratore in missione presso la stessa impresa utilizzatrice.

Questa ultima disposizione, in precedenza vagliata, rappresenta una mina vagante, data la sua incerta decifrabilità. Al contempo, ciò non pare trovare riscontro in un'apprezzabile funzione da questa svolta. Si vuol dire che, qualunque lettura si voglia prospettare, che un tale l'irrigidimento non pare soddisfare le medesime istanze poste a base della (re)introduzione del sistema causale nell'alveo del contratto di lavoro a tempo determinato, lì posto in funzione di circoscriverne il suo utilizzo in casi determinati, nella prospettiva di incremento dell'occupazione stabile. Se anche in quell'ambito non si può escludere che l'effetto si traduca in un accentuato turn over tra lavoratori tutti a tempo determinato, nel contesto della somministrazione di lavoro questo effetto è ancor più scontato, in quanto l'alternativa che si pone all'utilizzatore non può essere di certo ritenuta quella di assumere quel determinato lavoratore che gli verrebbe inviato in missione, neanche normalmente conosciuto al momento della stipula del contratto commerciale di somministrazione, ma, per soddisfare la medesima esigenza, quella di richiedere un altro lavoratore in somministrazione, oppure assumerne un altro direttamente a tempo determinato, senza dunque alcun effetto positivo sull'incremento dell'occupazione stabile.

Peraltro, il successo dell'istituto poggia su una sua fruizione semplice e immediata da parte delle imprese utilizzatrice. In questo modo, invece, sull'utilizzatore vengono a gravare oneri sostanziali e formali, assimilabili proprio a quegli oneri di gestione del rapporto di lavoro di cui l'impresa, a fronte del pagamento del canone relativo, avrebbe voluto appunto liberarsi, demandandoli a un

[1213] Cfr. anche F. FURLAN, *La somministrazione*, cit., 603 ss.

[1214] Cfr. A. BOLLANI, *La somministrazione di lavoro*, cit., 163 ss.; P. LAMBERTUCCI, *La direttiva comunitaria n. 104/2008 relativa al lavoro tramite agenzia interinale*, in *Il diritto del lavoro nell'unione europea*, a cura di R. Foglia e R. Cosio, Milano, 2011, 409; M. AIMO, *La nuova disciplina su lavoro a termine e somministrazione a confronto con le direttive europee: assolto il dovere di conformità?*, in *DLRI*, 2015, 646 ss.; M. D. FERRARA, *La direttiva 2008/104/CE relativa al lavoro tramite agenzia interinale: aspetti problematici e modelli di implementazione*, in *DRI*, 2014, 111 ss.; F. FURLAN, *La somministrazione*, cit., 604 ss.

soggetto terzo, l'agenzia di somministrazione. Una siffatta scelta del legislatore comporterà probabilmente una diffusa restrizione dei contratti di lavoro al termine dei 12 mesi, non astretto alle condizioni di utilizzo, in maniera ancora più accentuata rispetto al versante del contratto a tempo determinato, data la durata statisticamente breve dei contratti di somministrazione di lavoro.

Occorre peraltro ricordare che la Corte di Giustizia ha già a chiare lettere escluso che la direttiva 1999/70/CE sul contratto di lavoro a tempo determinato trovasse applicazione non solo al rapporto contrattuale tra somministratore e lavoratore, come già chiarito nel Preambolo della direttiva 1999/70 CE, ma anche alla relazione giuridica tra questi e l'utilizzatore[1215].

Da quanto esposto, l'eccentrica disposizione non avrà vita facile, tanto che se ne può prospettare, anzi auspicare, l'abrogazione.

Dobbiamo, altresì, segnalare che su questo punto si registra di recente un rinvio pregiudiziale da parte del Tribunale di Brescia[1216], proprio con riguardo a una possibile violazione da parte del legislatore italiano della clausola 5, par. 5 della direttiva, in quanto la normativa nazionale italiana (quella allora dettata dal d.lgs. n. 276 del 2003, come modificata dal d.l. n. 34 del 2014) non prevederebbe limiti alle missioni in somministrazione, evidenziando un profilo problematico già emerso tra gli interpreti[1217].

Occorre anche in questo caso, proprio alla luce delle novità introdotte dal decreto dignità, operare le dovute distinzioni. Oggi, la durata delle missioni in somministrazione richiedibili da un'impresa utilizzatrice non risulta sottoposta a vincoli, mentre in relazione al suo numero, la regola da rispettare è quella relativa ai complessivi limiti percentuali di utilizzo[1218]. A limiti di durata, come abbiamo notato, sono invece oggi astretti i contratti a tempo determinato stipulati dalle agenzie di somministrazione con i lavoratori poi inviati in missione presso le imprese utilizzatrici. Ne deriva, quindi, ma solo in caso di lavoratori assunti a tempo determinato dall'agenzia di somministrazione, un limite conseguente indiretto alle missioni che un singolo lavoratore può svolgere presso imprese utilizzatrici, data la durata massima di 24 mesi del contratto di lavoro. Inoltre, come già notato, sempre in questi casi, se la missione svolta dal medesimo lavoratore presso la medesima impresa utilizzatrice superi i dodici mesi, occorrerà la presenza e la esplicitazione delle condizioni di utilizzo imposte per ogni contratto di lavoro a termine di durata superiore ai dodici mesi.

Peraltro, in funzione antielusiva è posta, come già notato, di nuovo l'ipotesi della somministrazione fraudolenta. Da quanto osservato sembra che anche alla luce delle modifiche introdotte dal decreto dignità l'assetto nazionale dell'istituto possa ritenersi conforme ai dettami eurounitari imposti in particolare dalla direttiva 2008/104/CE.

[1215] C. Giust. CE, 11 aprile 2013, causa C-290/12, *Della Rocca*, in *RGL*, 2013, II, 416.

[1216] Trib. Brescia, 16 ottobre 2018.

[1217] Cfr. V. FILÌ, *Prime note*, cit., 203: l'autrice osserva che "il § 5 dell'art. 5 della direttiva, in maniera non proprio chiara, statuisce che "gli Stati membri adottano le misure necessarie, conformemente alla legislazione e/o le pratiche nazionali, per evitare il ricorso abusivo all'applicazione del presente articolo e, in particolare, per prevenire missioni successive con lo scopo di eludere le disposizioni della presente direttiva. Essi informano la Commissione di qualsiasi misura in tal senso". Si potrebbe allora concludere che l'elusione della temporaneità si ha proprio con le missioni successive senza limiti". F. PANTANO, *Il lavoro tramite agenzia*, cit., 24, invece, ritiene che il riferimento alle missioni successive vada inteso come un residuo delle precedenti versioni della direttiva, non adattato alle successive modifiche dalla stessa subite.

[1218] Art. 31, commi 1 e 2, d.lgs. n. 81 del 2015.

In definitiva, al momento si può ribadire che la somministrazione di lavoro resti uno strumento ricco di potenzialità, che in ogni caso contribuisce a favorire la continuità dell'occupazione, soprattutto della forza lavoro scarsamente qualificata e a bassa professionalità. Al contempo, resta la consapevolezza che per il diverso e più complesso risultato della stabilizzazione occupazionale occorrano anche altri strumenti[1219].

Al momento, allora, allargando la visuale sul complessivo sistema che ruota intorno al contratto qui vagliato, le potenzialità in una tale direzione sembrano poggiare, come già notato, inoltre, su una perdurante duplice scommessa: *a*) da un lato sul sistema della formazione gestito da Forma.Temp. e *b*) dall'altro sul carattere "polifunzionale" delle agenzie autorizzate alla somministrazione di lavoro, definite *tout court* dalla legge come agenzie per il lavoro[1220]. In una ancora nebulosa prospettiva *de iure condendo*, tali soggetti peraltro, nelle palesate intenzioni del Governo, dovrebbero essere coinvolti nel sistema di gestione del reddito di cittadinanza, al fine di offrire, attraverso una rete da costruire con i centri per l'impiego, occasioni di lavoro ai soggetti percettori[1221].

[1219] Così M. TIRABOSCHI, G. ROSOLEN, *La somministrazione di lavoro*, in *Le nuove regole del lavoro dopo il Jobs Act*, a cura di M. Tiraboschi, Milano, 2016, 176; Cfr. anche G. ZILIO GRANDI, *Il contratto di somministrazione di lavoro*, in *Il mercato del lavoro*, vol. VI, a cura di M. Brollo, in *Trattato di diritto del lavoro*, diretto da M. Persiani e F. Carinci, Padova, 2012, 1402.

[1220] Sul punto si rinvia a quanto già osservato in *Riflessioni su assetto*, cit., spec. 466 ss.

[1221] V. *Reddito di cittadinanza, coinvolte le agenzie del lavoro*, in www.Corriere.it del 17 ottobre 2018.

The perspective of social clauses in international trade*

Adalberto Perulli

Introduction. 372
1. International trade and social rights: the justifications for the linkage. 373
1.1. First Justification (Scope). 375
1.2. Second Justification (Value). 376
1.3. An "integrated" Justification. 378
2. Economic and social rationalities: the positive effects of respect for social rights. 379
3. The multilateral global dimension. The GATT-WTO system: the origins. 380
3.1. The debate on the social clause. 381
3.2. The compatibility of social clause in the GATT-WTO system. 383
3.3. The perspectives social clauses in FTAs. 385
4. The American Multilateral Free Trade Agreements. 387
4.1. The NAFTA and its labour side agreement (NAALC). 388
4.2. The CAFTA-DR. 390
4.3. The MERCOSUR and the Social-labourel Declaration. 391
4.3.1. EU - Mercosur FTA. 393
4.4. The US Bilateral Free Trade Agreements. 394
5. The EU's approach to labour rights and social standards in the latest bilateral FTAs: TTIP, CETA and EPA. 394
5.1. The social clause in the US-EU Trans-Atlantic Trade and Investment Partnership (TTIP). .. 397
5.1.1. The TTIP and Sustainable Development. 399
5.2. Labour Provisions on CETA: the "Trade and Labour" Chapter. 403
5.2.1. CETA and ILO provisions. 404
5.2.2. CETA and Monitoring of Implementation. 405
5.3. Labour Provision on EPA: the "Trade and Sustainable Development" Chapter. 405
5.3.1 EPA and ILO provisions 406

* Previously published as WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".INT – 147/2018

5.3.2. EPA and Monitoring of Implementation. 406

6. The Generalized Preferences System: the EU experience as an exemplar model of positive linkage between international trade and social rights. 407

7. The US Preference Programs. 409

8. Fundamental social rights in the external action of EU. 410

8.1. Social rights in the construction of the EU: the perspective of the horizontal social clause. 411

9. Social clauses in Trade Agreements: a disaggregate analysis. 414

9.1. Commitments. 415

9.1.1. Allocation of Commitments. 415

9.1.2. Literal meaning of commitments. 416

9.1.3. Content of commitments. 416

9.1.3.1 No harmonization. 417

9.1.3.2. Commitments to respect its own labour law. 418

9.1.3.3. Commitments to respect international labour law. 420

9.1.3.4. Pre-ratification conditionality. 424

9.1.3.5. The reference to the Decent Work and to Sustainable Development 425

9.2. Carrot and stick: sanctions and incentives. 426

9.2.1. A verification of the enforcement. The NAALC, CAFTA, EU-GSP cases. 427

9.3. Enforcement and ISDS. 431

10. Some concluding remarks: from free trade to fair trade, through a new sustainable legitimation of social clauses. 433

Essential Bibliography. 439

Introduction.

In my paper I analyzed in a rather systematic way the linkage between international trade and labour rights, with particular reference to the theme of social clause as a tool capable of connecting different regulatory regimes, namely that of the international labour law and the international economy law. Such regulatory regimes have deep common roots that date back to the inception of international labour law: the first draft of the British delegation in the commission for international labour law, appointed after the first World War by the Peace Conference, declared that one of the main objectives of International labour conventions should be to eliminate unfair competition based on oppressive working conditions and that States signing conventions should reject commodities produced under unfair competition conditions. This is to say that the linkage deals with a recurrent theme in the history of labour law, which has its roots as right of regulation of the competition among States and among enterprises, in an epoch in which the national economies were compared out of a regulatory frame of the international commerce and the United Nation Society had not been founded yet. The links of labour law with this component of the liberal economy - the commerce and the philosophy of the free trade - have marked the history of the 20th century, with alternate stories and different perspectives. If with the foundation of the ILO the respect of the social rights on the part of nations was already conceived as a condition for the advancements of the other States desirous to progress in the social regulation, the perspective of an institutional connection between regulation of the commerce and respect of the social rights will find a consecration in the Havana Charter, in which it is foreseen expressly that the States adherent to the new Trade International Organization must respect equitable conditions of labour.

The failure of the negotiations of the Havana Charter and the conclusion of the GATT will mark a decisive setback of social conditionality as a requirement for international trade regulation. Negotiations for the foundation of the WTO will be marked by the resurgence of this issue, but it will nevertheless find the sharp contradiction of developing Countries, the jealous guardians of its elements of competitiveness in a "Ricardian" logic of safeguarding the comparative advantages of nations. However, the failure of the insertion of a social clause in the WTO does not mark the end of the idea and the practice of social conditionality in the treaties of international trade, and this for reasons linked to the philosophy that informs the social reparation of free trade by two great powers of the global economy, the US and the EU. Both these actors have, for different reasons, made the respect for social rights a constant element of external relations, with generalized preference systems (albeit very different) or in the ambit of bilateral treaties. This stage of relaunching the historical link between international trade and social rights has been followed by the progressive realization of the social clause in the field of macro-regional treaties (NAFTA, CETA, MERCOSUR) and finally in the framework of the so-called mega-treaties, such as TTP, TTIP, CETA, EPA, with a progressive enhancement of the Sustainable Development model as a regulatory framework that can stabilize and institutionalize the link between social rights and free trade.

Today, we are experiencing a slowdown, if not a real crisis of these models of regional integration, caused by the resurgence of economic nationalisms. Therefore, new questions are going to arise. What is the future of global trade in the light of US and Brexit neo-protectionism? What tools can be used to convey a new consensus and cohesion phase in the international community where development policies, international business transactions and social and environmental sustainability coexist harmoniously? And what responsibilities, in this confused and fluid scenario, must

take the economic actors, first of all, the multinational companies that move investment and productive locations globally?

Of course, answering these questions is hard matter. However, I think that

social clauses could be relaunched and find space and unexpected revival. The difficulties in negotiating commercial mega-treaties could be resolved in a new impetus for bilateral treaties, which China is practicing with great determination, assuming for the first time commitments, albeit still very temperate, in the field of the protection of social rights and environmental issues. The role of the World Bank and of institutional investors could be result amplified in this context, by developing a financing project and an international cooperation where stabilization clauses prohibiting States from amending the existing regulatory framework at the time of funding will eventually contain derogations for social and environmental rights. And the multinational enterprise, whose social and economic power surpasses that of individual national States, could find a new planetary legitimacy if it adopted and carry out with seriousness and commitment, throughout the production chain, the guidelines contained in the new ILO tripartite declaration. Thus, to a destabilizing de-globalization guided by populisms, it could oppose a new, more socially oriented globalization.

1. International trade and social rights: the justifications for the linkage.

It is commonly known that the current context of globalization has been for several decades characterized by the expansion of both bilateral and multilateral commercial exchanges. The first direction has its evidence in the increase of commercial relations among Countries and it has led to the stipulation of a large number of FTAs; in the second direction there has been an initial (1990's and 2000's) impulse to economic regionalism, that is to say the constitution of free trade areas, customs unions and common markets that imply forms of economic integration, which go beyond the trade sector, since they refer to issues like services and investments, that have been followed (from 2010 to today) by a tendency to the negotiation of mega-treaties that have involved several economic areas, like in the case of TTIP, CTTP, and so on. This model of free trade has largely dominated the global scenario from the foundation of WTO to today. However, in the last years, we can see an inversion of this trend: multilateral negotiations to bring down barriers to trade have largely stalled and economic and social protectionism, linked to an upswing in initiative of National States in the global arena, is making a comeback[1222] . Even Countries that have traditionally championed an open global economy, like Us and UK, are now looking into ways to put a brake on imports, limit immigration and favour domestic production. These developments have all contributed to the recent marked slowdown in the growth of global trade, to the point that some experts have predicted a future characterized by processes of "de-globalization" and of upswing of national States' sovereignty on economic processes and on monetary and trade policies.

However, in this evolving complex geo-political scenario, whose balances are hard to predict, several bilateral and multilateral Free Trade Agreements (further on, FTAs) are on the table of negotiations or have been recently stipulated. This confirms the will of national States and of economic powers to go for the liberalization of exchanges and the integration of markets.

[1222] The WTO, OECD and UN Conference on Trade and Development report showed that since 2008 over 1 500 new trade restrictions have been recorded in G20 economies. Only a quarter of these had been rolled back by May 2016.

In the field of this free trade perspective, we have progressively witnessed a model of regulative "linkage" – or inter-normativity – within the economic dimension of trade exchanges that arises social and environmental concerns. Actually, we are dealing with a regulative logic that dates back to the past: to the failed attempt – with the Havana Charter – to link the ITO to the ILO, with the perspective to obligate States to the compliance with fair labour standards[1223].

This model of regulation based on the linkage between commercial and social spheres can, matter-of-factly, be distinguished in two sub-models. The first, that has its roots in the unilateral commercial policy of the USA and is then developed in a multilateral perspective – most of all with the NAFTA – is linked to the idea of "fair trade" and sees in the respect of social rights a principle of respect of basic conditions for a trade without any distortion under the profile of competition (level playing field). Such a model, that is characterized by an instrumental perspective directly linked to trade and thus dependent to the regulation of exchanges (in the USA internal legislation, the practises of non compliance with social rights on the part of commercial partners are included in the "unfair" commercial praxis; in the NAALC, the social clause works with sanctionatory mechanisms only if the behaviour of States is "affecting trade"). The first model is very ambiguous under the profile of the identification of social rights, generally defined as "internationally recognized" social rights, without any reference to the ILO conventions and therefore without a precise setting of supra-national standards, but actually very often explicitly linked to the compliance with the "internal" standards of each State.

The second sub-model is to be placed within a wider axiological perspective, that is not only and not as much as directly linked to the "fair" regulation of trade exchanges' system, but it is more characterized by the promotion of fundamental human rights and values: thus intended to the promotion and diffusion on a global scale of certain values of social justice, and such a model has its main feature in being based on mechanisms of dialogue and cooperation. In this model, where the EU's GSP probably represents the most advanced achievement, the references to the ILO's standards are much more clear, both with reference to the 1998 ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work, and to the fundamental Conventions (core labour standards), with a logic intended to the promotion of a supranational system of social standards. This sub-model has in the latest years been re-defined thanks to the more and more recurring reference in the field of commercial negotiations to the paradigm of sustainable development (see infra). One of the main promoters of this strategy is the EU, which wants to keep a trade policy which contributes to the integrated policy-making of the 2030 Agenda for Sustainable Development by focusing not only on economic aspects, but also furthering social and environmental objectives, and contributes to the European Agenda on Migration and the European Agenda on Security[1224]. As a matter of fact, the planetary triumph of capitalistic economy and the insertion of national economies within a global market arises again the issue of the social dimension of liberalization within international trade in the world scenario.

Even though they are inspired by different logics, the two sub-models coexist, complete each other and can contribute, even if with different levels of consistency and efficiency, to the idea

[1223] The United Nations Conference on Trade and Employment, held in Havana, Cuba, in 1947 adopted the Havana Charter for an International Trade Organization which was meant to establish a multilateral trade organization.

[1224] Brussels, 13.9.2017 COM(2017) 492 final COMMUNICATION FROM THE COMMISSION TO THE EUROPEAN PARLIAMENT, THE COUNCIL, THE EUROPEAN ECONOMIC AND SOCIAL COMMITTEE AND THE COMMITTEE OF THE REGIONS A Balanced and Progressive Trade Policy to Harness Globalisation.

of commercial exchanges' governance not only in a perspective of free trade, but also of protection of fundamental social rights, in view of phenomena of social dumping, regulatory competition and law shopping that constitute at the same time the causes and the effects of a globalization without any rule.

On the background, there is the *linkage* between liberalization of exchanges and labour law, which cannot but overwhelmingly come up again in the light of the process of globalization, which entails a growing inter-dependency among economies, favoured by a strong expansion of the movements of capital and trans-national companies within international exchanges.
Moreover, this linkage between the processes of liberalization of exchanges and labour regulation constitutes a foundational element of international labour law, contemporaneously in the construction of the ILO's normative policy and in the relation between the latter and the economic-oriented international organizations. In particular, as far normative policies are concerned, the function of labour law has been clearly evident since its inception: it consisted in contrasting the opportunism of States that would push – or actually were pushing – to postpone the protection of workers' rights with respects to the economic or competitive interest of their enterprises. As we have already pointed out, the recurring dialectic connecting the norms of labour law to international exchanges is presented in the formulation of the Havana Charter, forefather of the forthcoming (however, never constituted) International Trade Organization (ITO), whereby not only was it provided the obligation to comply with equal labour conditions, but, even the necessity of a institutional bridge between the ILO and the ITO, in the direction of a profitable integration between liberalization and social *standards* (see below).

Hence, we face the perspective to insert a social clause in international trade treaties that may institutionalize a formal linkage between openness of the market, economic and social progress, improvement of labour conditions and abolition of the most intolerable forms of exploitation. The social clause is at the centre of the debate on globalization and nowadays constitutes a very controversial matter, because, if on one hand it may be considered one of the most efficient instruments in order to sustain and promote the interactions between international trade and social rights, on the other hand, it shows many criticalities for its structure and concept. Such criticalities may be found even in the most advanced chapters intended to sustainable development: in terms of ability to create effective processes of harmonization of social standards (on the contrary, this is often explicitly excluded), in terms of effectiveness of the assumed commitments, with problems both in terms of monitoring, and, most of all, in terms of procedures of controversies resolution and of sanctionatory system, therefore risking of being a merely exhortative instrument for social justice "on paper". We will deal further on with these profiles (par. 7). Now we must examine the rational "justifications" for the integration of the social clause in International trade Treaties.

In this respect, there are two sets of justifications which can be reconducted to a rational justification as regards scope and value.

1.1. First Justification (Scope).

The first justification (scope) stresses the economic interest of trade, a typically mercantilistic interest, and the instruments of regulation in order to overcome market failures, and the limits of rationality of an unregulated market. This operative and instrumental justification of regulation looks into the harmonious development of the market and is based on the idea of fair trade. The

protection of the fundamental social norms guaranteed in the framework of international trade is justified when the sense of violation of those standards by the exporting States is likely to damage the economy of those Countries which respect the standard of the supranational "level playing field". Adam Smith himself stated the principle of reciprocity in trade relationship. Although it's been considered as "unilaterally aggressive", the USA praxis, codified in the Section 301 of the 1974 Trade and Tariff Act, allows to get to the notion of fair trade, connoting it in a social perspective: as a matter of fact, having in mind that regulation, the trade policies of foreign Countries founded on the systematic violation of workers' internationally recognized labour rights, represent an unreasonable, unfair and inequitable trade practise. *It is a trade practice that is considered unreasonable, not the violation of social rights per se*. It is well known that also in the European construction, the social harmonization has been conceived since its inception as functional to avoid forms of dumping and competition distortions founded on normative disparities, judged as inconvenient with regards to the functioning of the internal market. This justification is therefore based on a certain idea of a regulated market, an ordo-liberal vision in which the adoption of a minimum of internationally recognized social norms is a pre-requisite for trade, which can facilitate the liberalization of interstate trade by guaranteeing equality of basic legal conditions for any economic operator[1225].

The reciprocal loyalty in the trade relations therefore implies the respect of fundamental social rights. It is important to observe that this conception of loyalty/equity within international trade exchanges is spreading into areas so far considered as immune to this logic, that, on the contrary, have been representative of a basically opposite pattern: like in the case of China, which has, even though in a limited way, started to insert work-related clauses in some FTAs (see infra).

In this perspective, the introduction of social clauses in international trade Treaties has full validity. Such clauses will be able to internalize the externalities produced by the liberalization of exchanges and to absorb the non-trade issues in the governance of the world trade, on a multilateral and bilateral basis. Thus, the notion of fair trade can be considered as a means to complete the game of free trade, guaranteeing to the State and economic actors that none of the global players will take advantage of the unfair benefits that result from the non application of the national or international social norms. Social standards therefore penetrate in the regulative sphere of trade law as an instrument of implementation of a principle of fair competition at the international level, aimed at limiting the phenomena of social dumping.

1.2. Second Justification (Value).

The second type of justification (value) privileges the axiological dimension of fundamental social rights[1226]. In this perspective the demand to link social goals and trade agreements is instrumental in "arming" social rights by making them accessible to the sanctioning system provided for in commercial matters against Countries violating fundamental social rights; from this point of view

[1225] It is important to observe that this conception of loyalty/equity within international trade exchanges is today spreading into areas so far considered as immune to this logic, like in the case of China, which has, even if in a very limited way, started to insert work-related clauses in some FTAs. Since 2008 China has take a new approach in international trade and some FTA such as with New Zeland, Australia include special chapter on movement of person, and in FTA with Peru ans Switzerland there are special provison on labour cooperation.

[1226] See M. J. Trebilcock, *The Fair Trade Debate: Protection of Labour Standards and International Economic Law*, in S. Griller (ed.), *International Economic Governance and Non-Economic Concerns: New Challenges for the International Legal Order*, Springer, New York, 2003, p. 299.

the social clause is a device assisted by sanctions that accompanies the other softer measures based on cooperation and moral suasion.

The demand to link trade agreements with social agenda objectives recalls the use of general trade sanction towards violating Countries, as the suspension or prohibition of market acces for those products which violate the foundamental social rights.

An alternative solution, which anyway uses international trade as a lever to guarantee the respect of social rights, could be to consider ILO Conventions as *erga omnes* obligations, that, if violated, can lead to the use of economic sanctions by States that respect and apply them effectively. This opinion has been supported by an authoritative doctrine[1227], but unfortunately could not be accepted because it was unfounded in terms of general international law: in fact the ILO conventions are not mandatory obligations *erga omnes* and they are not *ius cogens*; according to Hobbes, these are "covenants without sword", contrary to humanitarian treaties. In fact ILO conventions operate in a reciprocal regime, and subjectively limit their scope to the contracting States. Consequently, the use of commercial sanctions outside the provision of a social clause would result in the violation of international trade law, and would expose the sanctioning State to receive sanctions from the WTO in turn. In conclusion according to the current state of international law, the only way to go beyond the mere logic of "moral suasion" is the social clause, which allows a decisive step forward to the promotion of fundamental social rights.

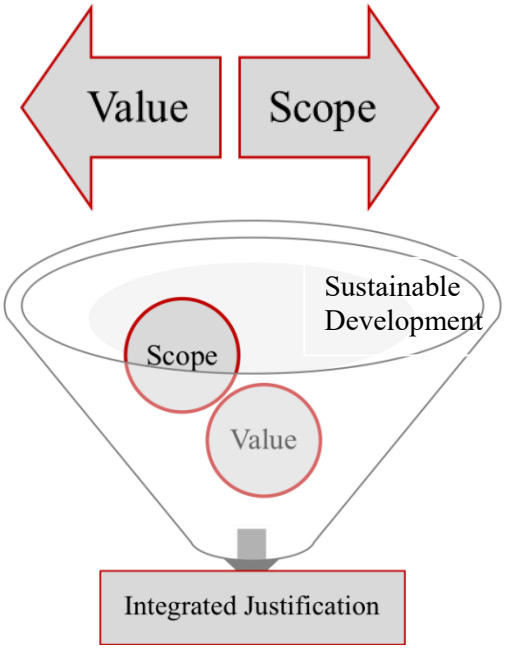
This axiological perspective is strongly re-launched by the paradigm of Sustainable Development. Development is often understood as a synonym for economic development or economic growth. Sustainable development builds and modifies the international approach to development which needs to be understood more broadly. The international community development in the past half-century includes at least four related concepts: peace and security, economic development, social development and national governance that secures peace and development. Each concept is reflected in major multilateral treaties that provide a common framework for relations among nations as well as a shared set of national purposes. In particular, I would stress the idea that Social and economic development are closely related, not only conceptually, but also in the practices of social and economic relationships. Countries that have emphasized education, health and related aspects of social development tend to have the best economic performance. Therefore, the link between economic and social sphere is not an unnatural invention and it's not related to utopia or ideology. It's not for nothing that a fundamental Treaty on human rights*, The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights* contains in itself the idea of integration between economic and social sphere.

Labour law, especially if projected in the international and supra-national dimension, may therefore be considered as a *right of Sustainability*: the respect of fundamental social rights and, more generally, the conditions of effectiveness of labour laws are part of the prerequisites of a globally sustainable competition. Whereby we should face their lack, the economic development without

[1227] Failure to respect fundamental social rights, in particular the ILO Conventions, should give rise to the right of those who respect them to open their markets only to those States that have ratified the same Conventions: see A. Supiot, *Quelle Justice Sociale Internationale Au XXI Siécle?*, Conférence d'ouverture du XXIème Congrès ISLSSL, Le Cap, 15-18 septembre 2015.

integration would lead to the deterioration of the quality of life in the short term and the consumption of capital in the long term[1228]. As Dani Rodrick pointed out, today's challenge is to make the openness of markets sustainable and compatible with wider social aims, and this might be achieved even through a re-visitation of the safeguard measures of WTO, in order to allow the Countries to react to the violation of social rights, especially if those praxis are carried out by non-democratic Countries[1229].

We may discuss whether this setting should indicate more a cosmopolite vision, centred on the generalization of "universal" principles and values[1230], that is to say whether this process should most of all preserve the national self-determination against hyper-globalization. In any case, the legitimacy of the World trade's socially conditioned regulation on the basis of double rationality (instrumental and axiologically oriented) on which it is founded finds growing evidence both in case studies, which confirm its economic efficiency (see next chapter), and in the more and more spread and politically meaningful matters on the compliance with global norms of protection of human rights.



1.3. An "integrated" Justification.

Today, according to this scenario, the two above mentioned justifications have evolved, and in particular the idea of fair trade results as more interrelated with the axiological dimension of

[1228] Cfr. M. Giaoutzi, P. Nijkamp, *Decision support model for sustainable development*, Aldershot, Avebury, 1993.
[1229] R. Rodrik, *The Globalization Paradox. Democracy and the Future of the World Economy*, New-York – London, W.W. Norton & Company, 2011.
[1230] U. Beck, *Cosmopolitan Vision*, Cambridge, MA Polity Press, 2006

social rights. Both theoretical reflection and the individuation of a much more comprehensive normative paradigm of development have contributed to this evolution.

In this path, an important contribution in the reformulation of Sustainability was given by Amartia Sen. Overcoming the thesis of economists such as Brundtland and Solow, Sen has definitively explained that development must be conceived as a broadening of *capabilities* of human beings and in this perspective the social choice assumes a fundamental role in Development. In this way values influence economic action making it sustainable. A good example of the recognition of the importance of international human rights in the international regulation of trade can be found in the CETA Preamble, that provides for the implementation of the whole agreement in a way consistent with the enforcement of labour and environmental laws (see para 5.2.).

2. Economic and social rationalities: the positive effects of respect for social rights.

The positive relationship between economic and social rationalities, in the field of international trade, is confirmed by empirical evidence. The positive effects of social clauses both in terms of economic efficiency and protection of fundamental social rights represent a mostly confirmed result in the scientific literature of economic matrix. Analyzing the data relative to the linkage between social rights and development of trade exchanges in India in the period 2005-2014, we can see that the growth of salaries does not reduce exportations, but it facilitates internal spending and promotes exportations, contradicting the traditional objections on the negative effects induced by social conditionality, as well as proving wrong the competition issue legitimating social dumping[1231]. Even China, which is promoting a strong FTAs policy, has developed a openness in the sectors of cooperation on labour and employment, without anyway recurring to international standards (like in China-Switzerland FTA) or providing for the protection of domestic labour force (like in China-Costa, China-Singapore, China-New Zealand FTAs). The references contained in the trade agreements have stimulated the protections of social rights, as showed by the total cancellation of practises of re-education against ILO Convention n. 105. Effective measures in matter of discrimination assumed by the Chinese Government show its potentialities to implement social clauses relative to condition of labour at a domestic level, with particular reference to principles of equal retribution, equality of treatment between man and woman in retribution matters and non discrimination (think about the efforts made in order to overcome the "Hukou" system, despite the number of migrant farmers that keep on being discriminated in the access to labour)[1232]. Other researches have recently surveyed, on the basis of the Global Preferential Trade Agreements Database (GPTAD), the quantitative effects of social clauses in Countries with medium-low GDP[1233] . The confrontation between systems that have adopted the social clause and those who haven't show a strong and positive impact on conditionality on the ratification of the ILO conventions, especially the fundamental ones, with an average of + 27%. Better Factories Cambodia is as well an excellent example of the benefits derived from a proper implementation of labour standards. Originally known as the ILO Garment Sector Project, it subsequently has changed the

[1231] See H. Chen, *Social Clause in Trade Agreements and China's Experience*, in Beijing Law Review, 2015, 6, p. 1 s.

[1232] H. Chen, op. cit., p. 7.

[1233] R. Baziller, A. T. Rana, *Social Clauses in Free-trade Agreements: An efficient tool to improve Labour Standard?*, 4th Conference on the Regulating Decent Work Network, July 9th 2015.

name in Better Factories Cambodia to better reflect the ILO's aim of continuous improvements in working conditions.[1234]

Since its establishment in 2001, the program evolved also with the help of the trade agreement between Cambodia and the United States [1235], and exports increased over the years, with exception to the biennium 2008-2009 when trade performance decreased due to the financial crisis. This positive impact at a macroeconomic level explains the beneficial outcomes also at a microeconomic level. Brown, Dehejia, and Robertson evidence the relationship between the factory-level compliance and factory survival.[1236] The analysis confirms that factories that increase compliance with labour standards are more likely to survive compared to factories that do not. Indeed, the probability of survival grew as firms conformed with the wage standards. Productivity and profitability increase as well when working conditions are improved.

At this point, the discourse evolves according to the different levels and subjects of such inter-normative regulation. First of all, it is necessary to consider the economic forms of trade organised at global level, which include multiple or multidimensional juridical areas, meeting and overlapping. Each of these areas should be analysed in accordance with the measure to which it can or does guarantee the operative realisation of a link between trade liberalisation and respect of social norms, each in its own way.

In this regards, four pertinent levels or areas can be distinguished:

i) The global level, governed by the criteria of decision-making centralisation and a multilateral framework (WTO); at this level, the aggregate and regulative processes typical of social rights are generally absent, or else very weak and fragmented.

ii) Regional level, governed by multilateral and diversified criteria, which depend on the intensity of forms of integration. They follow the model of the EU or of the NAFTA or other forms of regional integration such as MERCOSUR or ASEAN, and vary as to whether there are supranational organs with normative and/or judiciary power having a direct effect on the Member States.

iii) The level of bilateral agreements between States, in which the social clause is very present.

iv) Levels unilaterally governed by States or economic aggregations of States; labour issues are often present at this level as the social condition for trade liberalisation.

The following analysis aims to provide a reconstructive synthesis of these levels in which, with some differences deriving from the different geopolitical and institutional profiles of the regulatory framework, the social clause is present in the weaving of international trade relations.

3. The multilateral global dimension. The GATT-WTO system: the origins.

On 30th October 1947, the General agreement on tariffs and trade (GATT) was signed, with the aim to liberalize the international economic exchanges, progressively abolishing barriers and customs tariffs. The project of constitution of the International Trade Organization, started in those

[1234] Hall, "The ILO's Better Factories Cambodia Program: A Viable Blueprint for Promoting International Labour Rights?", 2010.
[1235] ILO, Better Factories Cambodia. http://www.ilo.org/asia/projects/WCMS_099340/lang--en/index.htm
[1236] Brown, Dehejia, and Robertson, "Laws, Costs, Norms, and Learning: Improving Working Conditions in Developing Countries," IZA Discussion Paper No. 10025, June 2016

years with the editing of the Havana Charter, was, on the contrary, interrupted due to the opposition of the USA. In that document, the States committed to economic and social cooperation entrusting to what should have been the newly constituted ITO the task to promote economic growth and, at the same time, the elimination of *sub-standard* labour conditions, especially in *export-oriented* enterprises, more induced to apply unfavourable employment conditions for reasons of international competition.

Above all, in the Havana Charter, in the art. 7, we find the first example of social clause: "the Members recognize that measures relating to employment must take fully into account the rights of workers under inter-governmental declarations, conventions and agreements; they recognize that all Countries have a common interest in the achievement and maintenance of fair labour standards. The Members recognize that unfair labour conditions, particularly in production for export, create difficulties in international trade, and, accordingly, each Member shall take whatever action may be appropriate and feasible to eliminate such conditions. Members which are also members of the International Labour Organisation shall co-operate with that organization, and in all matters related to labour norms that will be presented to the ITO, the latter shall consult and co-operate with the International Labour Organisation".

The missed ratification of the Havana Charter on the part of the Congress of the USA interrupted the construction of a stable normative and institutional order, where to collocate the issue of the social clause. Therefore, the GATT was founded on the ashes of the Havana Charter and had limited goals and competences, since it did not include any mechanism referring to protection and fundamental social rights issues, nor recognizing any value to the action of the ILO. From that moment on, there was a phase of negotiations in trade matters, outside of a pre-defined institutional framework; this was interrupted in 1944 when, in the occasion of the eighth cycle of multilateral negotiations held within the GATT, the World Trade Organization's institutional agreement was signed among 124 Countries. The agreement incorporated in a single text the totality of negotiations in trade matters according to the GATT system so far occurred, and it included agreements relative also to other sectors previously not provided for (GATS). The agreement did not contain any explicit reference to fundamental social rights even though, on the matter, most of all France and the European Commission, supporting the USA's requests, had proposed to introduce within trade agreements some provisions intended to internationalize the social costs produced by the decisions in matter of international trade. Moreover, the agreement did not deal with the cooperation between the WTO and the ILO, that is to say it did not acknowledge to the ILO neither the possibility of participation to the negotiations, nor the possibility to participate to yearly Rounds, where member States meet.

3.1. The debate on the social clause.

With social clause we intend peculiar norms having as an object the internationally recognized rights that States (in their activity of production and application of law) and, consequently enterprises (in their role of employers) must comply with, in order to be able to benefit from determined effects of international trade liberalization, that is to avoid incurring in actual economic sanctions.

The idea, long nurtured both within law studies and inter-governmental praxis, refers to the debate concerning the possibility to insert a social clause in the field of the system GATT-WTO, in order to fulfil the integration of social rights in the space designated to regulate international

exchanges. As it is known, this perspective presents evident criticalities, but just as many potentialities.

First of all, we are facing the difficulty to define what social *standards* should be, that is to say what are the minimum rules to comply with in order for the clause to find its full achievement, in the framework of fair trade's rules. This definition needs an agreement that is way more difficult to obtain, compared to the one relative to the adoption of labour multilateral conventions in the field of the ILO. However, as it has been proved when we examined the "international labour code" elaborated by the ILO, a careful analysis of the sources of international law allows to explain a hard core of "unconditioned" social rights, that is to say they may not be inflected by reason of the different economic and cultural situations. These rights have already been contemplated by the ILO's Conventions, by the Universal Declaration of Human Rights and by the 1966 UN Treaties on political and civil rights and economic and social rights; they have been recognized as "fundamental" by the Declaration of Copenhagen on social development and eventually consecrated by the historical Declaration adopted by the 1998 International Conference of Labour in Geneva. We are dealing with freedom of association and right to collective bargaining; with the prohibition of forced and mandatory labour; with the protection of minor labour; with the prohibition of discrimination. This set of *core labour standards* must therefore be considered of universal application, so much so that the ILO requires the compliance with it to member States merely by reason of their belonging to the Organization. As we have already said, we are dealing with workers' rights that essentially behave like internationally recognized human rights, having most likely an *opinio iuris* on the basis of which the international community results as bound to comply with them. For example, to the usage of minor labour in cases that, by their nature or circumstances where they take place, put at risk the physical and moral health of minors is a praxis to be included in the notion of "cruel, inhuman and degrading treatments" (art. 1 and 56 of UN Charter) whose prohibition is undoubtedly referable to (and sanctionable according to) *jus cogens*. *This is to say that the social clause has a codification function of already operating principles in the field of general international law: the trade treaties that bear it inside should, consequently, be interpreted as a confirmation, broadening and specification of already existing common norms.*

However, the reason of the difficulties encountered by the social clause at global multilateral level is explained most of all according to a political-structural factor, regarding the conception of the international division of labour supported by the WTO, strongly connected to the classical theory – dating back to David Ricardo – of comparative advantages. In the ministry Declaration of Singapore, the parties declare "*to refuse the usage of labour norms with protectionist aims and agree that the comparative advantages of Countries, in particular developing Countries with low salaries, must not in any case be put into discussion*". The principle of comparative advantages is founded on the idea of integration of national economies in the international division of labour according to competences and according to the richness in natural resources, manpower and capital. The WTO has therefore inherited – and so far jealously conserved – a conception of loyalty within exchanges unable to remedy the trade distortions determined by the diversity of national legislations, especially regarding the management of labour.

At the same time, it is true that the interpretations that recognize in the social clause a risk of aggressive unilateralism intended to impose protectionist conditions to poor Countries' trade appear as less and less convincing. The objections regarding the lack within the WTO of a tripartite

structure allowing the participation of governments and social parties in the definition and in the application of social *standards* are not shareable; moreover, the background theoretical objections on the utility of exploiting market logics in the modernization of international social-economic relations are equally non-satisfying. It is actually hard to understand why the forced convergence is easily imposed when it comes to obligating jurisdictions unwilling to accept non-appreciated trade rules, while coercion is not allowed when it comes to protect the workers' fundamental rights. The ILO itself (see above) has solemnly stated within the "Declaration on social Justice and a fair globalization", adopted in Geneva on 10th June 2008, that "*the violation of labour principles and fundamental rights can neither be invoked nor utilized as legitimate comparative advantages*", thus definitively repudiating the lawfulness of the practises of *social dumping* founded on the theory of comparative advantages.

The idea of social clause, as a juridical mechanism that goes with the liberalization of international exchanges subordinating the fruition of the connected tariffs benefits to the compliance with the respect of some social fundamental principles, therefore constitutes a perspective to be pursued in the field of the international community. It should overcome the traditional intrinsic limits of international labour law, thanks to a more elevated level of effectiveness guaranteed by trade sanctions to be inflicted to the Countries non-complying with the most elementary rules of protection of fundamental human rights. The identification of basic social rights (*id est* "fundamental, or "internationally recognized") through the recognition of the norms elaborated by international organizations (ILO and UN, first), has allowed to put forward the reconstructive hypothesis that considers social clauses not as instruments of disguised protectionism (as reported by a lot of developing Countries that oppose to its adoption), but as an operational improvement of universally recognized human rights, already sanctioned in the field of general international law and, perhaps by *ius cogens* itself. The crucial point of this clause does not consist in eliminating the competitive advantages – on a compared basis – of developing and transitional economies, but in creating within the system of free exchange the necessary requisites in order that the minimum conditions of social and Union equality are respected.

3.2. The compatibility of social clause in the GATT-WTO system.

Despite the basically unsuccessful outcomes of the debate on the social clause, the pressure of industrialized Countries and the critiques by the Organizations of consumers, of workers' Unions and by other NGOs interested in the "social" failures of *trade liberalization* represent a guarantee for the re-launch of the social clause within the WTO. While waiting for a development in this sense, it is necessary to verify the compatibility of a social clause with the principles in force in the field of GATT-WTO, checking the possible actionability of restrictive trade measures, adopted by single States with an "anti social dumping" function. Regarding this matter, we have a series of extremely interesting provisions, whose analysis leads to problematic, though possibilist, results.

The first problematic aspect regards the fact that the concept of social *dumping* cannot be technically referred to the notion of *dumping* on prices, complying with art. VI of the GATT. In principle, there is no relationship between the technical definition of *dumping* offered by the GATT and social *dumping* (the same is valid for the so-called environmental *dumping*). First of all, the reason of this lies both in the historical and textual interpretation: in the phase of negotiation of the GATT, the parties effectively agreed on the existence of four types of dumping, relative to prices, services, exchanges and to "social" issues (the latter recognized by negotiators as "*very difficult*

to define"). However, they opted for a more restricted definition, that is to say limited to the dumping on prices, considering the forms of *non-price dumping* as additional compared to the parameters posed by *anti-dumping* norms and avoiding to include workers and their Union representatives among the subjects willing to (and for this reason qualified, according to the *standing* rules) propose the action intended to activate the *anti-dumping* procedures. International trade law does not recognize the differential cost among producers as a potential cause of *dumping*: in a market economy system the reduction of the price of a product is, as a matter of fact, included in the classic goals of free competition. On the contrary, international trade law asserts that the producer may sell the same product at different prices in the domestic market (that is to say, the one of the exporting Country) and in the foreign exportation market. Therefore, if the price of the commodity in both markets reflects the costs of production, we do not have *dumping*. We have to reaffirm that *social dumping* is not based on a discrimination between the price of sale on the domestic market of the producer and the price of sale on the importing market, because also in the domestic market the price may be just as much low: we infer that such practise does not constitute *dumping* complying with the General Agreement.

Closer to the praxis of social *dumping* is the notion of public subsidization to exportations, characterized by the fact that the lower price compared to the normal one derives from an help directly or indirectly granted by States to enterprises; in view of such praxis, the GATT, in addition to allow the injured States to react with the imposition of compensative customs duties (art. VI), disciplines the phenomenon by limiting or prohibiting the concession of subsidizations. Therefore, one may wonder whether the State allowing national enterprises to violate social norms does not end up in granting them a subsidisation; we are dealing with a suggestive interpretative hypothesis, provided also in the case of environmental *dumping*, which, however, clashes with textual-oriented obstacles, because in this hypothesis we do not have the requisites of the subsidization outlined by the relative agreement edited during the *Uruguay Round*, that is to say a *financial contribution* of the authority and the specificity of the subsidization.

Further, the mechanism of the social clause can be commensurate to the so-called "safeguard clause", conventional provisions that provide for, in view of particular situations, the faculty to temporarily infringe to the norms of a treaty of inter-State economic cooperation, adopting measures of protection such increase of customs tariffs, quantitative restrictions, that is to say subsidizations to domestic enterprises. For example, all the Countries adhering to GATT-WTO can temporarily limit their importations whereby the national production is likely to be disturbed by low-price importations (art. XIX). A perspective that sees the safeguard clause operating as an instrument to react with protection measures against unfair trade practises due to the non-compliance with social *standards* cannot therefore be excluded.

For this reason, the only norm within the GATT's *corpus* that may be linkable to a social clause is anyway constituted by the art. XX, relative to a regime of dispensations called general exceptions, intended to establish a domestic jurisdiction in favour of single States, which are authorized to give priority to certain interests of national policy, with regards to trade liberalization. In particular, the norm allows the parties to adopt restrictive measures of exchanges that are justified by, in addition to considerations relative to protection of moral, life and health of people, animal and plants, to the defence of environment and of natural resources, to the protection of artistic heritage and of the consumer, by reasons linked to the trading of commodities produced in prisons (art. XX, lett. "e"). On the basis of these provisions, the States may therefore adopt restrictive

measures of international trade in order to protect their markets from the importations of commodities produced with low cost manpower. We are dealing with a norm that has never to date been invoked in order to justify such restrictions; however it is theoretically very much relevant, since it authorizes the States to adopt protectionist measures based on the assessment of the *production processes* of a foreign commodity. The main path should therefore lead to the reformulation of the art. XX, inserting new exceptions relative to the missing compliance with certain fundamental social rights; however indeed, an extensive interpretation of "the measures necessary to the protection of health and life of people" could at least include the prohibition of minor labour and some minimum norms of security within labour, allowing the States that suffer from social *dumping* to adopt restrictive measures of importations.

Eventually, the art. XXIII of the GATT deserves our attention, as explained by the *Dispute Settlement Rules*. The norm, relative to the "protection of concessions and advantages, provides for the case in which a contracting part considers that an advantage deriving from the Agreement is "cancelled or compromised", or that the realization of one of the aims of the Agreement is compromised, due to other parties' behaviours contrary to the Agreement, that is to say that "there is another situation" that may cancel or compromise such advantages. Within these hypotheses, one party may ask to start an inquiry, which may lead to the suspension of concessions or other obligations deriving form the general Agreement. An official document of the USA emanated in the 1950's declared that "*trade problems stemming from unfair labour standards were already actionable under Article XXIII* [1237]"; and the same opinion was supported by the Trade Union Congress (TUC), that invoked the recourse to the art. XXIII in order to impose trade sanctions to Countries violating international standards in matter of labour. This perspective can be appropriately updated. As a matter of fact, in the strictly juridical field, the reference to the existence of "another situation" that may "cancel or compromise" the advantage deriving from the GATT appears so undetermined that it constitutes a sort of "general clause" wherein a social clause may exist; however, there is no evidence that the art. XXIII was ever invoked to fulfil such aim.

3.3. The perspectives social clauses in FTAs.

On one hand, we observed the predominance of a market model centred on social *dumping* and on the competition between social systems and juridical orders; however, on the other hand, the most recent developments, within GATT-WTO and more in general in the international dimension, seem to conceal a different idea, grounded on *fair* trade, respectful of rules, principles of equality, solidarity and fairness on exchanges; a trade that is founded on the paradigm of equity and not, on the contrary, on the competitive devaluation of social regimes which could contribute to a sustainable development, as promoted by the recent UN Agenda 2030.

According to a first and more restrictive hypothesis, fair trade alludes to an organization of international trade exchanges that may ensure an equal sharing of flows. The "right" quantity of exportations and importations for each Country would then be the one guaranteeing the equilibrium of the bilateral trade balance with each partner. The issue about equality can also be utilized to claim an equal treatment of economic actors, according to which Governments should grant to their national enterprises the same advantages of their foreign competitors. In this acceptation of equality, we can find the idea of a balanced ground among *players*, achievable both through

[1237] *US Commission on Foreign Economic Policy: Staff Papers*, 1954, p. 437.

the elimination of unfair advantages of foreign enterprises, and through compensational mechanisms. Also in this perspective, the idea of fair trade breaks up one of the cornerstones of social *dumping*, that is to say the principle of comparative advantages as a foundation of international trade policies. As a matter of fact, social dumping, that consists in less strict labour *standards* within exporting fields, is a possible cause of distortion of trade flows, that may be caused by a "failure" of the government in the *enforcement* of *labour rights*: basically it is definable as an "unfair subsidy" that legitimates the activation of the procedure to impose compensational duties, according to an interpretative line suggested in the cases of environmental dumping, where the tolerance of some Countries with respect to environmental degradation (particularly typical of developing Countries) would result in a sort of subsidization for national industry.

Considering all this, the idea of fair trade re-launches the above-mentioned thesis according to which social dumping may be included within subsidizations granted by the State, as an attribution of an advantage to enterprises that falls on the lower cost of the product. However, in this perspective, the usage of the art. XVI of the GATT in social matters – according to a perspective put forward also by the International Metalworkers Federation and analysed by the ILO's International Office of Labour – presumes such an extensive interpretation of the concept of subsidization that it would include in itself the inertia of the State that artificially (and with active will) keeps sub-standards labour conditions.

On the basis of these concepts about the notion of fair trade, the notion itself of dumping stipulated by GATT-WTO may appear as obsolete. In the previous paragraph, we said that the concept we are analyzing is offered by the art. VI, par. 1 of the GATT, which states that dumping "allows the introduction of products of a Country on another Country's market at a lower price than their normal value", whereby the price lower than the normal value is such if the price of that given product is "lower than the comparable price adopted in the course of normal trade operations for a similar product, destined to the consumption in the exporting Country"; otherwise, in the absence of such price within the internal market of this given Country, if the price of the exported product is "lower than the more elevated comparable price charged for the exportation of a similar product towards a third Country, in the course of normal trade operations", that is to say, "lower than the cost of production of this commodity in the origin country, plus a reasonable increase for selling costs and the profit" (the so-called normal value, according to the principle of *fair comparison*: art. 2, par. 4 of the 1947 Agreement on Implementation of Article VI of GATT).

Basically, dumping, as a consequence of a private strategy of the producing enterprise, consists in the sale of a commodity in a foreign market at a lesser price compared to its normal value, that is to say a lower price than the one charged in the market of origin or, anyway, a price insufficient to cover production costs. The member States of GATT-WTO, and the following interpretative and implementation codes, consider such forms of *international price discrimination* as detrimental both for domestic industries and for the opportunities of exportation of third Countries that do not practise any type of *dumping*. Therefore, we would be dealing with unfair trade practises carried out by single producers that intend to acquire or maintain foreign market quotas through a strategy of price discrimination, which tend to provoke distortions within international trade and disturbances within the importation market. For this reason, if a commodity launched in the market with dumping by a contracting party causes or menaces to cause an important damage to an industry (in the sense of productive field) of such contracting party, the importing Country will have the possibility to neutralize its effect by imposing anti-dumping duties, resulting

as equivalent or inferior to the dumping margin, that is to say to the difference between the price of the commodity in the importation market and its "normal value" (art. VI, par. 2).

This adopted interpretation does not keep into account of what the ILO's International Office of Labour stated and, in particular, of what the specific "Group of labour on the social dimension of international trade liberalization" stated: the compliance with social norms inserted in the Conventions of the ILO could prove that the products destined to the exportation and manufactured complying with those norms have been introduced with a price non-inferior to their normal value; on the contrary, we should presume the existence of social *dumping*. Therefore, we need to define the "normal" level of social protection in just as much objective terms as of what happens for commodities' "normal value": a value coinciding with the assumption of production's costs that internalize the compliance with core labour standards.

In this perspective, it is thoroughly legitimate to introduce social clauses in international multilateral trade treaties: the social clauses are intended to the respect of the fundamental Conventions of the ILO, according to lines of reform of the WTO, able to "internalize the externalities" produced by the liberalization of exchanges and to include non-trade issue in the governance of world trade.

4. The American Multilateral Free Trade Agreements.

The virtuous linkage among progressive social policies and international trade regulation finds by now several empirical evidences starting from the NAALC, North American Agreement on Labour Cooperation, the Agreement parallel to NAFTA, the North American Free Trade Agreement among Mexico, US and Canada.

NAALC as we will see in details, has favoured a substantial increase of the level of knowledge of the reciprocal systems of labour law on the part of Unions, Governments, NGOs, managers, academic environment and public opinion.

This linkage has nurtured the development of *cross-border* collabourations between Unions and NGOs; it has produced a *climate changing* among whose consequences we have, for example, the anti-discriminatory law that explicitly prohibits the praxis (emerged during the phase of investigation within the field of the Agreement) to impose pregnancy tests to women during the phase of recruitment (12th June 2003 Act, Federal Official Gazette, 11th June 2003). The ILO itself, which recognizes the repercussions of trade and financial policies on employment and social rights, hopes for the realization of an "integrated approach" in the promotion of decent labour, getting in touch with international and regional organizations that have mandates on "connected" issues: "*d'autres organisations internationales et régionales peuvent apporter une contribution importante à la mise en oeuvre de cette approche intégrée. La politique relative aux échanges commerciaux et aux marchés financiers ayant des répercussions sur l'emploi, il incombe à l'Oit d'évaluer ces effets a fin d'atteindre son objectif qui consiste à placer l'emploi au coeur des politiques économiques*". In the famous Myanmar case that regarded the systematic violation of the ILO Convention n. 29 on the exploitation of forced labour on the part of military people, the ILO has promoted the adoption of economic measures, like restrictions to importations, the sequestration of the regime's pension funds, the interruption of economic subsidizations: these are measures that have been adopted by member States against the non-complying government.

This confirms that if *moral suasion* does not work, globalization can exploit mechanisms of *connecting regimes* in order to reach goals of social justice. An integrated approach on the basis of criteria of conditionality linked to the dimension of global trade is on the other hand more and more credited to the internationalist doctrine in matter of protection of human rights, of which social rights constitute integrating and inseparable part.

4.1. The NAFTA and its labour side agreement (NAALC).

The North American Agreement on Labour Cooperation (NAALC) represents a peculiar case of social clause adopted in the context of the multilateral agreement of free trade among the USA, Canada and Mexico (NAFTA). Signed in 1993, it represents the first instance in which the United States has negotiated an agreement dealing with labour standards to supplement an international trade agreement.

NAALC is the first free-exchange agreement that sets up a specific normative instrumentation intended to encourage the labour protection through a procedural mechanism allowing the adaption between trade liberalization and the respect of fundamental social rights. By incorporating aims that differ from the ones of trade liberalization, the NAALC therefore acts as a model for the integration of social values in the supra-national processes that regulate economic globalization.

The main objective of the NAALC is to improve working conditions and living standards in the United States, Mexico, and Canada and it promotes more trade and closer economic ties among the three Countries. The preferred approach of the Agreement to reach this objective is through cooperation - exchanges of information, technical assistance, consultations - a concept that is explicitly recognized in the very title of the instrument. The Agreement also provides some oversight mechanisms to ensure that labour laws are being enforced in all three Countries. These oversight mechanisms are aimed at promoting a better understanding by the public of labour laws and at enhancing transparency of enforcement. The Agreement does provide the ability to invoke trade sanctions as a last resort for non-enforcement of labour law by a Party.

With the NAALC, we have the re-affirmation, within a context characterized by a weak perspective of integration, limited to the economic matter, of a functionalist logic that is very close to the one characterizing the primitive European Community experience. However, within the NAALC, the techniques and goals of supra-national social regulation change. The *labour side agreement* has as its object surveillance and cooperation procedures among partner Countries that may lead, whereby the missing compliance with the obligations incurred may entail effective competition damages, and actual economic-financial sanctions. Therefore, this mechanism may be intended as a social clause that, differently from what normally provided for in international trade treaties and in the experience of European integration (as well as in the normative tradition of international labour law) does not contemplate the respect of minimum uniform supra-national standards, but the guarantee of effectiveness of single national social standards.

In the logic of the agreement, the grounds of the social clause are substantially economic: they regard at the same time the regulation of competition and the preservation of comparative advantages. As a matter of fact, the condition for the application of a sanction is the proof of a competitive advantage deriving from the missing compliance with the internal labour legislation of a given Country. The art. 3 of NAALC testifies the intention of the parties, who promote the "respect and the effective application of their own laws in matter of labour through appropriate

actions of government": therefore, there is no aim of harmonization or, even more, of standardization of the levels of protection in social matters, that is left to the national legislator's discretionality. It is true that the agreement individuates some *principles*; however – as we can see in the attachment on *Labour Principles*, which is integrating part of the agreement – they do not represent supra-national social standards, but they indicate "guiding values" and "areas of labour law interest" where each Country established its own level of regulation.

A critical profile regards the different protection ensured to the eleven Labour Principles [1238]: the agreement excludes Union rights from the *strongest* level of protection, applying to the violation of the rights of organization, collective bargaining and strike not actual economic sanctions but the mere activation of "Ministerial Consultations". Only the violation of some *labour standards* regarding matters relative to security on labour and health, minor labour and minimum wage allows the activation of the complex procedure of *Review* that, through the initial experiment of inter-ministerial consultations, reaches the summoning of an *Arbitrary Panel*, which may conclude with the provision of financial sanctions. The field of operativeness of sanctions is therefore strictly circumscribed: they will be active only in he case where the pact violations, in addition to being persistent, will result as being "trade-related" and "covered by mutually recognized labour laws" (NAALC; art. 49, "Definitions"). In other words, not every violation will result as censorable, but only those which, realizing in the missing reaction in the field of the respective orders to the violation committed by the single economic subjects in order to pursue an undue comparative advantage, appear as relevant for the trade-economic integration pursued by the NAFTA; further, the missing application will have to deal with labour law disciplines that have been acknowledged by contractors, regarding the capacity to implement rights and level of protection.

However, paradoxically, all the procedures of violation so far activated have as object the violation of Union Rights, while the procedure of *Review* has provided important outcomes, thanks in particular to the summoning of public forums of public opinion awareness raising and to the consequent "media" sanctions, as well as to the transnational collabouration among Union Organizations, within an area where factors non-facilitating the international solidarity among Trade Unions are prevailing. Such collabouration is stimulated by the necessity that a procedure of *submission* relative to a Country is introduced within the administrative structure of another Country, on the part, therefore, of a foreign organization.

The NAALC model, with all its limits, has been therefore appreciated by the doctrine most of all for having stimulated the creation of trans-national links and bonds between Unions and NGOs,

---

[1238] The Annex 1 defines "labour principles" as "guiding values" that the parties commit to respect and it individuates them in the following thematic fields: 1) freedom of association and right to collective bargaining; 2) right to collective bargaining; 3) right to strike; 4) prohibition of forced labour; 5) protection of child and minor labour; 6) protection of minimum standards of employment (for example: minimum wages and benefits for extra-hour labour); 7) elimination of discrimination on labour; 8) right to equal salary among men and women working in the same enterprise and having the same task; 9) prevention of professional illnesses and injuries on labour; 10) right to compensation in case of illnesses and injuries on labour; 11) protection of migrant workers. We are dealing with an all-inclusive list, which refers to an editing technique used in other treaties and international agreements (see, for example, the twelve principles enounced in the 1989 Community Charter of workers' fundamental social rights), even though, in this case, it results as extremely cautious in the individuation of the aspects characterizing the specific cases individuated in order to interpret and to apply the regulating norm; in particular, there is no mention of the relative Conventions of the ILO, that the Principles therefore respect, but do not refer to. As regards this, it is important to point out that such Principles do not set common minimum standards at all, but only "wide areas of interest" on which the parties have developed (each its own way) "laws, regulations, procedures and practises" intended to the "protection of the interests of the respective labour forces". (*Annex 1*).

within a very problematic context, non favourable to the accomplishment of forms of international solidarities for workers (see also Bellace relation on the matter).

4.2. The CAFTA-DR.

The CAFTA-DR agreement[1239] is the first free trade agreement between the United States and a group of smaller developing economies: Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua, as well as the Dominican Republic. This FTA, signed on 2005, ison the list of free trade agreements where we can find, next to the primary goal of exchanges' liberalization, the issue of workers' rights and of the conditions applied to relations. From the Preamble of the Agreement, we can infer that the parties commit not only to the promotion of integration intended in a purely economic sense, but also to create new opportunities for the social and economic development of the respective territories, in order to protect and to strengthen workers' rights and the cooperation in matter of labour among the different institutions involved, in order to create new opportunities of employment and to improve the conditions of life and labour.

Examining in particular the chapter dedicated to labour, it may be useful to point out that the CAFTA-DR Agreement largely lies on the model proposed by the NAALC and by the recent Free Trade Agreements stipulated with Australia, Morocco, Chile and Singapore. In this perspective, it is therefore in line of continuity with the previous experiences, even though we have important signs of the gradual acknowledgement of social rights going with economic rationality.

The agreement may ideally be divided into two parts: while the first deals with the references to the structure of protections acknowledged to workers and to the instruments that are functional to guarantee their effectiveness, the second is intended to add value and promote a participative and collabourative model among the different actors that intervene in the agreement.

After the reference to the ILO's principles stated in the 1998 Declaration, pointing out that the parties commit both to respect the mentioned principles and to apply the internal legislation in order to comply with the international norms on labour, the text goes on by acknowledging to the participant States the duty not to encourage trade practises through the weakening of the structure of protections provided by the internal legislation. Further, the States are prohibited, in the attempt to promote trade exchanges or to encourage investments in their territory, to apply labour conditions that are inferior to those guaranteed by the principles of international law. Specifically, as stated in the 16.8, when the Agreement refers to "labour laws", it refers to the norms introduced by the participant Countries and directly co-related to internationally recognized principles such as the right of association, the right of organization and of collective bargaining, the prohibition of utilization of every form of forced labour, the minimum age of access to labour, the prohibition and the elimination of forms of exploitation of minor labour, the right to acceptable conditions of labour and in particular with regards to minimum wage, working hour and health and security in workplaces.

The art. 16.2 introduces an actual obligation for the stipulating parties and, in case of non-compliance, the agreement provides for the activation of a procedure that inflicts the non-complying party adequate trade sanctions.

[1239] Originally, the agreement encompassed the United States and the Central American countries of Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras and Nicaragua, and was called CAFTA. In 2004, the Dominican Republic joined the negotiations, and the agreement was renamed CAFTA-DR.

With regards to the instruments introduced in order to implement the provisions on the compliance with the ILO's principles and on the need to strengthen the internal legislation in order to guarantee the improvement of the workers' social and professional status, the agreement provides for a procedure of guarantee and the State's responsibility in order to ensure those who are interested in, the possibility to address in an impartial way to the judicial authority in order to claim their rights. The procedure must be equal, free and transparent. The subscribers of the agreement must therefore commit themselves so that the holder of a legally acknowledged interest in the Country of belonging may address to the judicial authority to lay claim to his/her reasons.

As regards the second part of the agreement, it reflects the intention to improve the cooperation and the exchange among the particpating Countries as much as possible, so that to monitor the implementation of the Agreement and the possible problematic aspects that may arise in the applicative phase. In this perspective, we can understand both the constitution of a Labour affaire Council (LAC), with tasks of periodic verification of the state of implementation of the agreement, of coordination among the parties stipulating the agreement, and the provision of a system (Capacity Building Mechanism) intended to promote and to strengthen the cooperation, to improve labour standards, to favour consultations and moments of meeting among the parties.

Should we have to draw some considerations on the extent of the agreement, we could not avoid saying that the part dedicated to labour is by all means included in the agreement for free exchange; basically, we are not dealing with a simple attachment, but a list of principles that are integrating part of the agreement. The attention towards the issues of labour has for this reason great autonomous importance, even though it must be put into relation with the needs of the market.

Second, the agreement intends to focus every effort on the instruments to guarantee the effectiveness of protections: this is the first time that such an issue emerges within a free exchange agreement, compared to the totality of the agreements so far stipulated. As it results, in fact, from the June 2005 ILO report, in the Countries of Central America and in the Dominican Republic, we cannot say that the provisions that acknowledge and promote the respect of *core labour standards* are absent. The problem arises, instead, concerning the actual application of the norms of protection of workers.

As a matter of fact, the first labour dispute under any free trade agreement (since 1993, no Country that has signed an FTA with the US has never been finded or had its trade privileges revoked, even when severe infringements of social rights have occoured) regards the CAFTA-DR.

4.3. The MERCOSUR and the Social-laboural Declaration.

The Mercosur (Common Southern Market) has been instituted on 26th March 1991 with an act subscribed by Argentina, Brazil, Paraguay, Uruguay and later (2014) by Venezuela.

Venezuela's new membership was short-lived, however, since by the end of 2016 it had already been suspended by the four founding members of MERCOSUR. The official reason was Venezuela's failure to adjust its domestic legislation to existing MERCOSUR law. However, deep ideological differences and doubts about Venezuela's commitment to democracy and the protection of human rights seem to have been the real driving factors for the suspension. The other South American States have obtained the status of Associate Member (Chile in 1996, Bolivia in 1997,

Colombia, Ecuador and Venezuela in 2005, and Peru in 2006) and have concluded free trade agreements with MERCOSUR (Free Trade Areas). Bolivia's accession as a full member was signed in 2015 but still requires ratification at the time of writing (August 2018).

In the intentions of its founders, the Mercosur, as an instrument of economic cooperation among participating States, aspired to realize a system of free trade through the elimination of duties and restrictions to trade exchanges within the involved Countries; however, during the course of time, the original project has been widened to encompass also goals of coordination of macro-economic policies, the definition of a common trade policy and, most of all, a progressive juridical integration of the national orders of member States.

What interests us most is most of all the "Social-labour Declaration" elabourated in 1998 after a long and tormented process intended to the affirmation of a social and economic identity of the Mercosur and amended in 2015, by its own supervisory tripartite body – the Social and Labour Commission of the Mercosour – and, as a result, it was approved, as amended, in Brasilia, in June, 2015

The Declaration is a political act, so it lacks direct efficiency but, at the same time, it is to be considered a starting point for the development of a common and shared social policy within the Mercosur's member States. It undoubtedly represents the outcome of big compromises among the opposed interests that lied within the Mercosur, but we should not underestimate its extent and effects on national labour markets. In the Declaration, there is specific reference to the workers' fundamental rights stated in the 1998 ILO's Declaration and in the most important international Agreement on the matter [1240]. Therefore, within the Declaration, we find specific reference to the protection of the principle of non-discrimination (art.1), the protection of migrant and trans-border workers (art.4), the prohibition of minor labour (art. 6), the prohibition of forced labour, the protection of health and security in the workplace, the freedom of association and of collective bargaining, the prohibition of discrimination by reason of Union membership and the right to strike. Again, the Declaration states the commitment of the States towards the issues of employment, of professional training, of services of sustain to employment. The 2015 amendement also ratifies the provisions regarding the elimination of forced labour and includes regulation on protection against dismissal, on the prevention and elimination of child labour and the protection of young workers, as well as any individual rights which had not been previously considered, such as provision governing the length of a working day, leave and holidays, and the right to a mimimun wage according to the national laws, which wage must be sufficient to meet the worker's needs and those of his/her family[1241].

With reference to the instruments of implementation of the Declaration and of its principles, the parties have provided for the constitution of a specific *Comision Socio Laboral*, with mainly advisory functions, and therefore non-sanctionatory, composed of the representatives of governments, of Union organizations and of employers. Even though facing difficulties, the Commission has carried out an important role in order to implement the Declaration, by supporting the action of governments in the direction of an economic as well as social integration.

[1240] 1948 Universal Declaration of Human Rights, 1966 International Covenant on Political and Civil Rights, 1966 International Covenant on economic, social and cultural rights, 1988 American Convention on human rights and on economic, social, cultural rights.
[1241] Goldin A., The MERCOSUR (Southern Common Market): Argentina, Brazil, Paraguay, Uruguay and Venezuela, in Perulli A., Treu T. (eds), Sustainable Development, Global Trade and Social Rights, Kluwer International, 2018, pp. 41 ss.

4.3.1. EU- Mercosur FTA.

The EU is negotiating a trade deal with the four founding Mercosur States - Argentina, Brazil Paraguay and Uruguay, as part of a broader Association Agreement between the two regions.

Negotiations started on 1999, but they stopped due to the Argentina's crisis on 2001 and were suspended until 2010, to restart after the protectionist policies started by Mr. President Trump and the appartently stop to the TTIP negotiations: the EU would like to find new ways to expand its market: The current negotiations cover issues that include tariffs, rules of origin, technical barriers to trade, sanitary and phytosanitary measures, services, government procurement, intellectual property, sustainable development and small- and medium-sized enterprises. The final text of the agreement is expected by the end of 2018, even if the last round of negotations (the EU and Mercosur negotiating teams met in Montevideo, Uruguay, from 4th to 8th June 2018 for a round of negotiations) was not so fruitful.

The 34th negotiation round of the Trade Part of the EU-Mercosur Association Agreement took place from 9th to 17th July 2018 in Brussels.

The draft of the agreement text is still not available but we are able to find serious commitment by the EU in terms of the promotion of sustainable development and social rights. As a matter of fact, it is possible to observe from the EU's textual proposals, in line with the EU 2015 *Trade for All Strategy*, when the EU reasserted its ambition to "promote an ambitious and innovative sustainable development chapter in all trade and investment agreements", vowing to achieve "far-reaching commitments on all core labour rights" and to ensure "high levels of occupational health and safety and decent working conditions in accordance with the ILO Decent Work Agenda", even in the context of the Mercosur negotiations as the EU proposed to include a Sustainable Development Chapter[1242].

In particular, the EU want to enhance the integration of sustainable development in the Parties' trade and investment relationship, notably by establishing principles and actions concerning labour and environmental aspects of sustainable development of specific relevance in a trade and investment contex, recognizing the right of each Party to determine its sustainable development policies and priorities, to establish the levels of domestic environmental and labour protection. Moreover, Parties should not weaken the levels of protection afforded in domestic environmental or labour law in order to encourage trade or investment or derogate from them or, again, fail to enforce labour laws in order to encourage trade or investment.

Then, according to the proposed article dedicated to "Multilateral Labour Standards and Agreements", "The Parties reaffirm their commitment to promote the development of international trade in a way that is conducive to decent work for all, including for women and young people" and each Party shall respect, promote and effectively implement the internationally recognised core labour standards, "in accordance with the ILO Constitution and the ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work and its Follow-up".

As for the ILO Core Conventions for example, all Countries have already ratified the ILO Core Conventions, a part from Brazil, which has yet to ratify the the ILO Freedom of Association and Protection of the Right to Organise Convention, 1948 (No. 87).

[1242] http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2017/april/tradoc_155481.pdf.

4.4. The US Bilateral Free Trade Agreements.

If we examine the agreements stipulated by the USA following the experience of the NAFTA and of the NAALC, we can highlight significant progresses in the usage and in the formulation of social clauses. Our reference goes, among the others[1243], to the following agreements: 2004 US-Chile, 2010 US-Jordan, 2009 United States-Peru Free Trade Agreement (PTPA), 2012 US-Korea,that, although being very specific, may be considered as virtuous examples of adaptation among economic and social goals, confirming the actual will of the participating Countries to seriously face the issue of the *linkage* between social rights and international trade.

We need to point out the positive innovations of these agreements: they integrate the norms on *fair labour practices* in the Treaty's *corpus* itself, without recurring to "parallel" agreements like in the case of the NAALC; the social *standards* of reference are specifically those of the ILO, where there is no longer a generic and ambiguous reference to the internationally recognized rights of workers; labour law therefore becomes the *domestic benchmark* in order to evaluate the efficiency of the internal labour regulation; the violation of social norms is compared to the violation of *fair trade practices* by utilizing the same procedural and sanctionatory mechanisms. The emblematic cases, like the one represented by the bilateral agreement *USA-Cambodia* in the textile sector (this agreement expired in 2004), prove the positive effect of the *linkage* in the development of *labour standards* (that is to say in the tendency to avoid the *labour standards'* deterioration) in the sectors covered by the Agreement. The project *Better Factories Cambodia* originallynegotiated between the US and Cambodia, provides for a strict connection between the expansion of the Cambodian products in the American market and the improvement of social *standards*, with the presence of the ILO as an actor in monitoring through inspections and strict reports, as well as in the technical assistance to the Cambodian Government. The implementation of this model of hybridization between *hard* techniques (social clause) and *soft* techniques (technical assistance, cooperation) has matter-of-factly achieved a promotion of competitiveness founded on the increase of working conditions, that have determined an increase of productivity able in its turn to compensate the higher costs of manpower, with further benefits in macro-economic and political stability terms. After the expiration of the trade agreement in 2004, the Cambodian Government, together with unions and employers, requested that the ILO set up a sustainability strategy to turn Better Factories Cambodia into a self-financing local institution. The ILO teamed up with the IFC (International Finance Corporation (IFC), a member of the World Bank Group) to design and implement this strategy[1244].

5. The EU's approach to labour rights and social standards in the latest bilateral FTAs: TTIP, CETA and EPA.

In the last two decades, in line with the US FTAs we saw, labour provisions in EU bilateral and multilateral trade agreements have widened and deepened. Over 80 per cent of agreements that

[1243] The US has 20 Bilateral Trade Agreements in force today: Israel 1985 (The United States-Israel Free Trade Agreement was the first FTA entered into by the United States), Canada 1989, Singapore 2003, Australia 2004, Morocco 2004, Chile 2004, Bahrain 2006, Oman 2009, Peru 2009, Jordan 2010, Colombia 2012, Korea 2012, Panama 2012.
[1244] https://betterwork.org/where-we-work/cambodia/.

came into force since 2013 contain such provisions[1245], in order to commit the parties to not lower their labour standards or derogate from labour law with a view to boosting competitiveness.

Social clauses have not only grown in number as to become a common trait of these trade agreements but have acquired great substantive and procedural complexity[1246].

This instrument intends to correct abusive practice and offer the dual advantage of improving the lot of workers in the exporting Countries and protecting the industries of the importing Countries against unfair competition. The insertion of a social clause in a trade agreement is actually commonly justified for three different grounds: a) the necessity of protection of labour right; b) the prevention of the negative effects of the so well known race to the bottom of social rights competition in the international market; c) the long-term stimulation of economy profits: trade agreements boost trade between members of the agreement, irrespective of the existence of labour provisions[1247]. As regards this last point, as demonstrated by the ILO, a trade agreement which includes labour provisions actually increases the value of trade by 28 per cent on average, similar to 26 per cent for an agreement without labour provisions[1248]. This confirms the essentially economic nature of the social clause, which deals with the regulation of competition and the preservation of the comparative advantages at the same time[1249], as it has been demonstrated that States with better social protection and higher wages would not be affected by the unfair competitions from States with low wages in the long term.

So said, the social clause deserves new attention, considering firstly, the European trend to conclude more and more multilateral free trade agreements, which clashes with the new protectionist policies from the US (and the UK); and secondly, as we will see, the tendency to include social clauses in FTAs as part of the Chapters generally dedicated to the Sustainable Development, with a progressive enhancement of the Sustainable Development model as a regulatory framework that can stabilize and institutionalize the link between social rights and free trade[1250], as in the case of TTIP (Transatlantic Trade and Investment Partnership negotiated with the US), CETA (Comprehensive Economic and Trade Agreement) and EPA (EU-Japan Economic Partnership Agreement). While TTIP negotiations are stopped for the moment (see below), CETA and EPA are the two last most important FTAs recently negotiated by the European Union with, respectively Canada and Japan, both on the top 10 of the list of Countries of trade with Europe[1251].

This new US protectionism could be considered as a paradox compared to the recent European

[1245] ILO, Studies on Growth with Equity, Assessment of Labour Provisions in Trade and Investment Arrangements, Report July 2016.
[1246] T. Treu, Globalization and Human Rights: Social Clauses in Trade Agreements and in International Exchanges among Companies, in A. Perulli, T. Treu (eds), *Sustainable Development, Global Trade and Social Rights*, Wolters Kluwer, 2018, p. 99.
[1247] Chen H., Social Clause in Trade Agreements and China's Experience, Beijing Law Review, 2015, 6, 1-8, p. 7.
[1248] ILO, *Studies on Growth with Equity, Assessment of labour provisions in trade and investment arrangements*, Report July 2016.
[1249] Perulli A., Sustainable Development, Global Trade and Social Rights: an Evolutionary Perspective, in A. Perulli, T. Treu (eds), Sustainable Development, Global Trade and Social Rights, Wolters Kluwer, 2018, p. 2.
[1250] See Perulli A., *Introduction*, in A. Perulli, T. Treu (eds), *Sustainable Development, Global Trade and Social Rights*, Wolters Kluwer, 2018, p. 2.
[1251] With regards to trade, Canada is the 10th country in the chart of total trade with EU, 11th for imports and 12th for exports, while Japan is the 6th country in the chart of total trade, 7th for imports and 6th for exports (Source: European Commission, Client and Supplier Countries of the EU28 in Merchandise Trade (value %), 2017, excluding intra-EU Trade).

boost to the FTAs negotiations[1252].

Firstly, with Canada (CETA has provisionally entered into force on September 2017, but it will enter info force definitely and fully when all EU Member States parliaments have ratified the Agreement) and Japan (EPA, the EU-Japan Economic Partnership Agreement was finalized on December 2017). Europe is then negotiating trade agreements with other Countries and regions around the world: if we consider Asia, there are FTAs on the table of negotiations with some ASEAN Member States: Singapore and Malaysia (negotiations were launched in 2010) Vietnam (June 2012), Thailand (March 2013), Indonesia and Philippines (2016) and Myanmar/Burma (last negotiations were in April 2017). Then, as regards Oceania, the EU is negotiating by 2017 with Australia and New Zealand, while for Latin America with MERCOSUR (last round on March 2018), Mexico (the FTA's text will be finalized by the end of 2018) and Chile (last round of negotiations was on January 2018)[1253].

Despite the opposite policies from the EU and from the US side, the EU is, together with the US, the biggest proponent of linking trade and labour provisions[1254]: the two giants of the opposite site of the Atlantic Ocean, even if with different tools and manners, have continued to include labour provisions in trade agreements, to reach a sort of social trade.

As a matter of fact, protectionism does not underlie the stronger social clause in trade agreements. If historically, social clause was considered an instrument put forward by industrialized Countries to raise tariff barriers blocking imports with competitive price advantages from developing Countries, thereby guaranteeing the market of the domestic companies[1255], is it possible to observe an increasing relevance of labour standards on the States free trade agenda, since the mid-2000s. All agreements, negotiated by both protectionist and by liberalist Countries, contains a provision stating explicitly that labour standards shall not be used for protectionist trade purposes, and that the parties should not waive or derogate from their domestic labour law to attract trade or investment.

This is justified also by a new scope and use of FTAs and consequently, of the social clause: FTA, signed to reduce or eliminate trade tariff or other trade blocks to international trades, are now seen as a solution to the crisis and then negotiated and concluded, not only with developing Countries, but, on the contrary, between (or among) peer economies, as EU, Canada, US and Japan[1256]. The exam of the recent trade policy demonstrated that the inclusion of labour provisions in FTA's is more and more legitimized in terms of human rights and in terms of sustainable

---

1252 European Commission, Overview of FTA and other Trade Negotiations, Updated May 2018.

1253 In addition, there are some candidate countries for Free Trade Agreements with the EU (Turkey, Bosnia and Herzegovina, Serbia, Morocco and Tunisia) and other Trade Negotiations with Armenia, Azerbaijan, Belarus, Kyrgyzstan, Uzbekistan, China (investment), Services (TISA), Green Goods, Trade in Agri-Food and Fisheries Products with EEA/ EFTA countries, Association Agreements with Andorra, Monaco and San Marino.

1254 Van Den Putte L., Orbie J., EU Bilateral Trade Agreements and the Surprising Rise of Labour Provisions, in International Journal of Comparative Labour Law, 31, n. 3 (2015), p. 263.

1255 Servais, J. (1989), The Social Clause in Trade Agreements: Wishful Thinking or an Instrument of Social Progress, in International Labour Review, 128, 423.

1256 Protectionism would disrupt production and increase costs and prices for consumers. European exports would become less competitive, putting even more jobs at risk 12. An increase in trade restrictions by 10 % is estimated to lead to a 4 % loss of national income 13. We would lose access to new products, services, technologies and ideas. By hitting the poorest hardest with price increases, protectionism would have the opposite of its desired effect. According to a recent study of 27 European and 13 other large

development, not to protect Countries from social dumping (not only) but to contribute, together, to a fair trade, promoting the integration of social provisions and trade liberalization[1257], planning an axiological oriented global order[1258].

EU's approach to labour rights and social standards in FTAs is relatively recent: in 1995 it adopted an approach involving both a withdrawal mechanism and an incentive mechanism for additional preferences, linking trade preferences and labour standards thanks to the Generalised Scheme of Preferences (GPS[1259]), which allows vulnerable developing Countries to pay fewer or no duties on exports to the EU, giving them vital access to the EU market and contributing to their growth. Over time, the approach has evolved and the levels of commitments have deepened and widened, although there remain important differences across agreements.

The content of the social provisions relates to social policy and labour rights or engage Countries in agreeing not to use social policies as protectionist trade measures. There are generally no enforcement mechanisms since most clauses are best endeavored in nature but nevertheless provide for an 'implementation' mechanism done through cooperation with its partner Countries and generally (but contrary to the GSP+[1260]) EU FTAs do not require the partner Countries to ratify ILO Conventions, although specific reference is made to the implementation of core labour standards. Besides an obligation to enforce labour laws, these provisions also require Countries not to reduce their levels of protection and encourage Countries to even raise their levels of protection, subject to a provision that this is not done for protectionist purposes. Labour issues are covered under the rubrics of 'social aspects', 'social matters', or, more recently, to that of 'sustainable development', as for the agreement with Japan.

In terms of implementation, contrary to the US approach, the EU adopts a more nuanced approach, with a preference for dialogue and capacity instead of the previsions of sanctions.

Let's then consider three of the most recent and important bilateral FTA's negotiated by the European Union: the TTIP, the CETA and the EPA and the EU social approach to those treatyes.

5.1. The social clause in the US-EU Trans-Atlantic Trade and Investment Partnership (TTIP).

The negotiations between the United States and the European Union, in order to stipulate a Transatlantic trade partnership (TTIP) of total liberalization of trade and investments between the

countries, the real income loss from closing off trade would be 63 % for the poorest households and 28 % for the richest, because the poor spend a higher share of their income on consumption (Fajgelbaum, P. D. and Khandelwal, A. K., 'Measuring the unequal gains from trade', Quarterly Journal of Economics, 2016.

[1257] A. Perulli, Fundamental Social Rights, Market Regulation and EU External Action, International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relation, 27, 41, 2014.

[1258] T. Novitz, Core Labour Standards Conditionalities: A Means by which to Achieve Sustainable Development? In J. Faundez, C. Tan (eds), International Economic Law, Globalization and Developing Countries, Edward Elgar, 2010, pp. 234 et seq.

[1259] The Community GSP scheme was actually introduced on 1 July 1971, applying the principles laid down in the UNCTAD generalized system of preferences, which differ from the standard GATT rules and the most-favoured-nation clause, and were authorized by GATT by means of a formal derogation decision, commonly known as the "enabling clause", which was first adopted on 25 June 1971 and renewed on 28 November 1979. The Community GSP scheme has, since its introduction, been regularly renewed, with a comprehensive review taking place every 10 years. The first such revision was implemented on 1 January 1981, and was followed by a more limited mid-term exercise on 1 January 1986. The 10-year revision scheduled for 1 January 1991 was postponed each year until 1 January 1995, when a new scheme, with a link between social provisions and trade, entered into force.

[1260] See further.

USA and the EU, are currently stopped, due to the change of international trade policies[1261].

The US is the main partner of EU trade, the second Country for imports (after China[1262]) and the first for exports[1263]. For this reason, those Countries started, on 2013, negotiations for a TTIP, a T*ransatlantic Trade and Investment Partnership*, in order to revise standards, to evaluate compliance and to promote regulatory cooperation in order to maintain high international standards and enhance normative compatibility in the various economic and productive sectors[1264].

Despite the success of the various rounds of negotiation, the change of US Presidency, on the starting of 2017, marks definitely a change of course on American trade policies.

First, with the stop to negotiations of the TTIP[1265] (and, more generally, of all the FTAs decided by Obama) and more recently, with the war on duties started by the US against EU: at the starting of June 2018, the Trump administration is putting steel and aluminum tariffs on U.S. allies European Union[1266] (as Canada and Mexico), and the EU has imposed countermeasures in response to the US actions, endorsing the decision to impose additional duties on the full list of US products notified to the World Trade Organisation (WTO).

Despite the stop to the TTIP, the analysis of the treaty deserves our attention as the TTIP represent a historic step towards the creation of a global market ruled by free trade principles. The FTA, once (and if) signed, will give way to a "normalization" of the regulative standards and promote commercial interchange and investments between the two most important economic areas in the world.

Even if its conculsion is uncertain at the moment, this treaty deserves a reflection as regards the approach and the method used by the two Parties during the negotiations, and in particular by the EU, as it represents a recent and concrete example of the building of a social right chapter in the ambit of a trade and investment treaty.

Under a strictly normative profile, TTIP aims to the revision of the standards and evaluations of compliance, enhancing the regulatory cooperation, in order to reach high international standards and to increase the normative compatibility within the various economic and productive sectors. The impact of this agreement in social and work-related terms might be remarkable for both continents. Under the influence of the liberalization of exchanges, it is believed that the TTIP may create hundreds thousand of new jobs, increase salaries and stimulate workers' mobility towards expanding productive sectors. In view of these optimistic economic growth perspectives, the TTIP raises a series of social concerns linked to the possible (de)regulative competition on fundamental

[1261] TTIP's future is uncertain because the last round of negotiations dates back to October 2016 and are currently on hold following the change of US Administration.

[1262] Negotiations of a comprehensive EU-China investment agreement were formally launched at the EU-China Summit of 21 November 2013 in Beijing. The aim of this agreement is to remove market access barriers to investment and provide a high level of protection to investors and investments in EU and China markets. It will replace the 26 existing Bilateral Investment Treaties between 27 individual EU Member States and China by one single comprehensive investment Agreement.
In 2016 the EU and China negotiators reached clear conclusions on an ambitious and comprehensive scope for the EU-China investment agreement and established a joint negotiating text. The 17th round of negotiations took place in Beijing in May 2018.

[1263] European Commission, Client and Supplier Countries of the EU28 in Merchandise Trade (value %), 2017, excluding intra-EU Trade.

[1264] Perulli A., Sustainability, Social Rights and International Trade: The TTIP, in The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations 31, no. 4 (2015), p. 473.

[1265] Negotiations are suspended with no chance to continue for the time being.

[1266] Those entities had been exempted from the 25 percent tariffs on steel imports and 10 percent tariffs on aluminum imports.

labour norms, that such a liberalization may be able to enact. The increasingly global processes of liberalization of exchanges and investments have produced alarming phenomena of social dumping, so far. They are closely linked to a pronounced increase of social inequalities, as a vast empirical literature shows, estimating the incidence of commercial exchanging, of capital transfer and migratory pressure on the increase of inequalities on salaries and on the emersion of new poverty areas in advanced Countries.

Those worries were augmented due to the initial provision of the ISDS (*Investor-To-State Dispute Settlement*) in the Treaty.

Scholars are debating on the effects of the TTIP, asking whether he TTIP, if concluded, will be the liberalistic instrument using commerce as a Troy Horse in order to dismantle the social protection, and to extend the deregulation, or if it will represent an occasion to re-launch the linkage between liberalization of exchanges and social rights, within a value line having its cultural and historical roots in the ILO Constitution[1267].

Regarding this matter, some crucial questions for labour law are arising at all levels of normative production (national, supra-national, international), as for each FTA signed: what will be the repercussions of such agreement on the system of national industrial relations of member States? What will be the impact on European workers' social rights? What will be the measures to be previously adopted to protect European (and national) social standards, in view of the entrepreneurial competition and the manpower of the USA? In order to answer these regulatory challenges, the TTIP negotiators will have to overcome the ambivalences that, most of all on the part of the USA, are traditionally connected to the relation between "free trade" and "labour" [1268], in order to conjugate the trade agenda with the new issues of value deriving from the de-nationalization of labour law, in the perspective – promoted by the European counterpart – of sustainable development.

We are dealing with needs that include different but convergent *ratios*, that refer both to the planning and the institution of an axiologically-oriented international order, able to correct the globalization's undesired social consequences, and to regulate the phenomena of the distortion of competition that obstructs the optimal allocation of resources.

This is why the TTIP shoud conceive a new model of "social clause" to be insertedwithin the TTIP's *corpus*, developing a confrontation among the experiences of commercial integration already present in the global market, not only in the field of similar processes of exchanges liberalization (NAFTA, *Free Trade Agreement*), but also in the field of unilateral Trade policies linked to the promotion of social rights, (see below about the Generalized System of Preferences (GSP) adopted by the USA and the EU).

5.1.1. The TTIP and Sustainable Development.

The TTIP negotiators decided to dedicate a chapter on *Sustainable Development and Trade (TSD Chapter)*, conceived not as an external or accidental element of the agreement, but, on the con-

[1267] Cfr. Perulli A., *Sustainability, Social Rights and International Trade: The TTIP, in IJCLLIR,* 2015, vol. 32, pp. 473-49.

[1268] For historical reference, see ETHAN B. KAPSTEIN, *Sharing the Wealth. Workers and the World Economy*, trad it. *Governare la ricchezza. Il lavoro nell'economia globale*, Carocci editore, 2000.

trary, to "involve all the areas of the negotiated agreement". The aims of sustainable development was declared from the beginning of negotiations, starting from the *Directive of negotiation on transatlantic Partnership for exchanges and investments between EU and USA* (17th June 2013). These Directives stated that the TTIP's preamble must take into account that "the partnership with USA is based on principles and common values that must be coherent with the principles and the aims of the external action of the Union", and contain also: 1. shared values as human rights, fundamental freedom, democracy and state of law; 2. the responsibility of the parties in favour of sustainable development and the contribution to international trade to sustainable development as regarding its social, environmental and economic aspects, economic development, full, productive and decorous employment, as well as the protection and conservation of environment and natural resources; 3. The right of the parties to undertake the measures intended to realize legitimate objectives of public policy on the basis of the level of health, safety, workers, consumers and environment protection, as well as the promotion of diversity of cultural expressions.

There are some precedents in the adoption of external relationships in the EU, having as an aim sustainable development, as it has been for the CETA (Canada and European Union FTA) and are certainly useful to formulate the TDS chapter within the TTIP. As a matter of fact, the EU has long since adopted a regulation model intended to combine trade liberalization and respect of social rights through the Generalized System of Preferences (GSP) [1269], the preferential and non-mutual treatment granted to developing Countries in the field of trade exchanges, notwithstanding the GATT normative [1270] (see further).

The TTIP analysis is useful for our reflections on the protection of social rights in the ambit of free trade as the main points of the Chapter on Sustainability (which will probably called "Trade and Sustainable Development Chapter") should be the following:

a) *Provision for a mechanisms of Sustainability Impact Assessment (SIA) of TTIP in social matters.*

The Sustainability Impact Assessment (SIA) is a DG Trade-specific tool for supporting major trade negotiations which provide the Commission with an in-depth analysis of the potential economic, social, human rights, and environmental impacts of ongoing trade negotiations.In the field of the 2020 strategy, the EU has provided for all trade initiatives, the activation of economic, social and environmental impact assessments, with "specific attention to wide consultations and the involvement of the society in the sustainability impact assessment that will be implemented in the course of the trade negotiations" 1271. This impact assessments can therefore legitimately be included within the social aims of TTIP, largely contributing to re-balance the confrontation between social rights and economic freedoms. The *Counsel Negotiation Directives* are then laid in this perspective, providing for a SIA, aimed to verify the TTIP's impact on a social, economic and

[1269] F. PANTANO, R. SALOMONE, *Trade and Labour within the European Union Generalized System of Preferences*, Jean Monnet WPS, New York University School of Law, 2008.

[1270] See T.M. FRANCK, *Fairness in International Law and Institution*, Oxford, 1995, p. 58.; L. BARTELS, C. HABERLI, *Binding Tariff Preferences For Developing Countries Under Article II GATT, in Journal of International Economic Law*.

[1271] Communication of the Commission to the European Parliament, to the Counsel, to the Social and Economic European Committee and to the Region Committee, "Trade, Growth and World business. Trade Policy as an essential component of 2020 EU Strategy". COM (2010) 612 def.

environmental basis, during the course of the negotiation to which the society and all the components specified in the agreement will participate (point 33).

The assessment of the TTIP's social consequences should disregard the terms of drawing up of the agreement, and represent a permanent mechanism able to supply *ex ante* and *ex post* indications on the effects of the Chapter on Sustainable development, providing *follow up* sessions able to indicate the measures to be adopted in order to guarantee the expected results [1272]. Besides, this monitoring impact assessment activity should combine with additional *review* and *follow up* mechanisms, to be considered in the agreement. They should include mutual learning and circulation of good procedures, to be adopted on the basis of shared guidelines, in the field of an open coordination mechanism, on the basis of the EU (MAC) directives to coordinate the labour policies of member States [1273].

In March 2017, the European Commission published its position paper on the Sustainability Impact Assessment in support of negotiations of the TTIP[1274], where it is stated that from the perspective of potential impact on social human rights if the projected economic and social results can be obtained with full respect for social and economic human rights TTIP is not expected to have a negative effect on social and economic human rights in the long run – as long as labour and social rights and levels of social protection are upheld or increased. In the short-run labour displacement could put pressure on the human right to an adequate living as workers move from one sector to the other. However, the wage data suggest that most mobility will be a consequence of workers being drawn into growing sectors that offer higher wages, as opposed to being made redundant against their will.

With regards to the ratification of the ILO Core Labour Conventions (the EU has ratified all eight ILO Fundamental Labour Conventions, while the US ratified only two), the SIA clarifies that there will clearly be little impact on the EU, but for the US there are major roadblocks in terms of US law and practice that will impede ratification of these ILO conventions within the context of the TTIP negotiation. TTIP is unlikely to lead to the signing of any other ILO Fundamental Conventions (other than Convention 111, which has already been presented to Congress) as ratification by the Senate, requiring a two-thirds majority, is improbable. The EU proposal for the Sustainable Development chapter includes sustainable commitments on labour standards that are comparable to the ILO's core conventions, as well as very high standards in other areas. These will become legally binding when TTIP enters into force.

b) *Provision for a mechanism of permanent monitoring on the social effects of the agreement.*

Further, the TTIP should contemplate an adequate implementation mechanism of the agreement, aimed to monitor its effectiveness and the fulfillment of the duties deriving from it, with particular reference to provisions of *compliance* with international obligations (ILO's Declaration

---

[1272] Also according to K. LUKAS e A. STEINKELLNER, *Social Standards in Sustainability Chapters of Bilateral Free Trade Agreements*, p. 11, "A continuous repeated review of the impact of the agreements is also required".

[1273] In this perspective see also T. TREU, *Labour and Industrial Relations in the transatlantic Free Trade Agriments guidelines*, Speech at 21st Nov 2013 meeting at Italian Cultural Institute in New York.

[1274] European Commission, European Commission services' position paper on the sustainability impact assessment in support of negotiations of the Transatlantic Trade & Investment Partnership between the European Union and the United States of America 31 March 2017. http://www.trade-sia.com/ttip/wp-content/uploads/sites/6/2017/03/TSIA-TTIP-Final-Report-03-17.pdf.

on fundamental social rights). In this perspective, the agreement should contemplate the constitution of an independent *committee of experts*, with an ILO member with consultative function and having the following roles: a) editing of periodic reports on the state of effectiveness of social standards, to be compiled taking into consideration the information transmitted by governments and other institutions; b) gathering and assessing any *complaint*, editing recommendations, promoting consultative forums to exchange information among governments, social parties and other *stakeholders* (on NAALC model); c) with reference to the latter, the transatlantic communication should be duly institutionalized through the creation of a *Forum for Trade Investment and Sustainable Development*, which should regularly represent the location where the social matters linked to the TTIP should be publicly discussed. We need to observe, on the USA side, that an interest in monitoring related to promoting effectiveness profiles of the commitments undertaken in the trade field, is at the basis of USA's foreign policies in *trade and investments.*

c) *Social Clause*

Although the agreement in matter of labour may be conceived in wider and more ambitious terms than a mere "social clause", and it may by all means provide for *soft* mechanisms of spreading of good praxis among the parties, my opinion is that the TTIP should contain also an actual *social conditionality clause*, to be implemented in the field of the mechanisms of enforcement of the agreement and, in particular, to be appealed before a *dispute settlement body*, on the model of WTO [1275] and of what provided by the FTAs. An authoritative indication about the above mentioned topic, relative to the adoption of a real social clause, with the contemplation of any possible trade sanctions, can be found on the *Counsel Negotiation Directives*, where it is indicated that "*the agreement must include a clause on general exceptions, inspired by art. 20 and 21 of the GATT*" (art. 12).

As we have already mentioned, thanks to art. XX of the GATT, which deals with a dispensation regime named "general exceptions", a reserve of domestic jurisdiction in favour of the single Countries is adopted. They are authorized to prepose some national politic interests to the obligations deriving from trade liberalization agreements. In particular, the norm allows the parties to adopt restrictive measures concerning exchanges that are justified by considerations relative to the protection of *public moral*, of *life and health* of people, animal and plants, to the respect of laws and internal regulations, to the defence of environment and natural resources, to the protection of the artistic heritage, and of the consumer, for reasons connected to the trading of *commodities produced in jail*. Therefore, thanks to the art. XX of the GATT, States are authorized to adopt restrictive measures of international trade (restrictions to exportations: embargo, or to importations: boycott) in order to protect their markets from the introduction in the internal market of products realized with low-cost workforce [1276]. Indeed, the reference contained in the *negotiation Directives* to the necessity of contemplating in the TTIP a clause on "general exceptions" inspired to art. XX of the GATT can represent an important occasion of reflection for negotiators, in the editing of a series of general exceptions linked to the respect of the commitments undertaken in the chapter dedicated to labour and sustainability: they should recognize to the

[1275] See E.-U. PETERSMANN, *The Transformation of the World Trading System through the 1994 Agreement Establishing the World Trade Organization*, in European Journal of International Law, Vol. 6, No. 2, 1995, p. 207 The literature on this issue is extremely huge.
[1276] Cfr. *Wto Appellate Body «]apan-Taxes on A/coho/ic Beverages»*, report 4th October 1996, Dor. *Wl'/OS8/ABIR,* e *«Canada-Certain Measures Concerning periodicals»*, Doc. *Wl'/OS31/ABIR*.

parties the faculty of taking the appropriate trade measures against the violation of fundamental social rights and social *dumping*.

5.2. Labour Provisions on CETA: the "Trade and Labour" Chapter.

The importance of the CETA is linked both to the central position of transatlantic trade and to the historic relations also in social traditions between the two areas[1277].

In the CETA, as all the other recent FTAs, the Parties recognise that it is inappropriate to encourage trade or investment by weakening or reducing the levels of protection afforded in their labour law and standards and they shall waive or derogate from its labour law and standards, to encourage trade or the establishment, acquisition, expansion or retention of an investment in its territory, or, again, shall not fail to effectively enforce its labour law and standards to encourage trade or investment[1278].

As we can see, the Parties use, as it is for most of the FTAs recently concluded, an aspirational language, and, despite the commitment to keep the levels of protections for workers, it remains the problem to find the proof to show a link between the lowering of domestic labour standards and the intention to encourage trade or investment.

What is new, is the position of these provisions in the text, which suggests, as we will see, a new function of this tool in the context of free trade.

As a matter of fact, those social clauses are inserted in Chapter 23, dedicated to "Trade and Labour". We should observe that the previous Chapter (22), is entitled "Trade and Sustainable Development", while the Chapter 24 "Trade and Environment".

Since 2008, the EU's FTAs have included 'sustainable development' chapters: the first agreement was the EU-CARIFORUM Economic Partnership Agreement with the Carribean Forum[1279], which contains numerous provisions relating to aspects of sustainability and human rights.

Partly inspired by US and Canadian FTAs, these three chapters contain obligations requiring signatory Parties to comply with labour and environmental standards (including ILO core labour standards), and, conversely, not to use labour and environmental regulation as a means of economic protection. It is worth to note that while the EU tends to combine these issues under one single sustainable chapter, the US and Canada deal with labour and environment issues in two separate chapters in their FTAs. As a result, the EU-Canada FTA contains three chapters to cover these issues: one on labour, one on the environment, and one on sustainability.

The intention of EU and Canada is to recognize that economic development, social development and environmental protection are interdependent and mutually reinforcing components of sustainable development and reaffirm their commitment to promoting the development of international trade in such a way as to contribute to the objective of sustainable development, for the welfare of present and future generations[1280].

[1277] T. Treu, Globalization and Human Rights: Social Clauses in Trade Agreements and in International Exchanges among Companies, in A. Perulli, T. Treu (eds), *Sustainable Development, Global Trade and Social Rights*, Wolters Kluwer, 2018, p. 109.

[1278] Article 23.4 CETA, Upholding levels of protection.

[1279] Schmieg E., Human Rights and Sustainability in Free Trade Agreements. Can the Carifourm-EU Economic Partnership Agreement Serve as a Model? In German Institute for International and Security Affairs, SWP Comments n. 24, May 2014.

[1280] Art. 22.1, par. 1, CETA.

Consequently, the implementation of Chapters Twenty-Three (Trade and Labour) and Twenty-Four (Trade and Environment), the Parties aim to: (a) promote sustainable development through the enhanced coordination and integration of their respective labour, environmental and trade policies and measures; (b) promote dialogue and cooperation between the Parties with a view to developing their trade and economic relations in a manner that supports their respective labour and environmental protection measures and standards, and to upholding their environmental and labour protection objectives in a context of trade relations that are free, open and transparent; (c) enhance enforcement of their respective labour and environmental law and respect for labour and environmental international agreements; (d) promote the full use of instruments, such as impact assessment and stakeholder consultations, in the regulation of trade, labour and environmental issues and encourage businesses, civil society organisations and citizens to develop and implement practices that contribute to the achievement of sustainable development goals; and e) promote public consultation and participation in the discussion of sustainable development issues that arise under this Agreement and in the development of relevant law and policies (art. 22.1, par. 3, CETA).

It is easy to observe that Labour and Environment are treated and considered of the same value, as it is suggested by the same concept of Sustainable Development the three dimensions (also called "pillars") of Sustainable Development, (social, environmental and economic one) are of the same importance and mutually reinforcing[1281], and it is assumed that Sustainable development is only possible if all these pillars are taken account of.

5.2.1. CETA and ILO provisions.

The CETA labour chapter "Trade and Labour", contain also some obligations dealing with the ILO but, differently from the past FTAs, they do not refer directly to the ILO's Fundamental Conventions. Rather, reference is made to the ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work and its Follow-up (1998), to the ILO Declaration on Social Justice for a Fair Globalisation (2008) and to the ILO Decent Work Agenda.

The commitment is to respect (a) freedom of association and the effective recognition of the right to collective bargaining; (b) the elimination of all forms of forced or compulsory labour; (c) the effective abolition of child labour; and (d) the elimination of discrimination in respect of employment and occupation but also (a) health and safety at work, including the prevention of occupational injury or illness and compensation in cases of such injury or illness; (b) establishment of acceptable minimum employment standards for wage earners, including those not covered by a collective agreement; and, (c) non-discrimination in respect of working conditions, including for migrant workers (art. 23.3, par. 4) but there is no special and direct reference to the ILO Conventions.

Despite the lack of reference or mention to the ILO Core Convention, each party reaffirms its commitment to effectively implement in its law and practices in its whole territory the fundamental ILO Conventions that Canada and the Member States of the European Union have ratified respectively and the Parties "shall make continued and sustained efforts to ratify the fundamental ILO Conventions if they have not yet done so".

[1281] Treu T., *Labour Law and Sustainable Development*, WP CSDLE "Massimo D'Antona".INT-130/2016; Cagnin V., *Diritto del Lavoro e Sviluppo Sostenibile*, Cedam Wolters Kluwer, Milano, 2018.

5.2.2. CETA and Monitoring of Implementation.

In line with the soft European approach in terms of sanctions, the EU and Canada did not insert in the agreement a special mechanism for sanctions in case that labour commitments are not respected. The Parties decided to foresee a special Committee, the *Committee on Trade and Sustainable Development*, which shall oversee the implementation of those Chapters and can also carry out its duties through dedicated sessions comprising participants responsible for any matter covered by the Chapter on Trade and Labour (as well as for that on Trade and Environment). Any decision or report of this Committee shall be made public and the Committee shall present updates on the implementation of the Chapter to the Civil Society Forum.

This Forum is composed of representatives of civil society organizations established in their territories and shall be convened once a year unless otherwise agreed by the Parties. The Parties shall promote a balanced representation of relevant interests, including independent representative employers, unions, labour and business organisations and environmental groups (art. 22.5 CETA).

In particular, with the involvement of trade unions, through the Civil Society Forum, social clauses can become in this way a mean to spread practices of transnational collective bargaining at a regional level, promoting the social dialogue between European and Canadian social partners. At the same time, this Forum could be the way to overcome the aspirational language used (i.e. parties "shall not derogate…") and would facilitate the court or the inspectorate's intervention in labour disputes, reinforcing thus the effectiveness of these social provisions, which lack, of a specific sanctions mechanism.

As a matter of fact, social dialogue is recognized as an important issue: they also recognise the importance of social dialogue on labour matters among workers and employers, and their respective organisations, and governments, and commit to the promotion of such dialogue (Art. 23.1 CETA). In this perspective, the Social Clause could be considered as a tool to improve international social dialogue, as the parties of a FTA recognise the importance of social dialogue on labour matters among workers and employers, and their respective organisations, and governments, and commit to the promotion of such dialogue.

5.3. Labour Provision on EPA: the "Trade and Sustainable Development" Chapter.

EU-Japan Economic Partnership Agreement (EPA)[1282] is the biggest bilateral trade agreement ever negotiated by the European Union: EU firms already export over €58bn in goods and €28bn in services to Japan every year.

The EU-Japan economic partnership agreement comes at a time of US President Donald Trump's erratic trade policy. This trade agreement with a strategic ally can send a strong message in favour of an open and rules-based trade order. In addition, it gives the EU trade agenda a strong opportunity to take the lead in the Asia-Pacific region. The Economic Partnership Agreement will open huge market opportunities for both sides, strengthen cooperation between Europe and Japan in

[1282] The EU-Japan Economic Partnership Agreement was submitted for the approval of EU Member States on 18 april 2018. Once approved by the Council, the agreement will be sent to the European Parliament. The text of the Agreement is available here: http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2017/december/tradoc_156423.pdf.

a range of areas, reaffirm their shared commitment to sustainable development, and include for the first time a specific commitment to the Paris climate agreement.

All the labour clauses (or provisions) are inserted in Chapter 15 "Trade and Sustainable Development", thus following the EU's approach.

This chapter is in line with the level of ambition of the chapters concluded in others recent EU FTAs. Notably, at the starting of the Chapter, EU and Japan recognise that its purpose is to strengthen the trade relations and cooperation between the Parties in ways that promote sustainable development and they clarify, first of all, that the agreement "is not to harmonise the environment or labour standards of the Parties" (Art. 16.1, par. 2, EPA).

Then, the Chapter provides for commitments like the prohibition of relaxing domestic labour laws to attract trade and investment ("The Parties shall not encourage trade or investment by relaxing or lowering the level of protection provided by their respective environmental or labour laws and regulations. To that effect, the Parties shall not waive or otherwise derogate from those laws and regulations or fail to effectively enforce them through a sustained or recurring course of action or inaction in a manner affecting trade or investment between the Parties", art.16.2, par. 2), nor for discrimination or restrictions to trade's purpose: ("The Parties shall not use their respective environmental or labour laws and regulations in a manner which would constitute a means of arbitrary or unjustifiable discrimination against the other Party, or a disguised restriction on international trade", art. 16.2, par. 3).

5.3.1 EPA and ILO provisions

EPA refers to the commitment to the key international instruments on labour, such as the effective implementation of the 4 groups of ILO core labour standards as covered by the 1998 ILO Declaration on Fundamental principles and Rights at Work, a continued and sustained progress towards ratification of non-ratified fundamental ILO Conventions (art. 16.3, International labour standards and conventions).

Thus, in this case, the ratification of the ILO Convention has not been a condition, a prerequisite for the negotiations of a bilateral trade agreement with the EU.

5.3.2. EPA and Monitoring of Implementation.

The Agreement, as CETA did, constitutes a Committee on Trade and Sustainable Development (art. 16.13), which shall be responsible for the effective implementation and operation of this Chapter, (a) reviewing and monitoring the implementation and operation of the Chapter and, when necessary, making appropriate recommendations to the Joint Committee (representatives of both Parties) for its consideration, (c) interacting with civil society (independent economic, social and environmental stakeholders, including employers' and workers' organisations and environmental groups) on its implementation and (e) seeking solutions to resolve differences between the Parties as to the interpretation or application of this Chapter.

The EPA provides to include mechanisms for the involvement of civil society in the implementation of the chapter, both domestically (consultation of "domestic advisory groups[1283]") and jointly ("joint dialogue with civil society", which means independent economic, social and environmental

[1283] Also foreseen on CETA, art. 24.13.

stakeholders, including employers' and workers' organisations and environmental groups); and a tailored mechanism for the resolution of disputes, including governmental consultations and recourse to an independent panel of experts[1284].

6. The Generalized Preferences System: the EU experience as an exemplar model of positive linkage between international trade and social rights.

After this reconstruction of the framework of social provisions in the latest FTAs, we can observe that it is difficult to see a real enforcement mechanism in order to oblige parties to respect all the important commitments taken in terms of social rights. If it is true that, both for CETA and EPA (as for the TTIP), labour provisions have widened and deepened compared to the past, but we need to observe that they are mostly cooperative and non-binding provisions.

FTAs use an aspirational language, and for this reason labour provisions risk to lack of an effective remedy to labour violations or of a valid deterrent. This is, unfortunately, in line with the EU traditional policies.

As a matter of fact, the only agreement where economic and clear sanctions are imposed, is the EU Generalised System of Preferences (GSP), an exemplar model of positive linkage between international trade and social rights in the European external action[1285]: in this context, any of the GSP Industrialized Countries, on request by the UN, have granted a preferential and non-reciprocal treatment to developing Countries in matter of trade exchanges. Such scheme, (GSP), by granting a facilitated access in the European Market to commodities coming from weak territories, represents a mechanism of distributive justice in the system of international trade with a general extent.The EEC has matter-of-factly granted since 1971, notwithstanding the GATT-WTO normative that provided for a unique system of preferences, some generalized tariff preference for industrial finished and semi-finished commodities coming from developing Countries, authorizing a more advantageous customs treatment compared to the one normally practiced, and consisting in the total or partial elimination of import duties.

Twenty years after the concession of the above-mentioned measure, the Council, being aware of the positive results achieved in the course of time, has adopted the Reg. 3281/1994. In the new regulation, the need to co-relate international trade with the respect of fundamental social rights overwhelmingly emerges and, in this sense, the tariff-related instrument shows great potentialities. On the same line are the following regulations [1286].

Initially, there were two types of measures provided by the 1994 Regulation.

First of all, the advantages are to be temporarily, totally or partially cancelled in case the Country involved resorts to forced labour, in accordance with the ILO's Conventions on the matter [1287], as well as in case of exportation of commodities produced in jail. The temporary cancellation is not automatic, but it will be active after a procedure that may be activated through a report of the violation to the Commission.

[1284] European Commission, EU-Japan EPA – The Agreement in Principle, 6 July 2017 - report submitted to Member States and to the European Parliament, available at: http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2017/july/tradoc_155693.doc.pdf

[1285] Perulli A., Clausola Sociale, Enciclopedia del Diritto, Giuffré, 2014, vol. VII, pp. 187-211.

[1286] Reg. n. 1154/1998, Reg. n. 2810/1998, Reg. n. 2501/2001, Reg. n. 980/2005, Reg. n. 732/2008, Reg. n. 1063/2010, Reg. n. 978/2012.

[1287] 1930 Convention n. 29 on forced and mandatory labour; 1957 Convention n.105 on the abolition of forced labour.

If, in this case, we are dealing with a negative sanction, the second measure provided by the Regulation is, on the contrary, a promotional sanction, which consists in the concession of a special "regime of stimulation", whose aim is to promote the addressee Countries in the adoption of more advanced social policies.

Starting from 1st January 1998, following the Reg. n. 1154/98, some additional preferences was granted (equal to an *extra* 20%) to those Countries already admitted to the GSP, which prove to have adopted – and actually implemented – the eight fundamental Conventions of the ILO

Even though the GSP is unilaterally adopted by the EU, it is important to underline that the Council grants the potential extra-measures on the basis of criteria that must be acknowledged and shared at international level, as well as by reason of a report of the Commission that keeps into account the results of the surveys carried out by the ILO, the WTO and the OECD.

In this way, we have the promotion of an unprecedented mechanism of control based on the cooperation among several international organizations, which could be considered as the potential backbone of a system of promotion of any hypothesis of future insertion of social clauses in trade treaties. Given the specific reference to the ILO's Conventions, the European System results as particularly virtuous and inclined towards an international trade policy complying with fundamental social rights.

The following Regulation (EC) n. 732/2008 of the Council [1288] has then simplified the special regime of subsidization, by substituting the three previous regimes with the current two: the special regime in favour of developing Countries and the special subsidization regime of "sustainable development and good governance", acknowledged only to the Countries that have "ratified and effectively applied" the Conventions referring to the attachment III (among which we have the 8 ILO's fundamental Conventions) and that commit themselves to "maintain the ratification of the Conventions and of the relative laws/measures of implementation and to accept periodical assessments and re-examinations of the application, complying with the provisions of implementation of the ratified Conventions".

Actually, Regulation n. 978/2012 [1289] provides for a general regime, and two special regimes, that is to say the special regime of subsidization for sustainable development and *good governance* and the one in favour of less developed Countries.

The first special regime (GSP+) is an agreement of particular subsidizations for sustainable development and good governance that recognizes total exemption from customs tariffs for commodities entering the EU's market for Countries that have ratified and implemented a series of Conventions of the ILO and the UN in matter of labour and human rights, and in matter of environment and of *good governance*, and that accept a constant monitoring.

The second special regime, which provides for the cancellation of customs tariffs, is called EBA,

[1288] Regulation (EC) n. 732/2008 of the 22nd July 2008 Council, relative to the application

[1289] EU Regulation n. 978/2012 of European Parliament and of 25th October 2012 Council, relative to the application of a system of generalized tariff preferences and that abrogates the EC Regulation 732/2008 of Council. The Regulation 732/2008 provided for a scheme of generalized tariff preferences for the period from 1st January 2009 to 31st December 2011, extended to 31st December 2013 by the GSP *Roll-over Regulation*, Regulation n. 512/2011. The new Regulation is active from 1st January 2014.

which stands for *Everything But Arms*: such program, reserved to less developed Countries, guarantees the total cancellation of customs tariffs for all products coming from such Countries, except for weapons.

With this new Regulation we see the concentration of tariff preferences "on the support to developing Countries more in need in the field of development, trade and finance" .[1290]. The goal is to strengthen the subsidizations for the respect of fundamental human and labour rights, the environment and good governance norms through the GSP system, increasing its predictability, transparency and stability: in this sense, the length of the programme is increased from 3 to 10 years, with the exception of the EBA, which has no deadline.

7. The US Preference Programs.

The USA adopt different agreements in order to support third Countries, especially developing Countries, allowing a preferential access to the USA's market.

One of the most relevant preferential programmes is the GSP (Generalized System of Preferences) instituted by the 1974 *Trade Act* to promote economic growth in the developing Countries and was implemented on January 1, 1976[1291], and recently extended[1292].

The USA system of generalized preferences is a programme intended to promote economic development and growth in the developing World: it supplies a preferential exemption from customs tariffs for more that 3000 commodities coming from 120 beneficiary Countries (including many least-developed beneficiary developing Countries (44)[1293].

In the original 1974 text of the *Trade Act* were already indicated the reasons that could justify the exemption form the tariff benefit (in particular for Countries with dictatorial regimes, that is to say they did not cooperate within the international war to drug trade, or they were still considered as supporters of international terrorism). With the 1984 amendment, other causes of exclusion were added: the most relevant was the social clause stating that the Countries aspiring to the preferential regime must prove to being complying with internationally recognized labour *standard*s. Actually, a GSP beneficiary must have taken or is taking steps to afford internationally recognized worker rights, including 1) the right of association, 2) the right to organize and bargain collectively, 3) a prohibition on the use of any form of forced or compulsory labour, 4) a minimum age for the employment of children, and a prohibition on the worst forms of child labour, and 5) acceptable conditions of work with respect to minimum wages, hours of work and occupational

---

[1290] Recital n. 7 of Reg. 978/2012. The new Regulation intends to reduce, starting from 1st January 2014, the benefitting Countries of the preferential system, from 176 to 89. The Countries that already have a different preferential access to the EU's market will be excluded, that is to say the Countries that the World Bank ranked as "high-income or medium-high income" Countries, in the course of the three consecutive years immediately prior to the up-date of the list of benefitting Countries.

[1291] U.S. Generalized System of Preferences Guidebook, Office of the United States Trade Representative Executive Office of the President Washington, D.C., March 2017, https://ustr.gov/sites/default/files/gsp/GSP%20Guidebook%20March%202017.pdf.

[1292] On March 23, 2018, the President signed into law H.R. 1625 (Public Law 115-141), the "Consolidated Appropriations Act, 2018," which in addition to providing full-year federal appropriations through September 30, 2018, extended GSP with retroactivity, for goods entered or withdrawn from warehouse for consumption from January 1, 2018 through December 31, 2020. The new Act also provided for the retroactive refund of all duties (without interest) to the importer of record (IOR) on GSP-eligible goods entered during the January 1, 2018 through April 21, 2018 lapse period.

[1293] See General Note 4 of the U.S. Harmonized Tariff Schedule for the most up-to-date number of GSP beneficiaries: https://hts.usitc.gov/current

safety and health. A GSP beneficiary must implement any commitments it makes to eliminate the worst forms of child labour.

In 1985, the USA elabourated an additional programme of tariff preferences, contained in the 1985 *Overseas Private Investment Corporation Amendment Act*. There was the constitution of a Governmental Agency, controlled by the State Secretariat, in charge of supplying services of financing and insurance of capitals coming from North-American companies and employed in projects of foreign investments (most of all in developing Countries). Also in this system we have a social clause stating that "the company may ensure, re-assure, guarantee or finance a project only if the Country involved proves its compliance with internationally recognized labour rights".

We need to highlight the interventions of the USA's Government in order to favour the economic development of the Countries facing the Caribbean Basin. On the basis of the *Caribbean Basin Initiative (CBI)*, the missing compliance with internationally recognized social rights is impedimental to the conservation or the *ex novo* attribution of the relative tariff concessions.

In the same perspective is to be read the *African Growth and Opportunity Act,* promoted in 2000 in order to guarantee a *duty free* treatment to the commodities coming from 40 States of sub-Saharan Africa, in view of the respect of a series of standards also in matter of labour.

8. Fundamental social rights in the external action of EU.

As we have seen in the previous paragraphs, if the operational justification on which the social clause is founded results as difficultly practicable by the State at a multilateral global level, on the contrary, it appears as functional to the development of the regional and/or bilateral integration. As a matter of fact, we find again important examples of social conditionality both in the field of the European construction, and in the framework of the North-American Trade Integration (and, in particular, centre-south-American), and in the bilateral Free Trade Agreements, which confirm the will of States to affirm the linkage between social rights and international trade, overcoming the several ambiguities within the previous trade treaties [1294].

In the European construction, the social harmonization has been conceived since its inception as functional to avoid forms of dumping and competition distortions founded on normative disparities, judged as inconvenient with regards to the project intended to ensure a harmonious development of the internal market. For this reason, the European social law has followed a functionalist rationality, instrumental to the service of the common market. Within a functionalistic vision of integration, the aim established by the common market's founders was to avoid a competition to the bottom in the application of social standards, contrasting the ongoing deregulation due to structural deficits and to the lack of common references to a minimum threshold of fundamental social rights.

Currently, the functionalistic vision of integration is being overcome thanks to the redefinition of the basic normative references of treaties – particularly after Amsterdam – and to the constitutionalisation of fundamental social rights. The field of social rights has progressively broadened and the

[1294] See. M.A. CABIN, *Labour Rights in the Peru Agreement: Can Vague Principles Yield Concrete Change?*, in *Columbia Law Review*, 2009, p. 1047 s.; for a synthetic analysis see K. LUKAS, A. STEINKELLNER, *Social Standards in Sustainability Chapters of Bilateral Free Trade Agreements*, Ludwig Boltzmann Institute, Wien, June 2010.

consideration of such rights – from being subordinate, to take part in the process of economic construction of Europe – has considerably increased to get to an equal level with the basic principles of economic integration. Forced to penetrate the communitarian juridical order thanks to the activity of the Court of Justice, social rights have then established themselves in the Charter of fundamental social right of the EU, becoming, with the Lisbon Treaty, common constitutional references in social matters. In this way, they were able to lay the normative basis to overcome that sort of schizophrenia consisting in the promotion of the respect of fundamental social rights in the framework of external relations, as well, as for example, with the Generalized Preference System, observing structural deficiencies in the internal field. The cyclical sequences of events of the so-called European Social model outline a scenario where the issues of labour and employment never came before the scenario of the market integration, related to strictly economic values and for these reasons at the basis of a growing mistrust and scepticism of European citizens towards Europe and its institutions [1295]. Nevertheless, with the development of a "holistic" conception of European integration [1296], culminating in the Lisbon Treaty, the goals of full employment, social progress and social cohesion are definitely re-launched in the perspective of a new "strongly competitive social market economy", characterized by the fight against social discrimination and exclusion, and in favour of the equality between men and women, of inter-generational solidarity and of the protection of minors' rights.

8.1. Social rights in the construction of the EU: the perspective of the horizontal social clause.

In pursuing these non-trade goals, the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU) contemplates, for the first time in the history of the European integration, a provision, defined by commentators as a "horizontal social clause" (art. 9), that is the expression of a new *Social Mainstreaming* in the field of a strengthening of the above mentioned axiological orientations, expressed by the art. 2 and 3 of the TFEU. It is evident that with such provision, to which the Commission attributes a fundamental value [1297], we are facing goals that include social and personalistic values that become part of the economic fabric and that do not result as dismissible in the intention to promote a balanced and sustainable development of the market. The clause introduces a sort of social conditionality in the "actions" and in the "policies" of the EU, consisting in respecting obligations deriving from the compliance with social values: it establishes, in fact, that "in the definition and the implementation of its policies and actions, the EU keeps into account the needs linked to the promotion of an elevated level of employment, the guarantee of an adequate social protection, the fight against social exclusion and an elevated level of education, training and protection of human health". This principle of social conditionality is reconnected with other horizontal clauses in the Treaty, relative to the equality between men and women, the protection of environment and the protection of consumers and the fight against discrimination (art. 8, 10, 11, 12 TFEU). Although the expression "keeps into account" is less intense with regards to other provisions contained in these final horizontal clauses (in particular the one referring to

[1295] For a general overview see S. SCIARRA, *L'Europa e il lavoro. Solidarietà e conflitto in tempi di crisi*, Laterza, Roma-Bari, 2013.

[1296] See P. CRAIG and G. DE BURCA, *EU Law: Text, Cases and Materials*, Oxford, OUP, 2008.

[1297] Communication of the Commission to the European Parliament, to the Council, to the Social and Economic Committee and to the Committee of COM Regions (2010) 608 def.

the art. 11, according to which the needs linked to the protection of environment "must be integrated" in the definition and in the implementation of the policies and actions of the EU), the perceptive value of the social clause is obtained both from its collocation in the title II (Provisions having General Applications) [1298], and from the essentiality with regards to the action of realization of the paradigm of market social economy, otherwise destined to lacking in meaning or to being merely programmatic. Commentators should move in this perspective within the discussion whether the horizontal social clause has prevailingly political and/or interpretative orientation value for Courts and address value for the EU's organisms, or whether we may hypothesise a precise justiciability pertaining to the horizontal social clause. In fact, only if the this option prevails, the art. 9 of the TFEU may correctly be included among social clauses in a strict sense, characterized by a sanctionatory *lato sensu* component, which overcomes the perspective of the mere *moral suasion* in giving shape to the economic activity. In this sense, it is important to point out that the clause imposes to the institutions of the EU, and in particular to the Commission, to report on their initiatives in the framework of the obligation of providing grounds *ex* art. 296, par. 2 of TFEU; as if to say that an act contrary to the content of the social clause – because, for example, detrimental for employment or for social protection – may be cancelled because not complying with the Treaties, pursuant the art. 263 of the TFUE.

As being horizontal, such clause must be employed in order to introduce social goals in all relevant sectors, economic and trade policies included, as well as in order to monitor the impact of policies in a logic of integration and coordination in economic, social, employment and environmental fields. In such perspective, the social clause provides to the Institutions of the Union a wide mandate to include a series of social goals in all policies, the initiatives and the activities pertaining the EU, transforming the social development of Europe in a cross-wise task, able to overcome the historical asymmetry between development of the market's economic integration and social sphere [1299]. The European Commission, to whom the Lisbon Treaty has entrusted the task to promote the general interest of the EU (art. 17 of the TFEU), must guarantee that the social clause is efficiently applied and that all documents, as well as the pertinent judiciary texts, actually refer to it and keep it into account, making sure that it effectively contributes to the pursuing of the new goals of the Treaty, both on the part of the EU and of the member States. In particular, according to the statements of the European social and economic Committee, this clause must be applied to the general fields and to the global architecture of the new social-economic governance of the EU, provided by the 2020 Europe Strategy, and approved by the European Council in 2010. The art. 9 of the TFEU therefore provides a new juridical basis to the already existing Social Impact Assessment, an *ex ante* assessment procedure of the policies inaugurated at the 2002 Laeken European Council and later confirmed with the 2005 Lisbon strategy for development and employment. With the 2009 guidelines, the Commission has adopted an ambitious mechanism of social impact assessment in the areas of labour market, standards and rights linked to the quality of labour, social inclusion, equality of treatment and non-discrimination, access to social protection, education and health system, health and public security. Particular attention is

[1298] In this sense, see F. Lecomte, *Embedded Employment Rights in Europe*, in *Columbia Journal of European Law*, vol. 17, p. 1 ss.

[1299] According to the Opinion of the European social and economic Committee on the matter "*Strengthening the cohesion and the coordination of the EU in the social field thanks to the new horizontal social clause, referring to the art. 9 of the TFEU* (initiative opinion), 24th June 2012/C, lecturer Lechner, the implementation of the social clause may "therefore contribute to reduce the sense of dissatisfaction that has long been persisting and to overcome the deeper and deeper scepticism of some member States with regards to the added value offered by the EU, in particular in terms of economic, employment and social progress".

addressed to the re-distributive impact on poverty and social inclusion, both within member States and with regards to member States, especially developing Countries, concurring to the goal of guaranteeing the respect of the provisions of social policy contained in the Treaty of Lisbon (in particular the articles from 145 to 166 and the art. 168 of the TFEU) and in the EU's Charter of fundamental rights (in particular the chapter IV on *Solidarity*), to which the art. 6 of the European Single Act has recognized the same juridical value of the Treaties. The innovation may therefore crucially contribute to re-balance the confrontation between social rights and economic freedom that are object of a jurisprudence of the Court of Justice that tends to favour a trade-related perspective.

Recently, this tool has found another base of legitimation with the European Pillar of Social Rights, which has been proclaimed by the European Parliament, the Council and the European Commission on 17 November 2017. As a matter of fact, art. 9 TFEU is recalled on the Preamble (p. 2) of the Solemn Declaration of the Social Pillar. The Pillar, in this sense, demonstrates a new sensibility to the horizontal social clause, and this approach is in line with the recent European Court of Justice jurisprudence, which for the first time, in 2016, expressely named the horizontal social clause in a case where there was a need of balancing enterprise freedoms and social rights (C-201/15, *Aget Irarklis*, p. 78-79).

The general comments of the doctrine have regarded the consequences that the examined horizontal social clause can and must have with reference to the internal market. However, the examined clause, as being horizontal, pertains to *all the policies of the EU* and for this reason also to the ones relative to the Union's external relations. The EU, as regional entity with a "*global vocation*" in the promotion of human rights [1300], now has a new normative basis to be employed in order to mobilize all the *governance* instruments available in the social field. A field being particularly fertile – and by all means coherent with the horizontal social clause – regards the promotion of the values contained in the *UN Guiding Principles on business and human rights* that include the *OECD Guidelines* on multinational enterprises, the *ISO 26000 Social Responsibility Standard, the UN Global Compact,* and other instruments of internationally recognized *Corporate Social Responsibility* (*CSR)*, such as the recently updated ILO Tripartite Declaration of Principles concerning Multinational Enterprises on Social Policy[1301] but also the UN Agenda 2030[1302].

The involvement of the EU in the development of the project *UN Protect, Respect, Remedy* (that represents the most important point of global reference for *CSR* policies) [1303] constitutes an important example of this process that involves the European Parliament and the EU delegations within international organizations. The horizontal social clause should be able to provide a greater

---

[1300] See M. CREMONA, *Rhetoric or Reticence: EU External Commercial Policy in a Multilateral Context*, in *Comm.mar.law rev.*, 2001, p. 359; T. NOVITZ, *In search of a coherent social policy: EU import and export of ILO labour standards?*, in J. Orbie & L. Tortell (eds), *The European Union and the Social Dimension of Globalization*, Routledge, 2009.

[1301] The MNE Declaration is the only ILO instrument that provides direct guidance to enterprises on social policy and inclusive, responsible and sustainable workplace practices. It is the only global instrument in this area that was elabourated and adopted by governments, employers and workers from around the world. It was adopted close to 40 years ago (amended in 2000 and 2006) and revised in 2017. Its principles are addressed to MNEs, governments, and employers' and workers' organizations and cover areas such as employment, training, conditions of work and life, and industrial relations as well as general policies. All principles are based on international labour standards (ILO conventions and recommendations).

[1302] Communication from the Commission A Sustainable Europe for a Better World: A European Union Strategy for Sustainable Development (Commission's proposal to the Gothenburg European Council); COM/2001/0264 final.

[1303] UN Special Representative on business and human rights, UN "Protect, Respect, Remedy" Framework, http://www.business-humanrights.org/SpecialRepPortal/Home/Protect-Respect-Remedy-Framework.

impulse to the EU's external action, required by the NGOs that invoke the commitment of the Union within the re-launching the responsibility of multinational enterprises operating in the European territory for the violations of human rights carried out by their homologous outside the EU. In particular, these social *guidelines* should connect to the common trade policies providing, for example, a normative basis in order to realize principles of CSR in the field of initiatives (lacking preceptive value) already developed in other contexts such the "*Communication on the promotion of labour fundamental norms and on the improvement of the social governance in the context of globalization*" and the Communication "*the partnership for employment and growth: make Europe a centre of excellence in matter of CSR*". Hence, we have the Union's commitment to promote CSR at a global level, by working in order to include within the Union's bilateral agreements norms of sustainable development and to support specific initiatives like *Global Compact* and the so-called Kimberley process. Further, the art. 9 of the TFEU may provide a decisive incentive in order to implement the Resolution of the European Parliament adopted on 25th November 2010, in the field of the promotion of social values within multilateral Courts of international trade, concerning the implementation of a principle of extraterritoriality stating that a Country of origin may require the compliance with its social legislation also to the enterprises operating outside their territorial field [1304]. Other fields where to adopt initiatives under the sphere of the art. 9 are linked to action of coordination in areas of interest, such as the common policies on investments, which must be guided by the principles and goals of the EU's external action [1305], the specific policies on minor labour [1306], on forced labour, on human beings trade, and on the *due diligence* in the mining sector. With reference to the external action, social rights start being considered as relevant issues in the field of the dialogue with third Countries, for example with Cambodia, Laos and China [1307]; further, in the field of initiatives intended to guarantee the respect of the ILO's agenda on Decent Work and in the field of the relationships of international cooperation, like in the case of Bangladesh [1308]. Therefore, we may expect an incentive to the promotion of fundamental social rights towards the exterior of the EU, thanks to the insertion of "*CSR* clauses" in all trade agreements stipulated by the Union on the wake of the usage of another horizontal clause, already present in the normative fabric of the prior-to-Lisbon Treaties, relative to the promotion of sustainable development (current art. 10 of the TFEU), which has contributed to insert the issue of sustainability in the field of the EU's external trade relations. According to the European Parliament, such *CSR* clauses, to be inserted in the trade agreements to come, should force enterprises to assume obligations of due diligence intended to the adoption of precautionary measures of compliance with human rights in their outsourced branches, with the obligation to periodically publish the balance sheets in matter of *CSR*.

9. Social clauses in Trade Agreements: a disaggregate analysis.

At this point of the paper, I would like to propose a disaggregate analysis of some Treaties and of

---

[1304] See D. AUGENSTEIN *et al*., *Study of the Legal Framework on Human Rights and the Environment applicable to European Enterprises operating outside the European Union*, Study for the European Commission, ENTR/09/045 (2010).

[1305] Communication of the Commission "Towards a Comprehensive European International Investment Policy, COM (2010) 343 final.

[1306] EU Council, Council conclusion on child labour, http://www.concilium.europa.eu/eudocs/cms_Data_docs/pressdata/EN/foraff/115180.pdf.

[1307] See G. Gorska, *Mutual Influence: The Case of the EU and the UN Guiding Principles on Business and Human Rights*, in European Yearbook on Human Rights, 2012, p. 109 ss.

[1308] D. AUGENSTEIN and C. BEHRMANN, *Partnering with Civil Society: The EU's Approach to Promoting Human Rights and Decent Work in Bangladesh*, in European Yearbook on Human Rights, 2012, p. 97 ss.

their social clauses, focusing in a transversal way around two essential points of the comprehension of the matter: 1) Commitments; 2) enforcement and effectiveness.

This way to proceed leads to more fruitful outcomes, compared to the single analysis of the treaties, as it permits to compare the different social clauses, in order to verify differences and similarities and to create some "models" of social clause; it will be useful, again, to identify pros and cons of each model and thus identify the more advanced model, or, at least on paper, the more effective social clause. In the analysis I will consider some bilateral treaties (like CETA, EPA, EU-Korea, US-Jordan) and some multilateral treaties (GATT-WTO, Mercosur, NAALC, CPTTP and CAFTA-DR) and also the unilateral system of trade tariff preferences (EU-GSP and US-GSP), as they can be considered "a milder approach to the social clause"[1309].

This work is useful to identify the different "logic for action" which guided the Parties during the negotiations of social clauses and thus permits to answer, for each "model" to a list of questions:

i) Will the economic-mercantilist logics prevail, or the axiological ones, or a mix of those? What is the degree of social conditionality?

ii) Is there a difference on the logics between social clauses in the agreements with developing Countries and those among peer economies?

iii) Is there any difference between the US and the EU's approach on negotiations?

iv) Has the insertion of the social clause in the paradigm of sustainable development, which represent the last evolution of the social clause, really entailed some advantages in terms of social rights (or not?)

9.1. Commitments.

The first step concerning the disaggregate analysis is about the commitments. First of all, we must verify i) the allocation of the commitments in social matter in the general economy of the Treaty, ii) the literal formulas employed, iii) the content of the commitments.

9.1.1. Allocation of Commitments.

Since the signing of the North American Agreement on Labour Cooperation (NAALC), the first example of social clause adopted in the context of the multilateral agreement of free trade among the USA, Canada and Mexico (NAFTA), numerous regional or bilateral trade treaties have included provisions relative to labour, but the introduction of such provisions takes various forms and covers different aspects of social practice and labour laws.

Before starting with the analysis of the content of such provisions, we need to reflect on the possibly different "allocation" of those provisions, as, in addition to simply being mentioned in the preamble, they may be covered in a *separate section*, that is to say in an agreement annexed to the treaty (as it is the case of NAALC, which is commonly called "Labour side agreement), or those provisions can be *part of a specific chapter* of the agreement.

[1309] See A. Perulli, *Fundamental social rights. Market regulation and EU external action*, in Int. Journal of comparative Labour Law, 2014, p. 27 ss.; F. Pantano, R. Salomone, *Trade and Labour within the European Union. Genaralized system of preference,* J. Monnet work, papers (New York Univ.School of Law), 2008; L. Compa, J. Vogt, *Labour rights in the generalized system of preferences*: *a 20 Year Review*, 22, Lab and Policy Journal 199, (2000-2001), p. 206.

In this regard, the US-Jordan (2001) was the first US agreement which introduced a special section on labour, becoming a benchmark for all subsequent agreements (Singapore, Chile, Australia, Morocco, CAFTA, Bahrain, Oman and Peru, etc.). The provision for a whole chapter of the agreement devoted to labour, integrating a clause on social issues in the body of the text, rather than in an annexed agreement, is the first step forward for the recognition of workers' social rights, in order to realize a true integration of labour concerns into the trade agreement: it is not thus a simple attachment to the treaty but a list of principles which is full part of the treaty, like any commercial provisions.

After this milestone, all the agreements have a specific chapter which regards Labour (CAFTA-DR Chapter 16 "Labour"; CPTTP Chapter 19 "Labour") or, as it is more common from the EU side, are inserted all labour provisions in a chapter entitled "Trade and Labour" (CETA) or, more broadly, "Trade and Sustainable Development" (as for Korea-EU FTA and EPA).

9.1.2. Literal meaning of commitments.

Looking at the several agreements, is it possible to observe a lot of differences concerning the language used for social clauses, which determines a great variation of the juridical and social effects of the commitments undertaken.

Often, the parties express their central obligations not in a binding way, but using an aspirational language, using verbs in their conditional form, or referring, in a "soft" way, to the promotion of compliance: ex. NAALC, art. 1: *The objectives of this Agreement are to: (f) promote compliance with, and effective enforcement by each Party of its labour law;* Us-Jordan, art. 6: "The Parties *shall strive* to ensure that such labour principles and the internationally recognized labour rights are recognized and protected by domestic law"; CAFTA-DR, art. 16.1.1. "Each Parties shall strive to ensure that such labour principle and the internationally recognized labour rights are recognized and protected by the law" or art. 16.2 "A party shall not fail to effectively enforce its labour law…"; Art. 19.4 CPTTP: "No party shall waive or derogate from its statutes and regulations"; Art. 13.3 Korea-EU "(…) each Party shall seek to ensure that those law and policies provide for and encourage high levels of labour protection (…).

In this sense, we are not able to see a step forward in the last mega-treaties because the formula used (Art. 23.3.4 CETA "The Parties shall make continued and sustained effort to ratify the fundamental ILO Conventions if they have not yet done so") is not more binding (even if enforced in a more binding way, as we will see). We can find an approach that is still exhortative, but with a greater level of commitment, at least on paper, in the second generation USA FTAs, like for instance in the US-PERU FTA, where (Art. 17.1: Statement of Shared Commitments), after stating that The Parties reaffirm their obligations as members of the International Labour Organization (ILO), it is provided that "Each Party *shall adopt and maintain* in its statutes and regulations, and practices thereunder, the following rights, as stated in the ILO Declaration".

Those literal formulas lead to consider the social clause as a promotional tool where the commitments are often built with a regulative technique using aspirational formulas that are little binding, if not mere declarations of intentions; this weakness in the formulation of obligations does not certainly tend to a social conditionality in a strong sense.

9.1.3. Content of commitments.

In the last two decades, labour provisions in bilateral and multilateral trade agreements have

been widened and deepened. Over 80 per cent of agreements that have come into force since 2013 contain such provisions[1310], in order to commit the parties not to lower their labour standards or derogate from labour law with a view to boosting competitiveness.

Social clauses have not only grown in number as to become a common trait of these trade agreements but have acquired great substantive and procedural complexity[1311], as they are included in different ways in FTAs.

Even if no standard model can be identified when we review these agreements, we must point out which are the most commonly included provisions, starting from the main distinction between those agreements which, as NAALC, state the commitment for each party to enforce its domestic labour law (a), on the other agreements which include also some reference to the international dimension of social rights (b) (in different ways, as we will see).

9.1.3.1 No harmonization.

In most free trade agreement the Parties declare that they do not intend to harmonise the labour standards.

This is explicitly declared in NAALC, ANNEX 1 LABOUR PRINCIPLES: "The following are guiding principles that the Parties are committed to promote, subject to each Party's domestic law, but do not establish common minimum standards for their domestic law.", but also in the most recent FTA: "the agreement is not to harmonise the environment or labour standards of the Parties (EPA, Art. 16.1, par. 2) or "The Parties recognise that it is not their intention in this Chapter to harmonise the labour or environment standards of the Parties" (EU-Korea, Article 13.1 3). This type of social clause, differently to what happened within the experience of European integration (as well as in the normative tradition of international labour law), does not provide for the compliance with uniform supra-national minimum standards, but rather the guarantee of effectiveness of the single national standards.

Differently from this explicit negation of harmonization, MERCORSUR, through the 1998 Social Labour Declaration, states in the Preamble the objective to set a minimum floor of workers right. We could call this commitment as a "soft" or "small" harmonization, at least referring to the core, minimum, social standards: "Whereas the Ministers of Labour of MERCOSUR have stated in their meetings that regional integration cannot be confined to the commercial and economic spheres, and must also incorporate social issues, as regards the adaptation of the regulatory frameworks for labour to the new circumstances resulting from integration and the process of economic globalization, as well as the recognition of a minimum floor of workers' rights within MERCOSUR, in line with the fundamental ILO Conventions" (Preamble, MERCOSUR).

Even if the Preamble also states that "Whereas the States parties, as well as being Members of the International Labour Organization (ILO), have ratified the principal Conventions guaranteeing the fundamental rights of workers" at the time of writing Argentina, Paraguay and Uruguay had already ratified all the ILO Conventions, while Brazil was missing a core convention (C087 - Freedom of Association and Protection of the Right to Organise Convention, 1948 (No. 87). In this

[1310] ILO, Studies on Growth with Equity, Assessment of Labour Provisions in Trade and Investment Arrangements, Report July 2016.
[1311] T. Treu, Globalization and Human Rights: Social Clauses in Trade Agreements and in International Exchanges among Companies, in A. Perulli, T. Treu (eds), *Sustainable Development, Global Trade and Social Rights*, Wolters Kluwer, 2018, p. 99.

sense, the construction of a minimum floor of rights could not be referred only to the ILO core labour standards, but, more generally to some common labour standards, "in line with" ILO Conventions and in this case the Mercosur could be considered as a pioneer in promoting the social rights in the economic relationship.

9.1.3.2. Commitments to respect its own labour law.

When we are thinking about a treaty which aims to commit Parties to respect their own labour law, it is logic to refer to the NAALC Model, as it was the first example of FTA to adopt such measure.

The art. 3 of NAALC testifies the intention of the parties, who promote the "*compliance with and effectively enforce its labour law through appropriate government action* (…)". Therefore, there is no aim of harmonization or, even more, of standardization of the levels of protection in social matters, that is left to the national legislator's discretion.

This provision to respect its own domestic labour law guarantees the maximum valorization of the sovereignty of the nation-State about the levels of national protections on social matters and this model seems to be expanded, nowadays.

As a matter of fact, the formula has been adopted in the recent CPTTP: "Article 19.5: Enforcement of Labour Laws 1. No Party shall fail to effectively enforce its labour laws", but also in the CETA Article 23.2 (Right to regulate and levels of protection), states that "*Recognising the right of each Party to set its labour priorities, to establish its levels of labour protection and to adopt or modify its laws and policies accordingly in a manner consistent with its international labour commitments, including those in this Chapter, each Party shall seek to ensure those laws and policies provide for and encourage high levels of labour protection and shall strive to continue to improve such laws and policies with the goal of providing high levels of labour protection*". Similarly, in EPA, Article 16.2, using more or less the same words, (Right to regulate and levels of protection), indicates that "*1. Recognising the right of each Party to determine its sustainable development policies and priorities, to establish its own levels of domestic environmental and labour protection, and to adopt or modify accordingly its relevant laws and regulations, consistently with its commitments to the internationally recognised standards and international agreements to which the Party is party, each Party shall strive to ensure that its laws, regulations and related policies provide high levels of environmental and labour protection and shall strive to continue to improve those laws and regulations and their underlying levels of protection".*

This provision, as stated in NAALC, EPA and CETA, leads to some interpretation problems: how will it be possible to deal with the commitment to enforce its national labour laws, with the ideal objective of the social clause to create uniform standards, in a way to guarantee a level playing filed, and, from a point of view of values and labour, the respect of international recognized labour standards?

Will we face the risk that, in such way, the logic of comparative advantages of the different domestic levels of regulations, on which the Singapore Declaration ("*We reject the use of labour standards for protectionist purposes, and agree that the comparative advantage of Countries, particularly low-wage developing Countries, must in no way be put into question*") was focused? This concern could be by-passed considering that parties "shall strive to continue to improve those laws and regulations and their underlying levels of protection" (as it was foreseen in the

NAALC, as in EPA and CETA there is a double commitment: that of enforcement of the domestic law and that of continuing to improve those laws).

A further profile of critic analysis regarding the respect of the internal legislation in matter of labour concerns the prohibition of encouraging trade or investments through the souplesse of the respective domestic regulations. This leads to the following question:

if parties should undertake to respect their labour law without any exception, is this obligation "absolute", or is it limited to the behaviours that are capable to conditionate the trade relationships?

Just to mention an example, the EPA provides for commitments like the prohibition of relaxing domestic labour laws to attract trade and investment ("The Parties shall not encourage trade or investment by relaxing or lowering the level of protection provided by their respective environmental or labour laws and regulations. To that effect, the Parties shall not waive or otherwise derogate from those laws and regulations or fail to effectively enforce them through a sustained or recurring course of action or inaction *in a manner affecting trade or investment between the Parties*", art.16.2, par. 2), and of discrimination or restrictions to trade's purpose: ("The Parties shall not use their respective environmental or labour laws and regulations in a manner which would constitute a means of arbitrary or unjustifiable discrimination against the other Party, or a disguised restriction on international trade", art. 16.2, par. 3). This clause is present also in CAFTA (art. 16.2), and in some FTAs, with reference to the internal legislation and to the related compliance with the rights as stated in the ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work and its Follow-Up (1998): for example, the US-Peru FTA states that "Neither Party shall waive or otherwise derogate from, or offer to waive or otherwise derogate from, its statutes or regulations implementing paragraph 1 *in a manner affecting trade or investment* between the Parties, where the waiver or derogation would be inconsistent with a fundamental right set out in that paragraph".

How should we interpret this clause?

Two explanations could be possible.

1) According to the first interpretation, the clause confirms the existence of a minimum floor of rights which cannot be modified to attract investors or in order to facilitate trade: therefore, a floor of rights that is inconditioned and non negotiable for trade/financial purposes. This interpretation would be coherent with the 2008 ILO Declaration on Social Justice for a Fair Globalization, according to which "the violation of fundamental principles and rights at work cannot be invoked or otherwise used as a legitimate comparative advantage and that labour standards should not be used for protectionist trade purposes". This interpretation is closer to the axiological logic rather than the trade one, from which, on the contrary, it seems to free itself, in order to go towards an ideal of a trade that is fair and inconditionally respectful of fundamental social rights.

2) The second interpretation is more problematic, because it seems to establish a linkage between the reduction of levels of protection and the encouragement of trade or investments. This interpretation is more coherent with the trade logic of social clause, in the sense that, in order to contrast the possible violation, the Country must demonstrate that the commercial partner has adopted those behaviours (that is the reduction of the levels of protections) to encourage trade

or investments and thus it must give the proof. This should be a very serious concern because it is not easy at all to demonstrate a direct relation between the deregulation of labour standards and the objective to encourage trade and investments[1312]. This is why, in my opinion, this is a very dangerous statement, and it should be overcome enshrining the absolute obligation to respect the domestic law, and not to derogate from it, but, on the contrary, to raise the level of social rights protection, as provided in the NAALC, according to which "each Party (…) shall continue to strive to improve those standards".

Another concern related to the commitment of the domestic labour law regards the variety of normative references to the internal legislation. Reading the CTPPT, the parties decide to give a definition of labour law, which could be intended to limit the field of labour law which has to be promoted and respected. According to art. 19.1, "labour law means statutes and regulations, or provisions of statutes and regulations, of a Party that are directly related to the following internationally recognised labour rights: (a) freedom of association and the effective recognition of the right to collective bargaining; (b) the elimination of all forms of forced or compulsory labour; (c) the effective abolition of child labour, a prohibition on the worst forms of child labour and other labour protections for children and minors; (d) the elimination of discrimination in respect of employment and occupation; and (e) acceptable conditions of work with respect to minimum wage, hours of work, and occupational safety and health". Certainly wider is the reference to the internal legislation supplied by the NAALC with its 11 Labour principles that the parties commit to comply with; an omni-comprehensive list that includes also the right to strike, while no reference is made in the field of dismissal.

The matter raised by these Treaties is therefore *the field of social conditionality*, that varies in an extremely sensitive way by reason of the field of application of internal legislations recalled by each single Treaty. We may not say that the global scenario is intended to a rational identification of the object of the clauses, while it should be hoped that a research for a more homogeneous finalization of the assumed commitments, in order to build an organic network of rules about labour on a global scale were done.

9.1.3.3. Commitments to respect international labour law.

With reference to the commitments to respect international labour standards, which, of course, are usually added to the (possible) previous commitment to respect its own domestic labour law, we need to distinguish different types of standards mentioned, and a different degree of commitment for the signatories Parties.

i) "Internationally recognized labour rights"

Some agreements generally refer to "internationally recognized labour rights" without referring to the ILO Core Labour Standards, but sometimes spreading the content of the commitments undertaken, compared to those promoted by the ILO Core Conventions.

The first example of this model is the NAALC.

This agreement, which precedes the 1998 Declaration on fundamental principles and rights, makes no explicit reference to the ILO's conventions but, as prof. Bellace observed, the NAALC

[1312] See F. Ebert, The Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA): Are Existing Arrangements Sufficient to Prevent Adverse Effects on Labour Standard?

labour principles include the four principles in the Declaration, and more. NAALC refers to eleven principles (Article 49) which go further than the eight fundamental conventions that the nations must strive to achieve. According to the NAALC Annex 1 defines "labour principles" as "guiding values" that the parties commit to respect and it individuates them in the following thematic fields: 1) freedom of association and right to collective bargaining; 2) right to collective bargaining; 3) right to strike; 4) prohibition of forced labour; 5) protection of child and minor labour; 6) protection of minimum standards of employment (for example: minimum wages and benefits for extra-hour labour); 7) elimination of discrimination on labour; 8) right to equal salary among men and women working in the same enterprise and having the same task; 9) prevention of professional illnesses and injuries on labour; 10) right to compensation in case of illnesses and injuries on labour; 11) protection of migrant workers.

Despite the content of the commitment is broader than that of the ILO Conventions, it is important to point out that such Principles, expressed in a quite vague and succinct formula, do not set common minimum standards at all, but only wide areas of interest ("broad areas of concern") on which the parties have developed (each its own way) "laws, regulations, procedures and practices" intended to the "protection of the interests of the respective labour forces" and, furtherly, there is no mention of the relative Conventions of the ILO.

In the case of US-Jordan, despite the commitment to respect the ILO 1998 Declaration, the parties talk about some internationally recognized labour rights but the list does not strictly correspond to the list of the core labour rights: the list is wider, mentioning among the "internationally recognized labour rights, that of "(e) acceptable conditions of work with respect to minimum wages, hours of work, and occupational safety and health". (Us-Jordan, Article 6, *Labour* 1. The Parties reaffirm their obligations as members of the International Labour Organization ("ILO") and their commitments under the ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work and its Follow-up. The Parties shall strive to ensure that such labour principles and the following internationally recognized labour rights (a) the right of association; (b) the right to organize and bargain collectively; (c) a prohibition on the use of any form of forced or compulsory labour; (d) a minimum age for the employment of children; and (e) acceptable conditions of work with respect to minimum wages, hours of work, and occupational safety and health) are recognized and protected by domestic law).

A similar commitment can be found in the recent CTPPT (2018): if the article 19.4 states that "it is inappropriate to encourage trade or investment by weakening or reducing the protections afforded in each Party's labour laws", art. 19.1, as already said, gives a definition of labour law, which recalls, in an identical formula to that of the US-Jordan agreement, which is included also in the CAFTA-DR (art. 16.8), demonstrating the success of this model.

Despite the broader commitment compared to the ILO Declaration, this is a critical point of the agreement, mainly for CTPPT, because (as prof. Bellace observed in her relation) it is impossible to identify definitions of these rights on which the 11 signatory nations agreed (while it could be simpler for 2 Countries as in the case of the US-Jordan agreement). This is a limit which regards all multilateral negotiations as the Countries involved could be very distant in terms of social policy and labour provisions, and thus, the more the Country are involved, the less the predictability of each Party is real commitment.

ii) reference to the ILO 1998 Declaration

Other agreements generally refer to the ILO 1998 Declaration but do not mention the ILO Core Conventions (as CPTTP, where the members Parties have not ratified all the Core Conventions yet, or the Us-Jordan for example).

CAFTA-DR for example, in the art. 16.1 states that "the Parties reaffirm their obligations as members of the ILO and their commitments under the ILO Declaration".

The 1998 Declaration commits Member States, in accordance with the obligations deriving from membership of the ILO, to respect and promote principles and rights in four categories, whether or not they have ratified the relevant Conventions. These categories are: freedom of association and the effective recognition of the right to collective bargaining, the elimination of forced or compulsory labour, the abolition of child labour and the elimination of discrimination in respect of employment and occupation.

The problem is that ILO Core Conventions' content is very detailed compared to the principles of the ILO Declarations, and because the ILO's organs of control guarantee interpretative uniformities of the rights sanctioned in the Conventions, differently to what happens with the 1998 Declaration, which is not submitted to any technical supervision.

iii) reference to the ILO Core Conventions

Other Treaties, again, refer specifically to the ILO Core Conventions, as it is usual for FTAs signed by EU. This is the case of EPA EU-Japan, at art. 16.3, with a formula that is, however, little biding: "Each Party shall make continued and sustained efforts on its own initiative to pursue ratification of the *fundamental ILO Conventions* and other ILO Conventions which each Party considers appropriate to ratify". The formula is a little vague, because as far as the commitment is concerned, the usual aspirational approach ("shall make efforts") prevails, both with reference to core Conventions and with reference to other Conventions, leaving the parties free to identify those they believe it should be "appropriate" to ratify. This approach to fundamental Conventions, even though it is vague, does not even recur in the Treaties signed by the US (as NAALC and US-Jordan which does not contain any reference to the ILO's Conventions). It is evident that the reference to the ILO Core Conventions should, on the other hand, be considered as a real commitment, given that the ILO requires their compliance by reason of the mere bond of affiliation. Besides, the ILO regularly examines the application of standards, thanks both to the examination of periodic reports submitted by Member States on the measures they have taken to implement the provisions of the ratified Conventions and to a representations procedure and a complaints procedure of general application, together with a special procedure for freedom of association. So the reference to the ILO Conventions is at the moment the only way to assure a control on the respect of the commitments undertaken.
In most cases, Parties commit themselves to respect the ILO Conventions ratified, and to ratify those that at the moment of the signature of the treaty are not yet ratified. An example is the Korea-EU FTA: *Article 13.4 Multilateral labour standards and agreements (…) 3. The Parties reaffirm the commitment to effectively implementing the ILO Conventions that Korea and the Member States of the European Union have ratified respectively. The Parties will make continued and sustained efforts towards ratifying the fundamental ILO Conventions as well as the other Conventions*

that are classified as 'up-to-date' by the ILO." (at the time of writing Korea has ratified 4/8 ILO Core Conventions)[1313].

This obligation, to ratify the Core Conventions not yet ratified at the moment of the signature of the agreement, is also present in the EU-Vietnam agreement (art. 3), and, as we have pointed out, in the EPA (art. 16.3.3: "*Each Party shall make continued and sustained efforts on its own initiative to pursue ratification of the fundamental ILO Conventions and other ILO Conventions which each Party considers appropriate to ratify*").

This commitment towards a ratification of non-ratified fundamental ILO Conventions (even if the ratification should be on Japan's initiative), demonstrates the pressure given by the EU for a social conditionality, even if we are not in the case of pre-ratification conditionality, as it is the case, for example, of the EU-SPG.

Despite this lack of pre-ratification conditionality, we can observe that this commitment has led to a progress ratification of ILO Conventions by some Countries.

I am referring, in particular, to Canada: at the time of CETA's signature, Canada had not ratified all the ILO Core Conventions: C-138 has been ratified in June 2016, and C-98 in June 2017. But we need to observe that Canada ratified 9 ILO Conventions in the last 12 months, so we can easily state that this Treaty has been for Canada a great incentive to ratify the ILO Core Conventions, while all Eu Member States[1314] had already ratified all the Core Conventions[1315].

This could be a path also for Japan, in the context of EPA: we may observe that the time of writing Japan did not ratified two Core Conventions: C105 - Abolition of Forced Labour Convention, 1957 (No. 105) and C-111 - Discrimination (Employment and Occupation) Convention, 1958. If, with regards to the latest Convention (C111), the lack of ratification is probably due to a cultural tradition,

---

[1313] Conventions ratified by Korea: 1) C100 - Equal Remuneration Convention, 1951 (No. 100); C111 - Discrimination (Employment and Occupation) Convention, 1958 (No. 111); C138 - Minimum Age Convention, 1973 (No. 138); Minimum age specified: 15 years; C182 - Worst Forms of Child Labour Convention, 1999 (No. 182). Conventions not ratified: C029 - Forced Labour Convention, 1930 (No. 29); C087 - Freedom of Association and Protection of the Right to Organise Convention, 1948 (No. 87); C098 - Right to Organise and Collective Bargaining Convention, 1949 (No. 98) and C105 - Abolition of Forced Labour Convention, 1957 (No. 105).

[1314] Eu28: Austria, Italy, Belgium, Latvia, Bulgaria, Lithuania, Croatia, Luxembourg, Cyprus, Malta, Czech Republic, Netherlands, Denmark, Poland, Estonia, Portugal, Finland, Romania, France, Slovakia, Germany, Slovenia, Greece, Spain, Hungary, Sweden, Ireland, United Kingdom.

[1315] This is the list of Countries which did not ratified at the time of writing the ILO Core Labour Conventions: *C029 - Forced Labour Convention, 1930:* Afghanistan, Brunei Darussalam, China, Korea, Republic of, Marshall Islands, Palau, Tonga, Tuvalu, United States; *C087 - Freedom of Association and Protection of the Right to Organise Convention, 1948*: Afghanistan, Bahrain, Brazil, Brunei Darussalam, China, Cook Islands, Guinea – Bissau, India, Iran, Islamic Republic of, Jordan, Kenya, Korea, Republic of Lao People's Democratic Republic, Lebanon, Malaysia, Marshall Islands, Morocco, Nepal, New Zealand, Oman, Palau, Qatar, Saudi, Arabia, Singapore, South Sudan, Sudan, Thailand, Tonga, Tuvalu, United Arab Emirates, United States, Viet Nam; *C098 - Right to Organise and Collective Bargaining Convention, 1949:* Afghanistan, Bahrain, Brunei Darussalam, China, Cook Islands, India, Iran, Islamic Republic of, Korea, Republic of, Lao People's Democratic Republic, Marshall Islands, Mexico, Myanmar, Oman, Palau, Qatar, Saudi Arabia, Thailand, Tonga, Tuvalu, United Arab Emirates, United States, Viet Nam; *C100 - Equal Remuneration Convention, 1951:* Bahrain, Brunei Darussalam, Cook Islands, Kuwait, Liberia, Marshall Islands, Myanmar, Oman, Palau, Qatar, Somalia, Tonga, Tuvalu, United States; *C105 - Abolition of Forced Labour Convention, 1957*: Brunei Darussalam, China, Japan, Korea, Republic of, Lao People's Democratic Republic, Marshall Islands, Myanmar, Palau, Timor-Leste, Tonga, Tuvalu, Viet Nam; C-111 - Discrimination (Employment and Occupation) Convention, 1958: Brunei Darussalam, Cook Islands, Japan, Malaysia, Marshall Islands, Myanmar, Oman, Palau, Singapore, Tonga, Tuvalu, United States; C-138 Minimum Age Convention, 1973; Australia, Bangladesh, Cook Islands, Iran, Islamic Republic of Liberia, Marshall Islands, Myanmar, New Zealand, Palau, Saint Lucia, Somalia, Timor-Leste, Tonga, Tuvalu, United States, Vanuatu; C182 - Worst Forms of Child Labour Convention, 1999: Cook Islands, Eritrea, Marshall Islands, Palau, Tonga, Tuvalu.

the Core Convention of Forced Labour has not probably been ratified yet, because Japan is currently under observation by the CEARC, the ILO Committee of experts about the other Conventions concerning Forced or Compulsory Labour (ratified by Japan in 1939): C029 - Forced Labour Convention, 1930 (No. 29). The matter regards the compensation to some victims of wartime sexual slavery or industrial forced labour during the Second World War[1316]. The Committee refers in particular to a decision of the Korean Supreme Court of Justice passed on 24th May 2012 which reversed the decisions of lower courts rejecting the demands for compensation by forced labour victims against two leading Japanese industries. Moreover, about the same ILO Conventions, there is a CEACR Request (on the same ILC session of 2016), related to the trafficking in humans, in particular about the low number of prison sentences imposed on perpetrators, to the fact that no perpetrators of forced labour have been brought to justice, to the decline in victim identification and to the insufficient support granted to victims[1317].

We therefore expect clear progress from Japan towards ratifying the two remaining ILO core conventions (on discrimination and on the abolition of forced labour), considering that, above all, Japan is the second largest contributor to the ILO's regular budget[1318].

A peculiar case is that of CAFTA-DR, which, in addition to a mention to the ILO 1998 Declaration, refers explicitly only to one single core ILO Convention: ILO Convention No. 182 Concerning the Prohibition and Immediate Action for the Elimination of the Worst Forms of Child Labour (1999) (ILO Convention 182). Art. 16.5, focused on "Labour Cooperation and Capacity Building Mechanism" states that: 1 1. Recognizing that cooperation on labour issues can play an important role in advancing development in the territory of the Parties and in providing opportunities to improve labour standards, and to further advance common commitments regarding labour matters, including the principles embodied in the ILO Declaration and ILO Convention No. 182 Concerning the Prohibition and Immediate Action for the Elimination of the Worst Forms of Child Labour (1999) (ILO Convention 182), the Parties hereby establish a Labour Cooperation and Capacity Building Mechanism, as set out in Annex 16.5.

This commitment undertaken by the signatory parties could be suggested as a model to follow because in this way, choosing one or more conventions to be respected, the binding of the commitments is assured.

Finally, we need to observe that the agreements do not contain any reference to the interpretation given by the ILO about the content of the Core Conventions, so the question whether the right to strike follows from or not the Convention n. 87 on freedom of association and right to organize is not clear, as prof. Bellace underlined in her paper.

9.1.3.4. Pre-ratification conditionality.

In some cases, the social conditionality is more rigorous and it subordinates the signature of the

[1316] Observation (CEACR) - adopted 2015, published 105th ILC session (2016) - *Forced Labour Convention, 1930 (No. 29), Victims of wartime sexual slavery or industrial forced labour.*

[1317] Direct Request (CEACR) - adopted 2015, published 105th ILC session (2016), *Forced Labour Convention, 1930 (No. 29)* - (http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:13201:::NO:13201:P13201_COUNTRY_ID:102729.

[1318] http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---exrel/documents/publication/wcms_357443.pdf.

trade agreement to the ratification of the Conventions (the so-called "pre-ratification conditionality"). This is the model adopted by the EU Generalized System of Preferences[1319], a regulation model which intended to combine trade liberalization and respect of social rights through the preferential and non-mutual treatment granted to developing Countries in the field of trade exchanges, notwithstanding the GATT normative [1320].

According to the special incentive arrangement for sustainable development and good governance (as stated by. Art. 9 of the Reg. 978/2012) a GSP beneficiary Country may benefit from the tariff preferences provided under the special incentive arrangement for sustainable development and good governance if "it has ratified all "relevant conventions" and the most recent available conclusions of the monitoring bodies under those conventions do not identify a serious failure to effectively implement any of those conventions.

The relevant conventions are the core international conventions on human and labour rights, environmental protection and good governance. In terms of social rights, Parties are committed to ratify and implement a list of Core human and labour rights UN / ILO Conventions, and thus, indeed, all the ILO Core Conventions[1321].

In this sense the EU GSP could be considered as an exemplar model of positive linkage between international trade and social rights in the European external action[1322]: any of the GSP arrangements may be temporarily withdrawn for serious and systematic violations of core principles laid down in core human and labour rights conventions and on a number of other grounds such as unfair trading practices and serious shortcomings in customs controls.

9.1.3.5. The reference to the Decent Work and to Sustainable Development

The last FTA signed by EU (CETA and EU-Korea) extends their commitment to the decent work and sustainable development.

In the EU-Korea for example all labour provisions are inserted in Chapter 13, "Trade and Sustainable Development", where art. 13.1 states the intentions of the Parties "to strengthen their trade relations and cooperation in ways that promote sustainable development" and (art. 13.6), the Parties recognise "the beneficial role that core labour standards and decent work can have on economic efficiency, innovation and productivity, and they highlight the value of greater policy

[1319] F. PANTANO, R. SALOMONE, *Trade and Labour within the European Union Generalized System of Preferences*, Jean Monnet WPS, New York University School of Law, 2008.

[1320] See T.M. FRANCK, *Fairness in International Law and Institution*, Oxford, 1995, p. 58.; L. BARTELS, C. HABERLI, *Binding Tariff Preferences For Developing Countries Under Article II GATT, in Journal of International Economic Law*.

[1321] Annex VIII of Regulation (EU) No 978/2012 of 31 October 20121, The relevant GSP+ conventions, Core human and labour rights UN/ILO Conventions: 1. Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (1948) 2. International Convention. on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (1965) 3. International Covenant on Civil and Political Rights (1966) 4. International Covenant on Economic Social and Cultural Rights (1966) 5. Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women (1979) 6. Convention Against Torture and other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (1984) 7. Convention on the Rights of the Child (1989) 8. Convention concerning Forced or Compulsory Labour, No 29 (1930) 9. Convention concerning Freedom of Association and Protection of the Right to Organise, No 87 (1948) 10. Convention concerning the Application of the Principles of the Right to Organise and to Bargain Collectively, No 98 (1949) 11. Convention concerning Equal Remuneration of Men and Women Workers for Work of Equal Value, No 100 (1951) 12. Convention concerning the Abolition of Forced Labour, No 105 (1957) 13. Convention concerning Discrimination in Respect of Employment and Occupation, No 111 (1958) 14. Convention concerning Minimum Age for Admission to Employment, No 138 (1973) 15. Convention concerning the Prohibition and Immediate Action for the Elimination of the Worst Forms of Child Labour, No 182 (1999).

[1322] Perulli A., Clausola Sociale, Enciclopedia del Diritto, Giuffré, 2014, vol. VII, pp. 187-211.

coherence between trade policies, on the one hand, and employment and labour policies on the other".

In CETA, Article 22.3, par. 2 entitled "Cooperation and promotion of trade supporting sustainable development" – the Parties "affirm that trade should promote sustainable development. Accordingly, each Party shall strive to promote trade and economic flows and practices that contribute to enhancing decent work (…)". In the following article (CETA 23.3.2), we observe the commitment to "ensure that its labour law and practices promote the following objectives included in the *ILO Decent Work Agenda*, and in accordance with the ILO Declaration on Social Justice for a Fair Globalization of 2008 adopted by the International Labour Conference at its 97th Session, and other international commitments: (a) health and safety at work, including the prevention of occupational injury or illness and compensation in cases of such injury or illness; (b) establishment of acceptable minimum employment standards for wage earners, including those not covered by a collective agreement; and, (c) non-discrimination in respect of working conditions, including for migrant workers".

As we will point out, (see infra), the reference to Decent Work and to the pardigm of sustainable development can represent a wider and new horizon for social clauses. Reluctant trade partners might also be more willing to accept a sustainable development chapter than a separate chapter on social rights, as Sustainable Development is a principle universally accepted[1323] and proclaimed by the UN, through the Sustainable Development Goals, and by the European Commission in all the latest Comminications related to the European external action to harness globalisation[1324].

Moreover, the framing of core labour rights as part of a broader "sustainable development" agenda has contributed to their unobjectable status[1325].

The questions of sustainability in those FTAs serves the goals of protection and promotion of human rights and certainly possesses model character for other, future, free trade agreements and of course can be considered as a new basis of legitimation for a new era of social and enforceable clauses.

Indeed, the majority of agreements that include such provisions are too recent to be able to stand back and assess them adequately.

9.2. Carrot and stick: sanctions and incentives.

Whichever model of social clause may be taken into consideration, we may reaffirm that a merely voulountaristic, or founded on moral suasion choice, would not be in line with the standards of the procedures of social conditionality within both European and North-American traditions. After a reasonable period of time of useless activation of the soft implementation mechanisms above mentioned (ministerial consultations, recommendations of the experts committee, realization of consultative public forums, and so on), the *non-compliance* with *labour standards* should

[1323] Van Den Putte L., Orbie J., *EU Bilateral Trade Agreements and the Surprising Rise of Labour Provisions*, in *International Journal of Comparative Labour Law*, 31, n. 3 (2015), p. 282.

[1324] WHITE PAPER ON THE FUTURE OF EUROPE; Reflections and scenarios for the EU27 by 2025; European Commission COM(2017)2025 of 1 March 2017; Brussels, 13.9.2017 COM(2017) 492 final COMMUNICATION FROM THE COMMISSION TO THE EUROPEAN PARLIAMENT, THE COUNCIL, THE EUROPEAN ECONOMIC AND SOCIAL COMMITTEE AND THE COMMITTEE OF THE REGIONS A Balanced and Progressive Trade Policy to Harness Globalisation.

[1325] Van Den Putte L., Orbie J., *EU Bilateral Trade Agreements and the Surprising Rise of Labour Provisions*, in *International Journal of Comparative Labour Law*, 31, n. 3 (2015), p. 264.

lead to financial or commercial sanctions, following the procedure of *dispute resolution*. For example, interruption of benefits (on the NAALC model), and/or Monetary Enforcement Assessment (on the model of some FTAs and of generalized preference systems). At the same time, this kind of *penalties* should particularly regard those sectors in which the problems about compliance with the obligations specified on the chapter on Sustainability appear repeatedly, in spite of the technical/administrative support of the experts committee and international organizations like ILO, with whom we hope for a strict collabouration.

The contemplation of sanctionatory mechanisms as a last resort does not exclude, and actually presupposes the coexistence of other compliance instruments: the cooperation and the technical support with multilateral agencies, notably the ILO. However, the TTIP should contemplate also some mechanisms founded on a promotional philosophy, under the shape of positive sanctions and "incentives", like those who characterize in particular the GSP European Model.

9.2.1. A verification of the enforcement. The NAALC, CAFTA, EU-GSP cases.

In terms of implementation, contrary to the US approach, the EU adopts a more nuanced approach, with a preference for dialogue and capacity instead of the previsions of sanctions: if it is true that, both for CETA and EPA (as for the TTIP), labour provisions have been widened and deepened compared to the past, we need to observe that they are mostly cooperative and non-binding provisions. As we saw, most EU FTAs use an aspirational language, and for this reason labour provisions risk to lack an effective remedy to labour violations or a valid deterrent. This is, unfortunately, in line with the EU traditional policies.

As a matter of fact, the only agreement where economic and clear sanctions are imposed, is the EU Generalised System of Preferences (GSP) as any of the GSP arrangements may be temporarily withdrawn for serious and systematic violations of core principles laid down in core human and labour rights conventions and on a number of other grounds such as unfair trading practices and serious shortcomings in customs controls.

This "stick and carrot" conditionality of the EU's GSP constitutes the "flagship" of trade initiatives aimed at supporting sustainable development and human right.

In particular, if we consider the special incentive arrangement for Sustainable Development and Good Governance GSP+ granting full removal of tariffs for vulnerable low and lower-middle income Countries, its benefits may be temporarily withdrawn if the national legislation of a GSP+ beneficiary Country no longer incorporates the relevant conventions or if that legislation is not effectively implemented - in other words if the underlying balance in GSP+ between additional trade preferences in the EU market and beneficiaries' acceptance and implementation of international sustainable development and good governance rules and standards is no longer properly respected. In this regard, the Commission monitors the situation in beneficiary Countries on an on-going basis primarily by drawing on material available from the relevant inter-national monitoring bodies.

The problem is double: this regulation is only for developing Countries and, as other scholars observed, the temporary withdrawal more or less has remained "to be law in the books".

Even in the case where sanctions for violations of the commitments in the field of labour law are clear and stated, the EU appears reluctant to apply trade sanctions for violation of labour rights: since 1995 the EU GSP has provided that "serious and systematic violations" of labour standards

could lead to a withdrawal of trade preferences but over the past two decades to date, that has only happened three times : in 1997 for Myanmar/Burma, on the grounds of serious and systematic violations of labour rights, in 2007 for Belarus, on the same grounds and in 2010 for Sri Lanka. Sri Lanka's benefits were temporarily withdrawn in 2010 due to non effective implementation of certain human rights conventions. Thus, imports from Sri Lanka benefit only from the standard GSP preferential treatment.

This lack of sanctions demonstrates that the GSP has rarely been used for protectionism reasons, to restrict imports from developing Countries, be-cause numerous calls for sanctions have not been taken into consideration.

For example, the only sanction to be adopted against China in 1989 (at that time China was a GSP beneficiary) for its violent repression of the Tiananmen Square protests was an arms embargo; in 2008, no new sanctions were added after another wave of violence in Tibet. In the same year, Russia's attack on Georgia went unpunished.

Before continuing the reflection, I would like to point out that this problem is not an only European problem.

Moreover, if we consider the US, the field of application of NAALC's sanctions is rigorously limited: they apply only if the violation of the agreement proves to be "trade related" and "covered by mutually recognized labour law" (NAALC, Art. 49).

The NAALC requires that the NAOs (National Administrative Office in each of the three NAFTA Parties) provides for the receipt and review of submissions on labour law matters in the other two Countries. The NAALC further delineates the types of issues that may be considered at the various resolution stages of the Agreement. The framers of the Agreement intended that disputes be addressed and settled through dialogue and cooperative consultations, initially at the NAO level and later at the ministerial level. At the NAO and ministerial level, there is a broad range of issues that may be considered for review.

At the time of writing (August 2018), there are 39 submissions received under the NAALC: 3 are currently under review, 4 have been withdrawn by submitter, 9 are declined after review, 23 have been reported[1326].

Considering those reported, 11 submissions were filed by the US (especially against Mexican industries, the majority for violations under the NAALC concerns freedom of association and the right to organize, collective bargaining, but there were also cases concerning violations of occupational safety and health, minimum wage and overtime pay, access to fair and transparent labour tribunal proceedings and gender discrimination), 10 submission were filed by Mexico (most of the submissions concern migrant workers in the State of Washington employed in the apple industry and raises issues of freedom of association, safety and health, employment discrimination, minimum employment standards, protection of migrant workers, and compensation in cases of occupational injuries and illnesses) and 2 submission were filed by Canada (one was also filed with the U.S. NAO and includes the same allegations of worker rights violations at two different garment factories located in Mexico, and the other raises concerns about the enforcement

[1326] https://www.dol.gov/ilab/trade/agreements/naalc.htm (here the list of cases with the reports).

of labour legislation covering occupational safety and health and freedom of association of workers at the Itapsa export processing plant in the State of Mexico).

As for the results of this submissions, with regards to the last case submission reported (June 2016)[1327], the U.S. Department of Labour has issued a public report (June 2016) in response to a submission filed under the NAALC by the United Food & Commercial Workers Local 770, the Frente Auténtico del Trabajo, the Los Angeles Alliance for a New Economy, and the Project on Organizing, Development, Education, and Research, with research assistance from Change to Win. The report determines that there is insufficient evidence, at this time, to support specific conclusions related to the Mexican government's application of labour laws at Chedraui retail stores, in light of information in the submission and additional information obtained during the review. Nonetheless, the report discusses in detail the Department of Labour's longstanding, serious concerns regarding issues raised in the submission, in particular so-called "protection contracts" and the primary factors that facilitate them, such as structural bias in the Conciliation and Arbitration Boards that administer labour justice in Mexico.

The previous submission had the same result (August 2007), due to the lack of evidence of proof. The submission (U.S. NAO Submission No. 2005-03, Hidalgo) was filed on October 14 by The Progressive Union of Workers of the Textile Industry, the Manufacturing, Cutting and Confection of Fabric and Garments in General and Related and Similar Industries in the Mexican Republic, a member of the "Vanguardia Obrera" Workers Federation of the Revolutionary Confederation of Workers and Peasants, with the support of the U.S. Labour Education in the Americas Project, and the Washington Office on Latin America under the NAALC concerning the enforcement of labour laws by the Government of Mexico. The submission focuses on events at a textile plant operated by Rubie's de Mexico. In particular, the submitters allege that the Government of Mexico has failed to fulfill its obligations under the NAALC to effectively enforce its labour law under Article 3 in connection with freedom of association and protection of the right to organize, the right to bargain collectively, the right to strike, prohibition of forced labour, labour protections for children and young persons, minimum employment standards, elimination of employment discrimination, prevention of occupational injuries and illnesses, and compensation in cases of occupational injuries and illnesses, and under Article 5 with respect to fair, equitable and transparent labour tribunal proceedings.

According to Public Report of Review of Office of Trade and Labour Affairs (OTLA), "the submitters failed to provide sufficient evidence to corroborate many of their claims and failed to pursue domestic procedures to remedy many of the alleged violations". That is why the report included only some recommendation: the OTLA recommends NAO consultations pursuant to Article 21 of the NAALC to discuss the following: i) Compliance with procedural requirements in Mexico's labour law, and measures taken to prevent unwarranted delays and to improve coordination between federal and State authorities in the administration of labour justice procedures; ii) Transparency in the union representation process, including the establishment of a publicly available registry of unions and collective bargaining agreements; iii) Resources devoted to the periodic inspection of workplaces so that labour laws, such as those related to the protection of young people, minimum employment standards, and occupational safety and health, may be enforced effectively and consistently; iv) Clarification of discriminatory practices in Mexico and the current

[1327] U.S. NAO Submission No. 2015-04 (UFCW).

status of initiatives undertaken on this issue pursuant to the Ministerial Consultations Implementation Agreement relating to U.S. Submission 9701; and v) Access to Mexican authorities responsible for relevant labour law enforcement. Despite the strict limits of operativeness which have been demonstrated by these two submissions' results, the predisposition of a social clause supported by an actual sanctionatory apparatus (which goes well beyond "the moral pressure" and the *mobilisation of shame*, in which basically the activity of the ILO can be summarized) inside a multilateral agreement of free exchange constitutes an unprecedented fact.

On one hand, this marks a clear fracture with the past experiences of international regulation of the economy and of trade exchanges, in particular with the GATT, and on the other hand, it modifies the unilateral approach so far dominating the USA's trade policies, making it more suitable to international law principles and to the multilateral discipline of trade relations.

With regards to the difficulty to apply the sanctions, we may underline that in all the commitments according to the commitment of the parties not to relax their labour law "in a manner affecting trade", the affection to trade is very hard to be demonstrated.

We must observe that this formula is very frequent: in EPA (art. 16.2.2. "the Parties shall not waive or otherwise derogate from those laws and regulations or fail to effectively enforce them through a sustained or recurring course of action or inaction in a manner affecting trade or investment between the Parties") but also in CAFTA-DR (art. 16.2, Enforcement of Labour Laws 1. (a) A Party shall not fail to effectively enforce its labour laws, through a sustained or recurring course of action or inaction, in a manner affecting trade between the Parties, after the date of entry into force of this Agreement), in US Jordan (art. 6.4.a A Party shall not fail to effectively enforce its labour laws, through a sustained or recurring course of action or inaction, in a manner affecting trade between the Parties) and in CPTTP (Article 19.4: Non Derogation. The Parties recognise that it is inappropriate to encourage trade or investment by weakening or reducing the protections afforded in each Party's labour laws. Accordingly, no Party shall waive or otherwise derogate from, or offer to waive or otherwise derogate from, its statutes or regulations: (a) implementing Article 19.3.1 (Labour Rights), if the waiver or derogation would be inconsistent with a right set out in that paragraph; or (b) implementing Article 19.3.1 (Labour Rights) or Article 19.3.2 , if the waiver or derogation would weaken or reduce adherence to a right set out in Article 19.3.1, or to a condition of work referred to in Article 19.3.2, in a special trade or customs area, such as an export processing zone or foreign trade zone, in the Party's territory, in a manner affecting trade or investment between the Parties").

The difficulties to demonstrate the Party's intention to affect trade, that is to attract investors and enterprises, is clearly demonstrated by Trade Dispute issues ruling in US-Guatemala Labour Law Case, under the CAFTA -DR, finding that Guatemala's alleged failure to enforce domestic labour legislation was not done "in a manner affecting trade".

The Guatemala Submission under CAFTA-DR (*Arbitral Panel Decision* ***Reached in June 2017)*** was the first time a labour rights dispute had ever been filed under an FTA's dispute settlement mechanism. The US formally launched the case in 2010, following complaints made by domestic and Guatemalan labour unions two years prior. Washington officials raised concerns that the alleged treatment of Guatemalan workers (8 employers were cited for their dismissal of nearly 80 workers who had attempted to engage in union activities) was in violation of their labour rights, while also putting American workers at an unfair competitive disadvantage. The international ruling

(June 2017) prevents the United States from seeking penalties on Guatemala for failing to effectively enforce its labour laws, simply because such abuses are not "in a manner affecting trade." Under CAFTA-DR, the panel decision is final; there is no appeal process. Any press inquiry about the case should be directed to the Office of the U.S. Trade Representative.

This decision demonstrates that it is very difficult for workers' complaints to be upheld, despite the social provisions included in the FTA. This is why we need to think to a new legitimation of the social clause.

9.3. Enforcement and ISDS.

A profile of particular and current interest concerns the relationship between the enforcement of social clauses and arbitral clauses on the investments (ISDS), or ICS, and their compatibility with the principles of EU's right on the external action of the Union (art. 206 and 207 TFEU, but also art. 9 on horizontal social clause).

Such clauses could be undermined by the ISDS (*Investor-To-State Dispute Settlement*), a mechanism included in many trade and investment agreements to settle disputes.

This clause could be invoked by transnational corporations in order to protect investments and to contrast all social policies considered against financial and economic interests[1328]: under a free trade agreement which include ISDS mechanisms, a company from one signatory State investing in another signatory state can argue that new laws or regulations, for example the raising of some labour standards, could negatively affect its expected profits or investment potential, and seek compensation in a binding arbitration tribunal, rather than public courts. In this way, all the commitment taken by a Country in terms of social rights could be frustrated.

In reply to the criticisms to this tool, in particular due to the lack of the right to appeal, the lack of transparency or the lack of independence of arbitrators, the EU has decided to reform the traditional arbitration-based system and replace it with the ICS, the Investment Court System.

The ICS incorporates many innovative features and addresses to some of the core criticism, solving many problems like the lack of the right to appeal, the lack of transparency or the lack of independence of arbitrators, demonstrating a certain progress in developing a balanced and forward-looking approach in the international investment policy[1329].

The first important element is the establishment of an Investment Tribunal of First Instance, composed of 15 judges jointly chosen at random for each case, and subjected to strict ethical requirements, including a prohibition from acting as legal counsel in any investment dispute. The second important element is the creation of a permanent Appeal Tribunal, which will ensure the respect of rights and more importantly, the coherence of decisions in individual cases.

[1328] Cfr. LANCE COMPA, *Labour Rights and Labour Standard in Transatlantic Trade and Investment Negotiations: An American Perspective*, John Hopkins University, Working Paper Series, July 2014.

[1329] Cagnin V., New generations treaties and the attempts for a renewal of the Investor State Dispute Settlement (ISDS), in Perulli A., Treu T., Sustainable Development, Global Trade and Social Rights, Kluwer, 2018, pp. 155-168.

Following the EU Commission proposal to replace the ISDS with the ICS in the context of the TTIP negotiations (at the moment stopped), the ICS has been included in the CETA[1330], and in the trade agreements concluded with Singapore, Vietnam and Mexico.

The EU has discussed during the negotiations its reformed proposal on the ICS also within the Economic Partnership Agreement (EPA) between the EU and Japan, which is a well-known supporter of the ISDS[1331]: the agreement is now awaiting ratification by the European Parliament and the Japanese Diet following which it could enter into force in 2019 but negotiations with Japan continue on investment protection standards and investment protection dispute resolution in order to reach convergence in the investment protection negotiations as soon as possible, in light of their shared commitment to a stable and secure investment environment in Europe and Japan.

For the EU, ISDS in EU trade and investment agreements is a thing of the past: in its recent judgment of 6 March 2018 in the *Achmea* case, the ECJ confirmed the Commission's view that investor-to-State arbitration in an agreement concluded between Member States is not compatible with EU law. The ECJ ruled that these clauses do not have legal effect.

Thus, the replacing of the ISDS with ICS is considered as a guarantee not to undermine EU's and member States' right to adopt and apply, accordingly to their respective competences, the measures geared to non-discriminatorily fulfill legitimate interests of public policy, in social, environmental, national security, financial system stability, public health and security fields, as well as well as in social policies such as the raising of the minimum wage.

The skepticism about ISDS is growing in various parts of the world, also in the US.

This is why the renegotiations of NAFTA, including the chapter on investment, began. Canada, Mexico and the United States held several rounds of renegotiations of the treaty. Although a handful of chapters have been finalized (e.g. competitiveness, and customs and border facilitation), the investment chapter remained in flux at the time of writing. A number of proposals have been reported in the early part of 2018, including regarding the status of ISDS, since the failure by the party complained against to effectively enforce its occupational safety and health, child labour or minimum wage technical labour standards is trade-related and covered by mutually recognized labour laws.

[1330] CETA moves decisively away from the traditional approach of investment dispute resolution and establishes independent, impartial and permanent investment Tribunals. Accordingly, the members of these Tribunals will be individuals qualified for judicial office in their respective countries, and these will be appointed by the European Union and Canada, and not arbitrators nominated by the investor and the defending State (as foreseen in the ISDS). Contrary to the traditional investment dispute settlement approach, cases will be heard by three randomly selected members. Strict ethical rules for these individuals have been set to ensure their independence and impartiality, the absence of conflict of interest, bias or appearance of bias. The Tribunal will be composed of fifteen members nominated by the Union and Canada and not by arbitrators nominated by the investor and the defending State. The tribunal will hear cases in divisions of three members appointed via a randomised procedure. CETA is then the first agreement to include an Appeal mechanism (art. 8.28) which will allow the correction of errors and ensure the consistency of the decisions of the Tribunal of first instance[1330]. Furtherly (art. 8.36), CETA introduces full transparency in investment dispute settlement proceedings: all documents (submissions by the parties, decisions of the tribunal) will be publicly available on a United Nations website which the EU will finance and all hearings will be open to the public. Interested parties (NGO's, trade unions) will be able to make submissions. This will be binding and cannot be waived by the tribunal or the parties to a dispute.

[1331] In December 2017, the EU announced that the negotiations between the EU and Japan on the EPA had been finalized. However, for the investment chapter, some aspects remain subject to further negotiation.

On September 6, 2017, Belgium (strong opponent to the signature of CETA) submitted to the Court of Justice of the European Union (CJEU) a request for an opinion on the compatibility of the ICS with the European Treaties[1332].

Specifically, Belgium is requesting an opinion on the compatibility of the ICS with (1) the exclusive competence of the CJEU to provide the definitive interpretation of EU law, (2) the general principle of equality and the "practical effect" requirement of EU law, (3) the right of access to the courts and (4) the right to an independent and impartial judiciary.

The doubt of the compatibility could be overcome also with regards to the EU external action, in the ambit of which, following the Lisbon Treaty, the linkage between global trade and social rights[1333] moves on, keeping the promotion of human dignity and the respect of equality and solidarity, which cannot be scarified by the free trade.

Another limit to the fairness of this clause is due to the presence of the Horizontal social clause[1334] (Art. 9 TFUE), which reads: "In defining and implementing its policies and activities, the Union shall take into account requirements linked to the promotion of a high level of employment, the guarantee of adequate social protection, the fight against social exclusion, (and a high level of education, training and protection of human health)".

The CJEU's response will affect future international agreements negotiated by the European Union: if, according to the CJE, the ICS is not compatible with the EU law, in the future EU's FTAs a more social logic (and less commercial) will be adopted.

In the meantime, the best solution to avoid any negative potential effect of ISDS / ICS on social rights, can be found in the possibility of restricting treaty provisions that are subject to this arbitral resolution of conflict, excluding certain policy areas, such as labour law, so that those clauses cannot be invoked in social matters. Otherwise, all social clauses, and in general, all the commitments to labour, social rights and the right to regulation, would not have reason to be inserted into Treaties.

10. Some concluding remarks: from free trade to fair trade, through a new sustainable legitimation of social clauses.

The most recent European architecture marks an important stage in the passage from *free-trade* to *fair-trade*, in a perspective of strong re-launch of the *linkage* between international trade and promotion of *core labour standards* [1335]. Among the innovations introduced by the Lisbon Treaty is, in fact, relevant the totally unprecedented reference to the inspirational principles of the EU's external action that mark a crucial leap forward in the logic of inter-normativity between trade policies and protection of social rights. The new article 205 of the TFEU establishes that the action of the Union on the international scene lies on the principles, pursues the goals and is conducted complying with the general provisions of the Chapter I of the Title V of the EU Treaty. The reference is in particular to the art. 21 of the Chapter I, which states that the inspiring principles of the

---

1332 https://diplomatie.belgium.be/sites/default/files/downloads/ceta_summary.pdf

1333 A. PERULLI, *Sostenibilità, diritti sociali e commercio globale: la prospettiva del Trans-Atlantic Trade and Investment Partnership (TTIP)*, in *WP CSDLE "Massimo D'Antona".INT* - 115/2015, 10.

1334 On horizontal social clause, cfr. A. PERULLI, *Fundamental Social Rights, Market Regulation and EU External Action*, in *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, 2014, 30,1, 33-39.

1335 A. LYON-CAEN, *A proposito di dumping sociale*, in *Lav. dir.*, 2011.

EU's action are "democracy, the State subject to the rule of law, the universality and indivisibility of human rights and fundamental freedoms, the respect of human dignity, the principles of equality and of solidarity and the respect of the principles of the Charter of UN and of international law".

The introduction of these general provisions applicable to the totality of the EU's external actions, international trade included, represents one of the main systematic innovations of the Lisbon Treaty, which opens unprecedented perspectives in the regulation of the global market, not only according to principles of profit, but of democracy and respect of human rights.

Another significant innovation of the Lisbon Treaty is to be read in this perspective: it is relative to the goals of the relations "with the rest of the world" and it states that the EU affirms and promotes its values and "contributes" to the "sustainable development of the Earth", to "solidarity" and to "fair and equal trade", as well as "to the elimination of poverty and to the protection of human rights" (art. 3 TUE). The Lisbon Treaty represents in this sense a peculiar stage towards a renewed commitment on the part of the EU in the promotion of *core labour standards*, by easing the ILO's normative action and promoting its respect in the field of its external relations, with particular (but not exclusive) reference to the trade and common investment policies. Therefore, we need to deeply ponder on the main sense of this innovation and on the operational possibilities that it opens, with particular emphasis on the notion of *free and fair* trade.

We may groundedly argue, in this sense, that behind this formula (and behind "sustainable development") we have an idea of market and trade that is by all means opposed to the one of neoliberalistic free market, founded on the legitimating of *social dumping*, on the Darwinian competition between social systems and juridical orders. We have a different vision of trade: a fair trade complying with the rules, the principles of equality, solidarity and correctness within exchanges; a trade (and an economic development) that is not to be founded on competitive devaluation of social regimes, but, on the contrary to become an occasion to promote the EU's values and principles, such as that of sustainable development

As a matter of fact, it is not easy to explain the meaning of the concept of fair trade. According to a more restrictive merely economic hypothesis, fair trade alludes to an organization of international trade exchanges that may ensure an equal sharing of trade flows. The right quantity of exportations and importations for each Country would then be the one guaranteeing the equilibrium of the bilateral trade balance with each partner. The issue related to equality may be utilized also to claim an equal treatment of economic actors, by reason of which Governments should grant their national enterprises the same advantages of their foreign competitors. We find in this meaning of equality the idea of a level playing field among *players* that is achievable both through the elimination of unfair advantages of foreign enterprises, and through compensational mechanisms. Also in this perspective, the idea of fair trade breaks up one of the cornerstones of social *dumping*, that is to say the principle of comparative advantages as a foundation of international trade policies. As a matter of fact, social dumping, that consists in less strict labour *standards* within exporting fields, is a possible cause of distortion of trade flows, that may be caused by a "failure" of the government in the *enforcement* of *labour rights*: basically it is definable as an "unfair subsidy" that legitimates the activation of the procedure to impose compensational duties, according to an interpretative line suggested in the cases of environmental dumping, where the tolerance of some Countries with respect to environmental degradation (particularly typical of developing Countries) would result in a sort of subsidization for national industry.

We may formulate a more extensive interpretation of the notion of fair trade in a social perspective by increasing the value of the formulation of the Havana Charter, forefather of forthcoming (however, as reminded never constituted) International Trade Organization (ITO), whereby not only was it provided the obligation to comply with "equal labour conditions", but, even the necessity of a institutional bridge between the ILO and the ITO, in the direction of a profitable integration between liberalization and social *standards*.

Considering all this, the idea of fair trade re-launches the above-mentioned thesis according to which social dumping may be included within subsidizations granted by the State, as an attribution of an advantage to enterprises that falls on the lower cost of the product. However, in this perspective, the usage of the art. XVI of the GATT in social matters – according to a perspective put forward also by the International Metalworkers Federation and analysed by the ILO's International Office of Labour – presumes such an extensive interpretation of the concept of subsidization that it would include in itself the inertia of the State that artificially (and with active will) keeps sub-standards labour conditions.

The will to promote an external action that may be coherent with the promotion and the protection of fundamental social rights is obtained from the analysis of the trade agreements with third Countries.

The same methodology used in the TTIP, CETA and EPA, was followed in the ambit of *free trade agreement* with Korea and the *EU-Cariforum Economic Partnership Agreement*, which could be considered as another exemplification of the EU's approach in this matter, by referring to the respect, the promotion and the effective application of *core labour rights*, the application of the ILO's Conventions and the commitment in order that the policies of *foreign direct investment* are not encouraged by compromise-oriented reductions within the internal legislation in matter of health and security in the workplace or in the de-regulation of *core labour standards* [1336].

In the same way, in the Cariforum Agreement, that is operating within the relationships among the EU and all the Countries of the Caribbean Community (CARICOM), the Preamble refers to the commitment to the respect of "*basic labour rights*", with specific reference to "rights" and not merely *standards* or principles; further, the priorities of cooperation provide for a precise commitment in order to "facilitate the development and the respect of internationally recognized environmental and social standards" (art. 8).

In this perspective, the *compliance* with international labour law results as incorporated in the goals of growth and of development, to the extent that – and this is the most innovative part of the Agreement – "the behaviour of investors is directly interested. Investors must comply with the ILO's *core labour standards*" (art. 72). The art. 74, relative to the maintenance in activity of social *standards*, states with even greater energy that the parties shall ensure that the "*foreign direct investments are not encouraged by relaxing the labour standards in matter of labour and health in the workplace*". Despite the *enforcement* of this provision is entrusted to single Countries, however under the control of the ILO, this clause sends a clear message to potential foreign investors, in order for them to seriously adopt praxis of "social responsibility", instead of recurring to rhetorical as much as inoffensive calls of ethic-social principles.

[1336] See art. 72 of the *EU-Cariforum Agreement*.

Finally, we would like to point out a new tendency regarding the promotion of the compliance of social rights: the inclusion of labour provisions is more often legitimized in terms of human rights, and also increasingly in terms of sustainable development. As a matter of fact, labour standards are included in so-called chapters on "Trade and Sustainable Development", devoted to social and environmental goals, as we saw for TTIP, CETA and EPA.

The concept of sustainable development has allowed for a large political consensus within Europe, to support the inclusion of labour standards in trade agreements. Probably social clauses have finally found an ideal and conceptual paradigm capable of providing new legitimacy and a new impetus for their incorporation into international trade treaties. This new legitimation also benefited from the legislative action of the ILO, which has become the qualified "reference point" for the social pillar of sustainable development; and this happened also thanks to the choice made by the ILO, and that in the end proved to be right[1337], to define the core labour standards with the 1998 Declaration. This choice has in fact allowed to identify in a more specific and clear way the contents of the social clause (I mean the minimum contents that should exist in any social clause), without evidently setting aside the other conventions and therefore the variety and richness of international labour law.

Sustainable Development is, indeed, an economic theory as well as juridical and ethical. Development is often understood as a synonym for economic development or economic growth. Sustainable development builds and modifies the international approach to development which needs to be understood more broadly. In the international community development in the past half-century includes at least four related concepts: peace and security, economic development, social development and national governance that secures peace and development. Each concept is reflected in major multilateral treaties that provide a common framework for relations among nations as well as a shared set of national purposes. In particular, I would like to point out the idea that Social and economic development are closely related, not only conceptually, but also in the practices of social and economic relationships. Countries that have emphasized education, health and related aspects of social development tend to have the best economic performance. Therefore, the link between economic and social sphere is not an unnatural invention and it's not related to utopia or ideology. It's not for nothing that a fundamental Treaty on human rights, The International Covenant on Economic, Social and Cultural rights contains in itself the idea of integration between economic and social sphere.

Nowadays, the UN, with its 2030 Agenda for sustainable development pursues an integrated vision with economic, social, environmental aspects; and a specific point (number 8) is related to employment and decent work, and they provide to push on the promotion of sustained, inclusive and sustainable economic growth and full, productive employment and decent work for all. In particular point 8.8 of the agenda concerns the protection of labour rights and the promotion of safe and secure working environments for all workers, including migrant workers and those in precarious employment. So, labour standards are fully presents in the conceptual framework and in the political agenda of Sustainable Development, and can constitute a new important element

[1337] See B. Langille, *Core Labour Rights - The True Story (Reply to Alston)*, in EJIL, Vol. 16 no.3, 2005, p. 409.

of theoretical and practical justification for the law systems at national[1338], international and supranational level[1339]. At the same time, labour law is undoubtedly an element of that paradigm, capable of providing a response to coordination failures and imperfections which are inherent in the labour market and contribute to economic development and growth[1340].

It is evident that, inside the Sustainable Development paradigm, the economic matter matches with the political-institutional, juridical and ethical matter. Basically, through the paradigm of Sustainable Development, some values coming from afar are reconsidered and are today re-discovered by a non-standard economic thought. Moral concepts such as prudence, social justice, equity are thus revitalized, and a particular emphasis is placed on the use of fundamental social rights in achieving Sustainable Development[1341].

The most accomplished example of this trend is offered by the European Model of Sustainable Development, from the Amsterdam Treaty of the EU that declared that one of the objectives of the European Union is to promote economic and social progress and to achieve balanced and sustainable development, to the Lisbon Declaration in 2000, where the European Council set for the Union the strategic ambitious goal of becoming the most competitive and dynamic knowledge-based economy in the world capable of sustainable economic growth with more and better jobs and greater social cohesion[1342]. Another important innovation introduced by the Treaty that can be interpreted in this context, regarding the goals of relations "*with the wider world", according to which the EU upholds and promotes its values and among other things "contributes […] to the sustainable development of the Earth, solidarity and […] free and fair trade" as well as to the "eradication of poverty and the protection of human rights*" (Art. 3 TUE). In order to comply with a strategy of Sustainable economic growth, when the EU re-planned the regulations on GPS (the generalized preference systems which allows favourable conditions to PVS in trade matters) in the field of its external relations, it has titled this chapter "Sustainable and Good Governance". In the same perspective, within the TTIP negotiations between EU and USA, they are

---

1338 This is why Sustainable Development can be considered as a new paradigm for Italian Labour Law, to exit from the current crisis and to stop the de-regulation process. See A. Perulli, Il contratto a tutele crescenti e la Naspi: un mutamento di "paradigma" per il diritto del Lavoro? in A. Perulli, L. Fiorillo, Contratto a tutele crescenti e Naspi, Decreti legislativi 4 marzo 2015, n. 22 e n. 23, Giappichelli, Torino, 2015; A. Perulli, L'idea di diritto del lavoro, oggi, in A. Perulli (a cura di), L'idea di diritto del lavoro, oggi. In ricordo di Giorgio Ghezzi, Cedam, Padova, 2016, p. XLI; H. Arthurs, Labour Law After Labour, in G. Davidov, B. Langille (eds), The Idea of Labour Law, Oxford University Press, Oxford, 2011; B. Langille, Labour Law's Theory of Justice, ibidem, p. 101; V. Speziale, La mutazione genetica del diritto del lavoro, in Dir. lav. mer., 2016, 2.

1339 See T. Novitz, *The Paradigm of Sustainability in a European Social Context: Collective Participation in Protection of Future Interests?*, IJCLLIR, 2015, 243; T. Treu, *Labour Law and Sustainable Development*, WP CSDLE "Massimo D'Antona".INT-130/2016

1340 See S. Deakin, *The Contribution of Labour Law to Economic Development and Growth*, Centre for Business Research, University of Cambridge, Working Paper No. 478, March 2016

1341 See R. Zahn & D. Mangan, *Labour Standards and Sustainable Development: Unpicking the EU's Approach*, IJCLLIR, 2015, 233.

1342 The European Commission works to ensure that EU trade policy evolves to meet the Union's overarching economic and political aims, including by enhancing coherence between trade policy and other EU external and internal policies. For example, trade policy contributes to the integrated policy-making of the 2030 Agenda for Sustainable Development by focusing not only on economic aspects, but also furthering social and environmental objectives, and contributes to the European Agenda on Migration and the European Agenda on Security (Brussels, 13.9.2017 COM (2017) 492 final COMMUNICATION FROM THE COMMISSION TO THE EUROPEAN PARLIAMENT, THE COUNCIL, THE EUROPEAN ECONOMIC AND SOCIAL COMMITTEE AND THE COMMITTEE OF THE REGIONS A Balanced and Progressive Trade Policy to Harness Globalisation; WHITE PAPER ON THE FUTURE OF EUROPE, Reflections and scenarios for the EU27 by 2025, European Commission COM (2017) 2025 of 1 March 2017).

discussing the social clause within a chapter of the Treaty dealing with Sustainable Development[1343]. More generally it can be surely stated that, thanks to this paradigm, the promotion of the international labour rights has become part of a wider frame on *Trade and Sustainable Development* assuming the status of "unobjectionable norm" in EU trade agreement[1344].

Inside this complex framework, there is an important evolutionary perspective to be attentively considered. As far as now, it was the social dimension to push on the trade dimension to find acknowledgement. Today, the situation is far more balanced and it is the current trade sphere to be interested in internalizing the social concerns coming from the society, as there would be a failure in achieving any sort of growth, without taking social issues into consideration. As a matter of fact, as a Nobel prize winner has recently written, the failures of globalization must be attributed to the fact that the international economic institutions have been mainly driven by commercial and financial interests and eventually, a very much peculiar vision of the role of governments and markets has prevailed; consequently, the trade agreements have been unfair, because they have favoured the advanced nations to the detriment of workers, both in advanced Countries and developing Countries[1345]. This is demonstrated by the substantial failure of the policies – dating back to the 80's – of IMF, WB and WTO. As a matter of fact, the Countries which actually followed their prescriptions did not achieve any economic development nor democracy[1346]. In almost all Countries involved into such policies, the effect has been a massive increase of debts versus foreign creditors, and heavy cuts of public funds to the welfare, education, health system, infrastructures.

As a consequence, if up until a recent past the matter of social clause merely involved the field of a perspective of "resistance" to the most negative effects of the liberalization of markets, with all the possible reserves on a strategy of Western economic systems accused of "masked protectionism", the evolution of globalization, with its failures and contradictions, allows to position the matter in a wider and ambitious perspective today: as an aspect of the dynamic inter-relation between the sphere of the international market's regulation and the development of non-trade, social and environmental policies; more generally, in the field of possible international or even global economic policies[1347], within the range of a Sustainable Development paradigm.

[1343] See A. Perulli, *Sustainability, Social Rights and International Trade: The TTIP*, IJCLLIR, 2015, 473

[1344] See L. Van Den Putte & J. Orbie, *EU Bilateral Trade Agreements and the Surprising Rise of Labour Provisions*, IJCLLIR, 2015, 263. The approach of the EU to social issues in the sphere of external action consists of two main perspectives. On the one hand, it has a highly developed practice in including human rights clauses in its international agreements (including regional trade agreements) which allow for the suspension of the agreement in the event that one of the parties violates human rights or democratic principles. On the other, it deals with social matters, including labour standards, by way of co-operation, entailing where necessary financial and technical assistance. For instance, concerning the Agreement which contains a type of human/social rights clause on the model of EU agreements, we can make reference to the EU-Algeria Association Agreement, the EU-Jordan Agreement, the EU Chile Agreement, and the EU-Syria Agreement, in which the term "fundamental social rights" is used for the purpose of "giving priority to such rights" or to "recognize the responsibility to guarantee basic social rights". In the Cotonou Agreement the parties have incorporated legally binding standards "reaffirming their commitment to the internationally recognized core labour standards, as defined by the relevant International Labour Organisation (ILO) Conventions"; see A. Perulli, *Fundamental Social Rights, market Regulation and EU External Action*, IJCLLIR, 2014, 41.

[1345] J. E. Stiglitz, *Globalization and Its Discontent Revisited. Anti-Globalization in the Era of Trump*, 2002, 2018.

[1346] See S. Sassen, *Expulsion: Brutality and Complexity in the Global Economy*, Cambridge, Mass., Harvard University Pres, 2014.

[1347] Cfr. H. W. Arthurs, *Extraterritoriality by Other Means: How labour Law Sneaks Across Borders, Conquers Minds, and Controls Workplaces Abroad*, Comparative Research in Law & Political Economy. Research Paper No. 25/2010.

Considering this, the current challenge is neither to liberalize the trade regime, nor to go back to anti-historic nationalisms, but to make the existing trade openness sustainable and compatible with the idea of social justice.

Essential Bibliography.

Addo K., *Core Labour Standards and International Trade: lessons from the regional context*, Springer, 2015; Alston P., *Labour Rights as Human Rights*, Oxford University Press, 2005; Ankersmit L., *Free Trade, Fair Trade, and Green Trade in and with the EU: Process-based Measures within the EU Legal Order*, Cambridge University Press 2017; Bamber G.J., Lansbury R.D., Wailes N., Wright C.F. (eds.), *International and Comparative Employment Relations. National regulation, global changes*, A&U Academic, 6th ed., 2015; Benedek W., De Feyter K., Marrella F. (edited by), *Economic Globalisation and Human Rights*, Cambridge, 2007; Bhagwati J., *In Defense of Globalization:With a New Afterword*, Oxford University Press, 2007; Cagnin V., *What future for social rights under the new Transatlantic Trade and Investment Partnership (TTIP)? Some reflections on TTIP*, in *Economia e Lavoro*, n. 2, 2015, 77; Compa L., Diamond S.F. (eds.), *Human Rights, Labor Rights and International Trade*, University of Pennsylvania Press, 1996; Compa L., *The North American Free Trade Agreement (NAFTA) and the North American Agreement on Labour Cooperation (NAALC), International Encyclopedia of Laws*, *Labour Law and Industrial Relations*, 2008, 110; Faioli M., *The Quest for a New Generation of Labour Chapter in the TTIP*, in Economia & Lavoro, 2015, 2; Galgano F., Marrella F., *Diritto del Commercio internazionale*, Padova, 2011; Gehring M.W., Segger M-C.C., *Sustainable Development in World Trade Law*, Ed. Kluwer Law International, 2015; Grigoli F., The Impact of Trade Integration on Business Cycle Synchronization for Mercosur Countries, in *European Journal of Comparative Economics*, 2012, vol. 9, 1; Happle B., *Labour Law and Global Law*, Hart Publishing, 2005; Held D., *Global Covenant. The social democratic alternative to the Washington Consensus*, Cambridge, Polity Press, 2004; Lyon-Caen A., *Multinationals and the Constitutionalization of the World Power System*, (avec J-P. Robé et S. Vernac), ed. Ashgate, Londres, 2016; Lyon-Caen A., *Le droit social international et européen*, 10e éd., Dalloz, 2016; Marrella F., *Manuale di diritto del commercio internazionale*, Cedam, 2017; Moreau M., *Normes sociales, droit du travail et mondialisation*, Paris, 2006; Novitz T., *Labour Standards and Trade: Need we choose between 'Human Rights' and 'Sustainable Development'?*, in *Labour Standards in International Economic Law*, Springer, 2018; Pantano F., Salomone R. (2008), *Trade and labour within the European Union Generalized System of Preferences*, Jean Monnet Working Paper Series, 2015; Perulli A., *Sustainability, Social Rights and International Trade: The TTIP*, in *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, vol. 32, 2015, 473; Sachs J., *L'era dello sviluppo sostenibile*, Università Bocconi Editore, 2015; Sappideen R., He L.L., *Dispute Resolution in Investment Treaties: Balancing the Rights of Investors and Host States*, (2015) 49 Journal of World Trade, Issue 1, 85; Sybe A. de Vries, *Protecting Fundamental (Social) Rights through the Lens of the EU Single Market: The Quest for a More 'Holistic Approach*, in *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, 2016, 32, Issue 2, 203; Treu T., *Globalizzazione e diritti umani. Le clausole sociali dei trattati commerciali e negli scambi internazionali fra imprese*, in *Stato e Mercato*, 2017; Treu T., *Labour Law and Sustainable Development*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"*, n. 130, 2016; Van der Bossche P., *The law and Policy of the World Trade Organisation - Text, Cases and Materials*, Cambridge University Press, 2017; Vogt J., *A Little Less Conversation: The EU and the (Non) Application of Labour Conditionality in the Generalized System of Preferences (GSP),* 2015, 31 in *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial*

Relations, Issue 3, 285; Willems A., Theodorakis N., *The China-Australia Free Trade Agreement: FTAs as the New Way to Liberalise Trade*, in *International Trade Law & Regulation*, 2015, Issue 3, 70; Zahn R., Mangan D., *Labour Standards and Sustainable Development: Unpicking the EU's Approach*, in *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, Issue 3, 2015, 223; Perulli A., *Diritto del lavoro e globalizzazione. Clausole sociali, codici di condotta e commercio internazionale*, Cedam, 1999; Perulli A., *Globalisation and Social Rights*, in Benedek, De Feyter abd Marrella, *Economic Globalisation and Human Rights*, Cambridge University Press, 2007, pp. 93-134; Perulli A., *Fundamental Social Rights, Market Regulation and EU External Action*, IJCLLIR, Vol. 30, 2014, pp. 27-47; Perulli A., *Sustainability, Social Rights and International Trade: The TTIP*, IJCLLIR, Vol. 31, 2015, pp- 473-495; Perulli A., Treu T. (eds*), Sustainable Development, Global Trade and Social Rights*, Kluwer International, 2018; Perulli A*., Sustainable Development, Global Trade and Social Rights: An Evolutionary Perspective*, ibidem, p. 15; Bellace J., *The link between Trade and Social Clauses*, ibidem, pp. 57 ss; Goldin A., *The MERCOSUR (Southern Common Market): Argentina, Brazil, Paraguay, Uruguay and Venezuela*, ibidem, pp. 41 ss; Treu T., *Globalization and Human Rights: Social Clauses in Trade Agreements and in International Exchanges among Companies*, ibidem, p. 99; Weiss M., *The EU Generalised Scheme of Preferences and the Special Incentive Arrengement for Sustainable Development and Good Governance*, ibidem, p. 121.

"*Lo chiamavano Dignità*": prime note su tecnica e politica a margine del d.l. n. 87/2018, conv. in l. n. 96/2018*

Francesco Di Noia

1. L'irresistibile tentazione di modificare la disciplina lavoristica: l'*atto I* del Governo Conte. 442

2. "Dignità" e lavoro temporaneo: le modifiche al contratto a termine… 444

3. …alla somministrazione… 449

4. …e al lavoro occasionale. 452

5. "Dignità" e licenziamento: il (blando) ritocco alla disciplina della tutela indennitaria... 455

6. …e il suo (incisivo) effetto "preterintenzionale" in seguito a Corte cost. n. 194/2018. 457

7. Tra tutela e propaganda: continuità e discontinuità nelle politiche del lavoro a cavallo del III millennio. 460

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 381/2018

"La delicatezza e la dignità non s'imparano dal maestro di ballo ma alla scuola del cuore."
(Fëdor Dostoevskij, *L'idiota*, 1869)

1. L'irresistibile tentazione di modificare la disciplina lavoristica: l'*atto I* del Governo Conte.

All'irresistibile (e ormai cronica) tentazione di porre mano alla disciplina lavoristica ha ceduto anche il neo Governo Conte, contribuendo a rafforzare l'idea che il *corpus* normativo italiano in questo specifico settore abbia "la forma dell'acqua" e, quindi, muti a seconda del contenitore o della superficie con i quali di volta in volta entra in contatto.

La parola d'ordine è "cambiare" e, del resto, per un Governo (autoproclamatosi) del "cambiamento" il modo migliore per segnare in maniera plastica la discontinuità con gli Esecutivi del quinquennio precedente[1348] dev'essere sembrato quello di prenderne d'assalto uno degli interventi più incisivi.

La furia iconoclasta della nuova maggioranza si è abbattuta su quella serie di provvedimenti, ormai comunemente conosciuti con il nome di *Jobs Act*, approvati tra il 2014 e il 2015 (e, in alcuni casi, già modificati negli anni successivi) dalla eterogenea maggioranza formatasi all'indomani delle elezioni politiche del 2013, che hanno ridisegnato (con un progetto che, al di là del giudizio di merito, può definirsi organico) la fisionomia del nostro diritto del lavoro. Alcuni di questi provvedimenti sono finiti sotto la scure riformatrice della nuova compagine governativa che, con decretazione d'urgenza (d.l. n. 87/2018, conv. in l. n. 96/2018, c.d. *Decreto Dignità*)[1349], ha introdotto – in un testo normativo dai molteplici contenuti[1350] – alcune importanti modifiche alla disciplina del lavoro temporaneo (d.lgs. n. 81/2015 e d.l. n. 50/2017, conv. in l. n. 96/2017) e delle conseguenze del licenziamento illegittimo (d.lgs. n. 23/2015).

[1348] I Governi presieduti da Enrico Letta (28 aprile 2013-22 febbraio 2014), Matteo Renzi (22 febbraio 2014-12 dicembre 2016) e Paolo Gentiloni (12 dicembre 2016-1° giugno 2018). Per un'analisi delle politiche del lavoro messe in campo in questo periodo e, in modo particolare, nel biennio 2014-2015 si rinvia, per tutti, a F. CARINCI (a cura di), *La politica del lavoro del Governo Renzi*, Atti del X Seminario di Bertinoro-Bologna del 23 e 24 ottobre 2014, ADAPT Labour Studies, e-Book series, 2015, 40; ID. (a cura di), Jobs Act*: un primo bilancio*, Atti del XI Seminario di Bertinoro-Bologna del 22 e 23 ottobre 2015, ADAPT Labour Studies, e-Book series, 2016, 54; M. RICCI, *Le politiche del lavoro del Governo Renzi*, *ADL*, 2016, 2, 234 ss. e V. BAVARO, *La politica del lavoro del governo Renzi*, www.ildiariodellavoro.it, 11 luglio 2014.

[1349] Per un primo commento alle novità introdotte in materia lavoristica dal d.l. n. 87/2018, cfr. M. MENEGOTTO, F. SEGHEZZI, S. SPATTINI (a cura di), *Misure per il contrasto al precariato: primo commento al decreto-legge n. 87/2018 (c.d. Decreto Dignità)*, ADAPT Labour Studies, e-Book series, 2018, 73; M. MARAZZA, *Decreto Dignità: prime considerazioni sulle novità in materia di contratto di lavoro a termine e somministrazione di lavoro*, *GC.com*, 12 luglio 2018; F. BACCHINI, *Decreto Dignità e mercato del lavoro: "ritorno al futuro" o al passato?*, www.ipsoa.it, 4 agosto 2018; L. MARIUCCI, *Luci e ombre del decreto-dignità*, www.comma2.it, 7 agosto 2018; P. RAUSEI, *Il lavoro a termine dopo il Decreto Dignità*, *DPL*, 2018, 34-35, 2056 ss. e ID., L*a somministrazione di lavoro dopo la riforma*, *ivi*, 2018, 36, 2105 ss. Per un'analisi della disciplina definitiva varata all'esito delle importanti modifiche introdotte in sede di conversione, invece, cfr. F. SCARPELLI, *Convertito in legge il "Decreto Dignità": al via il dibattito sui problemi interpretativi e applicativi*, *GC.com*, 3 settembre 2018; V. FILÌ, *Decreto legge n. 87 del 2018 convertito nella legge n. 96 e dignità dei lavoratori*, *LG*, 2018, 10, 869 ss. e L. ZOPPOLI, *Il diritto del lavoro gialloverde: tra demagogia, cosmesi e paralisi regressiva*, in *WP "Massimo D'Antona".IT*, 377/2018.

[1350] Accanto a quelle lavoristiche (Capo I), il decreto reca disposizioni per il contrasto al fenomeno delle delocalizzazioni (Capo II) e al disturbo da gioco d'azzardo (Capo III), oltre che in materia di semplificazione fiscale (Capo IV).

Prima di soffermarci sulle disposizioni lavoristiche del decreto, però, è opportuno premettere alcune considerazioni di carattere generale. La prima riguarda il piano del metodo. Per essere l'*atto I* di un Governo del cambiamento, l'armamentario utilizzato non sembra poi così dissimile da quello degli Esecutivi succedutisi negli ultimi decenni. Il riferimento è all'utilizzo (quando non al vero e proprio "abuso") della decretazione *ex* art. 77 Cost., impiegata per l'approvazione del primo intervento di peso della nuova Legislatura.

L'utilizzo del decreto legge (che nel corso degli anni è divenuto vero e proprio «strumento ordinario di legiferazione»[1351], se non proprio «sostitutivo» di quello parlamentare[1352]) anche in questo caso sembra la strada più veloce per l'attuazione del programma di Governo e, nella particolare dinamica politica di maggioranza, il modo più immediato del M5S per rispondere, sul piano dell'esposizione mediatica, all'iper-attivismo dell'alleato di governo sui temi popolarissimi e tra loro connessi dell'immigrazione e della sicurezza[1353].

L'Esecutivo giallo-verde ha così preferito imboccare la scorciatoia del decreto legge anziché la più tortuosa via della presentazione di un disegno di legge, che avrebbe inserito il provvedimento nella fisiologica dinamica della produzione normativa e, quindi, nella sfera di competenza del Parlamento, da troppo tempo relegato a «luogo lasciato all'opposizione e alle sue sconfitte»[1354].

Invero, senza voler sminuire la portata devastante della diffusione delle tipologie contrattuali c.d. flessibili (una – ma non la sola[1355] – tra le cause della precarizzazione dei rapporti lavorativi, che ormai caratterizza il nostro mercato del lavoro), si fa fatica a scorgere i casi «straordinari di necessità e di urgenza» che hanno portato all'emanazione del d.l. n. 87[1356] il quale, come si vedrà dall'analisi delle novità introdotte in materia di lavoro temporaneo (contratto a termine, somministrazione di lavoro e lavoro accessorio), rischia di trasformarsi in un vero e proprio *boomerang* e di ampliare le criticità che si prefiggeva di combattere.

La seconda considerazione contribuisce a offrire strumenti di lettura sul decreto in commento e, in chiave prognostica, sulla produzione normativa non solo lavoristica di cui questo primo provvedimento rappresenta il prototipo[1357]. Si tratta della dimensione mediatico-propagandistica dell'attività di Governo *latu senso* intesa (e, quindi, comprensiva della produzione normativa di impulso governativo): una spettacolarizzazione dei provvedimenti adottati che si traduce nella

---

1351 G. F. CIAURRO, *Decreto-legge* (voce), *Enc. dir.*, X, Roma, 1988, 831.

1352 Per tutti v. F. MODUGNO, D. NOCILLA, *Crisi della legge e sistema delle fonti*, *DS*, 1989, 425 ss. e sul decreto-legge come «disegno di legge rinforzato dall'urgenza» cfr. A. CELOTTO, *Problemi sul decreto-legge*, Napoli, 2009, 10 ss. e già F. MODUGNO, A. CELOTTO, *Rimedi all'abuso del decreto-legge*, *GCost.*, 1994, 2232 ss. Tra i giuslavoristi, questo fenomeno è stato "denunciato" di recente da F. MARTELLONI, *Lavoro, diritto e democrazia. La norma giuslavoristica in cerca di legittimazione: rilievi critici*, Milano, 2018, in part. 25 ss.

1353 In questi termini anche L. ZOPPOLI, *Il diritto del lavoro gialloverde: tra demagogia, cosmesi e paralisi regressiva*, cit., 8.

1354 C. CHIMENTI, *Il ruolo delle assemblee elettive nella forma di governo*, in M. SICLARI (a cura di), *I mutamenti della forma di governo tra modificazioni tacite e progetti di riforma*, Roma, 2008, 182.

1355 Di questo avviso F. SCARPELLI, *op. cit.*, 9, secondo cui il d.l. n. 87/2018 «non sfugge, come molte precedenti riforme, a un'idea della precarietà basata esclusivamente sulla tipologia contrattuale di impiego, che è uno degli elementi del problema, ma non necessariamente (o non più necessariamente) quello centrale».

1356 In questo senso si v. F. SCARPELLI, *op. cit.*, 4; V. FILÌ, *op. cit.*, 870 e F. BACCHINI, *op. cit.*

1357 Si v., ad esempio, le interessanti riflessioni sui provvedimenti penalistici messi in cantiere dalla nuova maggioranza svolte da A. MANNA, *Il fumo della pipa (il c.d. populismo politico e la reazione dell'Accademia e dell'Avvocatura)*, *AP*, 2018, 3, 1, secondo cui «l'azione di Governo, per la prima volta dopo tanti lustri, non si affida più ad un'analisi *razionale* dell'esistente, bensì utilizza un'azione politica che, attraverso i mezzi di comunicazione di massa, in particolare di carattere cibernetico e, quindi di enorme diffusività, non si riferisce alla ragione del popolo ma ha l'obiettivo di colpire gli "stati emotivi" della popolazione stessa».

scelta di titoli o *slogan* "ad effetto" per la loro presentazione[1358], rendendo strutturale una tendenza che non nasce con l'attuale Governo (lo stesso *Jobs Act*, ad esempio, ne è una delle prime sperimentazioni)[1359] ma che proprio in questa fase trova il suo compiuto inveramento. Di più. Fa un salto di qualità: se, infatti, il complesso normativo varato dal Governo Renzi è stato presentato giornalisticamente con il nome di *Jobs Act* (conservando – la l. delega e i decreti delegati – rubriche normative più "sobrie"), questo primo atto del Governo Conte ha assunto il nome altisonante di *Decreto Dignità*, oltre che nella proiezione pubblica, anche nella rubrica dell'atto normativo ("*Disposizioni urgenti per la dignità dei lavoratori e delle imprese*").

Al di là della mera questione semantica[1360] (che pure si considera di non secondaria importanza, atteso che «le parole sono importanti!»[1361]), però, c'è una dimensione più profonda che attiene al merito di un provvedimento che, almeno stando alle dichiarazioni del Ministro del Lavoro in carica, l'On. Luigi Di Maio, avrebbe dovuto rappresentare la «Waterloo della precarietà».

Le brevi riflessioni che seguono, quindi, saranno svolte percorrendo i due binari, spesso tangenti, dell'analisi tecnico-giuridica delle modifiche apportate dal *Decreto Dignità* e della politica del diritto ad esse sottesa, al fine di cogliere la corrispondenza tra le intenzioni e i possibili effetti delle modifiche legislative e, per tale via, segnalare profili di continuità ed elementi di rottura con le politiche del lavoro degli ultimi venticinque anni. In quest'ottica, nell'economia del commento, si analizzeranno gli istituti lavoristici interessati dall'intervento normativo in questione così come risultanti dalla l. n. 96/2018, senza tenere conto delle pur interessanti questioni di diritto transitorio, originate dalla breve vigenza del differente testo del d.l. n. 87, poi emendato e integrato nel corso dell'*iter* parlamentare di conversione[1362].

2. "Dignità" e lavoro temporaneo: le modifiche al contratto a termine…

La parte più consistente delle modifiche apportate dal *Decreto Dignità* ha interessato la disciplina del lavoro temporaneo, ovvero quella delle tipologie contrattuali diverse dal contratto di lavoro a tempo indeterminato e che consentono l'utilizzo di manodopera di lavoro per un tempo definito (contratto a termine) o mediante l'impiego di personale assunto da un intermediario a ciò abilitato (somministrazione) o per lo svolgimento di prestazioni occasionali rese in particolari settori e con carattere di residualità (lavoro accessorio).

1358 Di «intitolazione molto evocativa e fortemente simbolica» parla V. FILÌ, *op. cit.*, 869.

1359 R. DE LUCA TAMAJO, *La vicenda del contratto a termine come metafora della legislazione del lavoro a cavallo del secolo*, in A. CIRIELLO (a cura di), *Giudici e cambiamenti del diritto del lavoro*, Napoli, 2018, 323 e *ivi* L. ZOPPOLI, *Com'è cambiato il diritto del lavoro*, 333, secondo cui i cambiamenti che hanno investito la disciplina lavoristica dell'ultimo decennio sono stati apportati «all'insegna del *marketing* politico».

1360 In proposito si condivide quanto affermato da P. P. PASOLINI, *Saggi sulla letteratura e sull'arte*, Milano, 1999, 2844, secondo cui «la lingua è la spia dello spirito».

1361 Il riferimento è alla celebre battuta del protagonista di *Palombella rossa* di Nanni Moretti. Fuor di metafora, peraltro, ai fini della presente riflessione, la questione assume una certa importanza: le parole "sono importanti" perché il loro uso trasforma gli assetti politici dell'uomo. Il linguaggio non è mai neutro politicamente, giacché «ogni volta che è in gioco […] la situazione diviene politica per definizione, perché è il linguaggio che fa dell'uomo un essere politico» (H. ARENDT, *The Human Condition*, Chicago, 1958, trad. it. di Sergio Finzi, *Vita activa*, Milano, 1989, 3).

1362 Sul punto, invece, oltre ai già citati contributi di F. SCARPELLI e V. FILÌ, si v. il saggio di A. MARESCA, *Contratto di lavoro e somministrazione a termine: il regime transitorio nel Decreto Dignità*, *ADL*, 2018, 4-5, 1012 ss.

L'intervento si apre con importanti modifiche al contratto di lavoro a termine che, dopo l'eliminazione della "causale" operata in via graduale prima con la l. n. 92/2012 (c.d. *Legge Fornero*) e poi con il d.l. n. 34/2014 (c.d. *Decreto Poletti*)[1363], è ora disciplinato dalle disposizioni del d.lgs. n. 81/2015. Il *Decreto Dignità*, con l'intenzione di porre un freno al suo eccessivo utilizzo[1364], ha operato in molteplici direzioni, riducendo il limite massimo di durata del contratto, re-introducendo le causali giustificatrici per i contratti di durata superiore a dodici mesi, diminuendo il numero di proroghe effettuabili nell'àmbito dello stesso rapporto, prolungando il termine per l'impugnazione del contratto e incrementando il costo contributivo per ogni rinnovo.

La prima disposizione dell'intervento si apre con la sostituzione del comma 1 dell'art. 19, d.lgs. n. 81/2015, a mente della quale oggi «al contratto di lavoro subordinato può essere apposto un termine di durata non superiore a dodici mesi». Nella nuova disciplina, quindi, il limite massimo di durata del contratto si riduce drasticamente, passando dai trentasei mesi della previgente formulazione ai dodici mesi previsti dalla novella del 2018. Se questa, però, è la regola generale, la stessa disposizione contiene un'eccezione, là dove prevede che il contratto possa avere una durata superiore – e comunque non eccedente i ventiquattro mesi – in presenza di alcune condizioni. E qui viene alla luce la seconda novità, ovvero la reintroduzione delle causali giustificatrici per il rinnovo del contratto a termine (a prescindere dalla durata complessiva dei rapporti) ovvero per la stipulazione e la proroga di contratti a termine di durata superiore a dodici mesi[1365]. Il legislatore della riforma pone quale condizione per la maggiore durata del contratto a termine il verificarsi (*ergo*: l'esplicitazione nel patto negoziale) di «esigenze temporanee e oggettive, estranee

[1363] Invero già anticipata per alcune imprese concessionarie di servizi postali (art. 1, comma 558, l. n. 266/2005), come ricordato da L. ZOPPOLI, *La disciplina post-vincolistica del lavoro a termine in Italia*, in P. SARACINI, L. ZOPPOLI (a cura di), *Riforme del lavoro e contratti a termine*, Napoli, 2017, 23-24 e, prima ancora, per incentivare l'assunzione di lavoratori iscritti nelle liste di mobilità (art. 8, comma 2, l. n. 223/1991) o, al fine di ridurre il *deficit* previdenziale, per consentire la prosecuzione del rapporto di lavoro dei dipendenti che differissero il pensionamento di anzianità (art. 75, l. n. 288/2000), come evidenziato da R. SANTUCCI, *I vincoli sistematici (costituzionali) al contratto a termine acausale*, in F. CARINCI (a cura di), *La politica del lavoro del Governo Renzi*, cit., 223.

[1364] Il contratto a termine, infatti, pur dopo l'introduzione nel 2015 di un contratto di lavoro a tempo indeterminato molto più alleggerito sul piano delle garanzie (e, per il primo triennio, oggetto di una significativa decontribuzione), ha sempre mantenuto un grande *appeal*, facendo registrare un costante aumento a discapito di quella che, per utilizzare la definizione contenuta nell'art. 1, d.lgs. n. 81/2015, è ritenuta (almeno nella prospettiva del legislatore) la "forma comune di rapporto di lavoro" (il contratto a tempo indeterminato, pur nella sua nuova veste "a tutele crescenti"). Sull'alternatività tra contratti a tempo determinato e contratti a tempo determinato, tra gli altri, si v. L. MENGHINI, *Contratto di lavoro a termine e contratto a tempo indeterminato: attualità di un'alternativa*, *Labor*, 2018, 3, 253 ss.; G. LUDOVICO, *Contratto a tempo determinato* vs *contratto a tutele crescenti. Gli obiettivi e i risultati del* Jobs Act *tra flessibilità e incentivi economici*, *DRI*, 2018, 1, 63 ss.; A. PRETEROTI, *Contratto a tempo determinato e forma comune di rapporto di lavoro dopo il* Jobs Act, Torino, 2016 e, prima dell'introduzione del Catuc ma già dopo la liberalizzazione totale del contratto a termine, E. GRAGNOLI, *La nuova regolazione del contratto a tempo determinato*, *LG*, 2014, 5, 429 ss. Sulle cause della crescita del numero di rapporti a termine negli ultimi anni, invece, cfr. C. DELL'ARINGA, F. DE NOVELLIS, M. BARBINI, V. COMEGNA (2018), *L'esplosione dei contratti a termine: fattori ciclici o strutturali?*, www.arel.it, consultato il 29 settembre 2018 e G. BOVINI, E. VIVIANO, *Italy's "employment-rich" recovery: a closer look*, in *Questioni di Economia e Finanza* (Occasional Papers), 2018, n. 461, www.bancaditalia.it. Si v., inoltre, l'analisi svolta su dati e convenienze di tale tipologia contrattuale da G. OLINI, *Contratti a termine: ragioniamo sui differenziali*, *DLRI*, 2018, n. 158, 507 ss. e in part. 509, per il quale i contratti a termine «hanno vantaggi per l'impresa che sono solo molto marginalmente bilanciati, ammesso che lo siano, da differenziali di costo», atteso che lo scarto in termini di oneri tra il contratto a termine e il contratto a tempo determinato «è troppo basso, spesso inesistente».

[1365] Stando alla *littera legis*, infatti, il rinnovo deve essere sempre "causale" anche qualora la durata del nuovo contratto, sommata a quella del contratto precedente, risulti complessivamente inferiore a dodici mesi (il nuovo comma 01 dell'art. 21, d.lgs n. 81/2015, infatti, prevede che «il contratto può essere rinnovato solo a fronte delle condizioni di cui all'art. 19, comma 1»). Tale interpretazione sembra corroborata dalla Circolare del Ministero del Lavoro n. 17 del 31 ottobre 2018, secondo cui è possibile «prorogare liberamente un contratto a tempo determinato entro i 12 mesi, mentre per il rinnovo è sempre richiesta l'indicazione della causale» (punto 1.1).

all'ordinaria attività, ovvero esigenze di sostituzione di altri lavoratori» o di «esigenze connesse a incrementi temporanei, significativi e non programmabili, dell'attività ordinaria».

Con la reintroduzione delle causali (ma solo per i contratti di durata superiore all'anno, come peraltro già previsto dalla l. n. 92/2012), quindi, si è voluto colpire – almeno nell'ottica del legislatore – quei contratti a termine che, in realtà, mascheravano rapporti di lavoro attivati per esigenze stabili delle imprese. Di conseguenza, con l'entrata in vigore della nuova disciplina (che il legislatore, per questa parte, ha posposto al 1° novembre 2018), i datori di lavoro che vorranno assumere un lavoratore con un contratto a termine di durata superiore a dodici mesi (o prorogare/rinnovare un contratto prima previsto per un termine inferiore) dovranno dimostrare la temporaneità della richiesta, derivante da esigenze estranee all'ordinaria attività (come, ad esempio, potrebbe essere la sostituzione di macchinari o l'aggiornamento di un *software*), dalla sostituzione di lavoratori o da incrementi dell'attività ordinaria che, però, devono essere «temporanei, significativi e non programmabili»: è, ad esempio, il caso di una commessa improvvisa (e, quindi, "inaspettata" con riferimento al flusso ordinario degli ordinativi), significativa (che comporti un incremento dei livelli della produzione superiori a una determinata soglia) e temporanea (destinata a rientrare nel breve periodo).

La nuova formulazione delle causali rappresenta un importante irrigidimento della disciplina, sia rispetto all'impianto recepito dal *Jobs Act* che a quello della disciplina antecedente al 2012 (che faceva riferimento alle più ampie ragioni «di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo», il c.d. "causalone")[1366], che verosimilmente darà nuovo impulso all'opera della giurisprudenza nel definire i contorni della previsione normativa, aumentando il contenzioso che negli ultimi anni aveva subito una drastica riduzione[1367].

L'ulteriore irrigidimento della disciplina del contratto a termine, inoltre, può essere colto in un'altra serie di condivisibili modifiche: l'abbassamento del numero delle proroghe effettuabili nell'àmbito del medesimo rapporto (che il legislatore del *Jobs Act* aveva innalzato a 5 e quello del *Decreto Dignità* ha abbassato a 4), il prolungamento del termine per l'impugnazione del contratto (passato da 120 a 180 giorni)[1368] e l'aumento del costo contributivo per i rinnovi, attraverso l'accrescimento nella misura dello 0,5 del contributo addizionale (pari all'1,4 della retribuzione imponibile ai finii previdenziali)[1369] che, peraltro, resta escluso per alcune tipologie di contratti e viene restituito in caso di trasformazione del contratto a tempo indeterminato o di assunzione entro il termine di sei mesi dalla data di cessazione del rapporto a tempo determinato.

Alla luce delle modifiche brevemente esposte non possono essere taciute incongruenze e controindicazioni della nuova normativa.

Sul piano delle incongruenze, deve essere evidenziata una contraddizione rispetto alla scelta di politica del diritto compiuta (o quantomeno dichiarata) dalla nuova maggioranza, ovvero quella di debellare la precarietà del lavoro mediante la stretta all'utilizzo delle tipologie contrattuali a

---

[1366] Art. 1, comma 1, d.lgs. n. 368/2001.

[1367] Come rilevato da F. D'AMURI, R. NIZZI, *Tendenze recenti nel contenzioso in materia di lavoro privato*, *DRI*, 2018, 3, 947 ss.

[1368] In tal modo si fanno coincidere, come osservato da V. FILÌ, *op. cit.*, 873, i due termini impugnatori (extragiudiziale e giudiziale).

[1369] Art. 2, comma 28, l. n. 92/2012.

termine. La nuova disciplina, infatti, per espressa previsione del legislatore[1370] non trova applicazione ai contratti stipulati dalle Pubbliche Amministrazioni[1371], dove pure il fenomeno del precariato, anche a causa del lungo blocco del *turn over*, ha sempre avuto notevoli proporzioni[1372].

Tale scelta, comprensibilmente volta a scongiurare la dispersione di professionalità ormai indispensabili per il buon funzionamento della macchina amministrativa, oltre ad allargare la forbice tra le discipline del lavoro privato e pubblico (con buona pace delle finalità degli interventi riformatori dei primi anni '90 del secolo scorso), rappresenta un profilo di debolezza nella virata "garantista" impressa dal nuovo Governo.

Sotto il profilo teleologico, questa vistosa eccezione depotenzia non poco la portata innovativa della modifica: anche se la normativa in materia di lavoro alle dipendenze delle Pubbliche Amministrazioni riconosce espressamente l'eccezionalità del ricorso al lavoro temporaneo[1373], il distinguo operato dal legislatore della riforma tradisce – anche solo sul piano simbolico – la volontà di sottrarre le Pubbliche Amministrazioni ai "costi" (soprattutto di carattere organizzativo) della novella del 2018.

Sembrerebbe, quindi, che lo Stato, se, nelle vesti di legislatore, si prodiga per imporre una svolta razionalizzatrice (se non proprio moralizzatrice) in materia di lavoro temporaneo, in quelle di datore di lavoro, si guarda bene dal condividerne i costi.

Un'altra esclusione alla nuova normativa, poi, viene prevista (anche se è più corretto affermare che viene confermata) nell'àmbito del lavoro privato: restano esclusi dalle novità del d.l. n. 87 i contratti a termine stipulati per attività stagionali (ovvero quelle previste dal risalente d.P.R. n. 1525/1923 e dai contratti collettivi), nonché quelli attivati nell'àmbito delle *start up* innovative di cui all'art. 21, comma 3, d.lgs n. 81/2015[1374]. Nel primo caso il legislatore riconosce la temporaneità delle esigenze nella stagionalità dell'attività economica, mentre nel secondo caso garantisce una disciplina di favore a quelle aziende che, in ragione della loro "innovatività", sono considerate di importanza strategica per l'intero sistema Paese.

Sul piano delle controindicazioni, invece, può essere analizzata l'opzione del ritorno parziale alle causali giustificatrici: lasciando che il primo contratto a termine di durata non superiore a dodici mesi possa essere stipulato sempre senza causa, uno degli effetti prevedibili potrebbe essere la

---

1370 Art. 1, comma 3, l. n. 96/2018.

1371 Ma non si applica – condividendo quanto sostenuto da M. MARAZZA, *op. cit.*, 3, sulla norma contenuta prima della conversione – alle c.d. società *in house* e alle società che operano in regime di diritto privato, anche se sottoposte a controllo pubblico.

1372 Sul punto, cfr. V. PINTO, *Lavoro subordinato flessibile e lavoro autonomo nelle amministrazioni pubbliche. Politiche legislative e gestionali*, Cacucci, 2013, *passim* e, più di recente, A. GARILLI, *Misure di contrasto al precariato e stabilizzazioni del personale*, *LPA*, 2017, 1-6, 84, per il quale «il fenomeno del precariato, quale forma di assunzione di personale con contratti temporanei in deroga ai principi del concorso e della predeterminazione degli organici, costituisce una caratteristica strutturale della pubblica amministrazione italiana, le cui cause storiche, individuabili nel commercio elettorale del posto pubblico e nell'assorbimento dell'endemica disoccupazione nel Mezzogiorno, si sono combinate in tempi più recenti con le politiche di contenimento della spesa imperniate sul blocco delle assunzioni a tempo indeterminato». Sull'ultima tornata di "stabilizzazioni" del personale precario della PA contenuta nel d.lgs. n. 75/2017 (uno dei decreti attuativi della l. delega n. 124/2015, c.d. "*Riforma Madia*"), inoltre, si v. M. D'ONGHIA, *Fabbisogni, reclutamento e stabilizzazioni*, in *Libro dell'anno del Diritto 2018*, Roma, 2018, 1 ss.

1373 L'art. 36, comma 2, d.lgs. n. 165/2001, infatti, prevede espressamente che contratti flessibili possano essere stipulati «soltanto per comprovate esigenze di carattere esclusivamente temporaneo».

1374 Ciò vale per i primi quattro anni dalla costituzione della società o, nel caso di società già costituite, per il numero di anni previsto dal comma 3 dell'art. 25, d.l. n. 179/2012, conv. con modificazioni in l. n. 221/2012.

scelta dei datori di lavoro di far ruotare per la stessa posizione più lavoratori con contratti di breve durata, così sottraendosi all'alea di un'eventuale giudizio promosso per contestare la fondatezza delle ragioni addotte per l'apposizione del termine.

Questo è quello che efficacemente è stato definito l'«effetto paradosso» della nuova disciplina: l'idea di ripristinare le causali solo per i contratti di durata superiore a dodici mesi potrebbe persino peggiorare in termini di "precarietà" la condizione di tanti lavoratori a termine[1375]. Un contratto a tempo determinato di durata troppo breve, infatti, riduce la possibilità che il datore investa su quella risorsa e, per non disperdere le competenze da essa acquisite (soprattutto in termini di formazione) e il vincolo fiduciario instaurato, decida di stabilizzarla. La scelta di compromesso effettuata dal Governo rende paradossalmente molto più debole l'equilibrio immanente alla fattispecie contrattuale in esame, finendo per scaricarlo ancora una volta sulla parte debole del rapporto e rischiando di originare, per una sorta di eterogenesi dei fini, l'effetto contrario a quello voluto dal legislatore della riforma.

Molto più in linea con l'obiettivo prefissato dal nuovo Esecutivo sarebbe stato un intervento teso a reintrodurre *tout court* le causali (senza operare differenze rispetto alla durata del contratto) o, come acutamente suggerito in dottrina, a prevederle solo «per i contratti inferiori a sei mesi, che sono gli strumenti elettivi per la trappola della precarietà»[1376].

Ad ogni modo, anche a voler prescindere dal profilo causale, correttivi alla disciplina del lavoro a termine avrebbero potuto concentrarsi sui diritti di formazione dei lavoratori (di fatto dimidiati con la riforma del 2015)[1377] e, ferma restando la disciplina contributiva di favore per le assunzioni a tempo indeterminato, sulle analoghe agevolazioni per i contratti a termine di lunga durata sino a prevedere – magari investendo risorse aggiuntive rispetto a quelle già oggi in essere – un forte incentivo alle trasformazioni in contratti di lavoro a tempo indeterminato.

La mera reintroduzione "parziale" delle causali rischia di dispiegare effetti negativi, scoraggiando la stipulazione di contratti a termine di lunga durata (e la prosecuzione di quelli di breve durata) e favorendo quella di contratti a termine "a breve scadenza". Per tal via contribuisce a consolidare un *trend* – quello dell'aumento dei contratti stipulati per periodi molto corti e, comunque, inferiori all'anno – già segnalato durante la vigenza delle precedente (e meno restrittiva) disciplina normativa[1378].

[1375] Questa è la posizione espressa da Bruno Caruso nella memoria presentata il 17 luglio 2018 alle Commissioni Finanze e Lavoro della Camera dei deputati nella fase di conversione in legge del d.l. n. 87 (consultabile in www.bollettinoadapt.it/wp-content/uploads/2018/07/Caruso-memoria.pdf) e condivisa da F. SCARPELLI, *op. cit.*, 7 e L. ZOPPOLI, *Il diritto del lavoro gialloverde: tra demagogia, cosmesi e paralisi regressiva*, cit., 18.

[1376] Così L. ZOPPOLI, *La disciplina post-vincolistica del lavoro a termine in Italia*, cit., 38.

[1377] Il d.lgs. n. 81/2015, nel riscrivere la disciplina sul punto, ha rimesso alla sola autonomia collettiva il compito di prevedere «modalità e strumenti diretti ad agevolare l'accesso dei lavoratori a tempo determinato a opportunità di formazione adeguata, per aumentarne la qualificazione, promuoverne la carriera e migliorarne la mobilità occupazionale» (art. 26) e ha cancellato la prima parte dell'analoga disposizione contenuta nel d.lgs. n. 368/2001 che sanciva il diritto dei lavoratori a ricevere (e, quindi, il dovere in capo ai datori di lavoro a fornire) «una formazione sufficiente ed adeguata alle caratteristiche delle mansioni oggetto del contratto, al fine di prevenire rischi specifici connessi alla esecuzione del lavoro» (art. 7).

[1378] I dati delle comunicazioni obbligatorie riguardanti il biennio 2015-2017 (e, quindi, già nel periodo di vigenza del decreto Poletti) dimostrano la crescita dei contratti stipulati per un periodo inferiore all'anno e, al contrario, la diminuzione di quelli stipulati per periodi superiori. Per un approfondimento di tali dati, si cfr. F. SEGHEZZI, *Il lavoro temporaneo (e a tempo determinato) in Italia*, in V. FERRO, M. MENEGOTTO, F. SEGHEZZI (a cura di), *Il lavoro temporaneo tra contratti a termine e somministrazione. Prima analisi in vista del c.d. Decreto Dignità*, ADAPT University Press, 2018, 1 ss.

Un'altra modifica che avrebbe consentito al *Decreto Dignità* di assestare un duro colpo alla "trappola della precarietà" avrebbe dovuto interessare il profilo delle mansioni e dell'inquadramento. Sul punto, infatti, è rimasta invariata la disciplina legale, secondo cui, fermo restando il rinvio derogatorio alla contrattazione collettiva, la durata massima dei rapporti di lavoro a termine tra i medesimi datori di lavoro e lavoratori (computando anche i periodi di missione presso un utilizzatore) è calcolata sommando i contratti «stipulati per lo svolgimento di mansioni di pari livello e categoria legale»[1379]. In altre parole, il limite massimo temporale di un rapporto a termine (fissato oggi in ventiquattro mesi, prolungabili attraverso la stipulazione di contratti collettivi[1380] o di contratti individuali della durata massima di dodici mesi presso la competente DTL[1381]) si quantifica computando i singoli contratti stipulati per lo svolgimento di mansioni di pari livello e categoria legale, con ciò ammettendo che tale limite possa essere agevolmente bypassato indicando nel patto contrattuale mansioni e categoria legale diversi rispetto al precedente.

Un'ultima riflessione a margine della nuova disciplina del contratto a termine, sempre in tema di effetti involontari dell'intervento riformatore, può essere svolta in relazione al fatto che il *boom* di questi contratti sia dipeso dal passaggio a questa tipologia contrattuale di molti lavoratori che prima venivano reclutati attraverso altri contratti che nel frattempo o sono stati abrogati o hanno subito un significativo irrigidimento (si pensi all'eliminazione del lavoro a progetto o alla rivisitazione in chiave più rigida della disciplina del lavoro accessorio)[1382]. In questi casi, il passaggio al contratto a termine non ha rappresentato certo un aumento della precarietà della condizione lavorativa ma, al contrario, nel prisma delle tipologie contrattuali astrattamente utilizzabili, un significativo miglioramento in termini di tutele (e, potenzialmente, anche di stabilità, soprattutto se si pensa al contratto a termine come "ponte" verso il contratto a tempo indeterminato). Alla luce dell'ennesimo mutamento di disciplina del contratto a tempo determinato[1383], pertanto, c'è da dubitare che l'obiettivo prefissato dal legislatore trovi riscontro nella realtà effettuale e che, al contrario, la normativa approvata dal legislatore del 2018 rischi di trasformarsi in un clamoroso *autogoal* nella difficile partita contro la precarietà del lavoro (e della vita) delle persone che lavorano o che vorrebbero lavorare nel nostro Paese.

3. …alla somministrazione…

La stretta del legislatore del 2018 in materia di lavoro temporaneo ha investito anche l'istituto della somministrazione di lavoro, ovvero quel «contratto, a tempo indeterminato o determinato, con il quale un'agenzia di somministrazione autorizzata, ai sensi del decreto legislativo n. 276 del 2003, mette a disposizione di un utilizzatore uno o più lavoratori suoi dipendenti, i quali, per tutta la durata della missione, svolgono la propria attività nell'interesse e sotto la direzione e il controllo dell'utilizzatore»[1384].

[1379] Art. 19, comma 2, d.lgs. n. 81/2015.

[1380] Art. 19, comma 2, d.lgs. n. 81/2015 e su cui si rimanda, anche per gli ulteriori rinvii legali alla contrattazione collettiva, a A. MARESCA, *I rinvii della legge all'autonomia collettiva nel Decreto Dignità*, *LDE*, 2018, 2.

[1381] Art. 19, comma 3, d.lgs. n. 81/2015.

[1382] G. OLINI, *Contratti a termine: ragioniamo sui differenziali*, cit., 508.

[1383] Che, come efficacemente affermato da R. DE LUCA TAMAJO, *La vicenda del contratto a termine come metafora della legislazione del lavoro a cavallo del secolo*, cit., 321, sarebbe «una sorta di metafora degli oscillanti e confusi andamenti della legislazione del lavoro italiana dell'ultimo ventennio».

[1384] Art. 30, d.lgs. n. 81/2015.

L'intervento ha riguardato la somministrazione a tempo determinato, ritenuta dal legislatore della riforma un surrogato del contratto a termine e, per tale ragione, ricondotta nell'alveo della disciplina di quest'ultimo. Il comma 1, art. 2, d.l. n. 87/2018, infatti, intervenendo sul d.lgs. n. 81/2015[1385], ha disposto che in caso di assunzione a tempo determinato il rapporto di lavoro tra somministratore e lavoratore sia «soggetto alla disciplina di cui al capo III» con esclusione delle disposizioni riguardanti le proroghe[1386], il numero massimo dei contratti stipulabili da uno stesso datore di lavoro[1387] e i diritti di precedenza[1388].

La disciplina precedente, invece, assumendo la diversità funzionale dei due istituti, oltre a contemplare tra le esclusioni anche la regolazione della durata massima del contratto a termine, conteneva un rinvio alla regolazione di quest'ultimo «laddove compatibile» con le specificità della somministrazione. In altri termini, le regole del lavoro a termine si applicavano alla somministrazione a tempo determinato se conciliabili con *ratio* e finalità di quest'ultima, mentre adesso la prospettiva si è ribaltata prevedendo che la "regola" sia l'applicazione alla somministrazione a termine della disciplina del contratto a tempo determinato e le "eccezioni" siano solo quelle previste specificamente dal legislatore.

L'estensione della disciplina del contratto a termine alla somministrazione ha come effetto più incisivo quello di reintrodurre le causali giustificatrici per la sua stipulazione[1389]. Il fine perseguito dal legislatore è sempre quello della lotta all'abuso delle tipologie contrattuali flessibili e, con i limiti già evidenziati al § 2, il principale strumento di questa particolare battaglia è la reintroduzione delle ragioni giustificatrici. La modifica, però, ha suscitato non poche critiche tra i primi commentatori del decreto che, prima della conversione, hanno fatto notare come le causali di cui all'art. 19, comma 1, d.lgs. n. 81/2015 avrebbero di fatto impedito alle agenzie di somministrazione di assumere lavoratori a termine: sarebbe stato difficile immaginare che un'agenzia di somministrazione potesse avere esigenze di impiego «estranee all'ordinaria attività» o esigenze relative a incrementi temporanei «significativi e non programmabili» della propria attività ordinaria, diretta proprio a fornire "temporaneamente" lavoratori secondo le richieste degli utilizzatori[1390].

A tali critiche ha risposto il legislatore in sede di conversione, specificando, con una norma «mal scritta» (secondo la quale il contratto "commerciale" di somministrazione diventa per magia un contratto "di lavoro")[1391], che le causali giustificatrici previste per il contratto a termine «si applicano esclusivamente all'utilizzatore»[1392] e non al rapporto di lavoro – che teoricamente può essere stipulato anche a tempo indeterminato[1393] – tra lavoratore e agenzia di somministrazione.

La limitazione all'utilizzo (o, più correttamente, all'abuso) della somministrazione a termine è perseguita, inoltre, mediante l'introduzione di limiti quantitativi, prima rimessi esclusivamente alle

---

1385 Il primo periodo del comma 2, art. 34, d.lgs. n. 81/2015.

1386 Art. 21, comma 2, d.lgs. n. 81/2015.

1387 Art. 23, d.lgs. n. 81/2015.

1388 Art. 24, d.lgs. n. 81/2015.

1389 Causali giustificatrici per la somministrazione a termine erano previste dal d.lgs. n. 276/2003 (art. 20, comma 4) ma poi sono state eliminate con l'approvazione del d.l. n. 34/2014, conv. in l. 78/2014 (art. 1, comma 2).

1390 F. SCARPELLI, *op. cit.*, 16.

1391 F. SCARPELLI, *op. cit.*, 18. Dello stesso avviso V. FILÌ, *op. cit.*, 874, che parla di «norma certamente scritta in modo approssimativo».

1392 Comma 1-*ter*, art. 2, d.l. n. 87/2018, conv. in l. n. 96/2018.

1393 F. SCARPELLI, *op. cit.*, 17.

previsioni dei contratti collettivi applicati dagli utilizzatori. La scelta di uniformare le due tipologie contrattuali del lavoro a termine e della somministrazione a tempo determinato si riverbera anche su tale profilo: mentre nella precedente disciplina i "tetti" erano individuati in maniera distinta per le due tipologie contrattuali, il *Decreto Dignità* ha introdotto un limite complessivo per i lavoratori «assunti con contratto a tempo determinato ovvero con contratto di somministrazione a tempo determinato» (o, più correttamente, dei lavoratori assunti per essere impiegati presso l'utilizzatore con contratto di somministrazione a termine)[1394] nella misura del 30% dei lavoratori a tempo indeterminato alle dipendenze dell'utilizzatore al 1° gennaio dell'anno di stipulazione dei predetti contratti, «salva diversa previsione dei contratti applicati dall'utilizzatore e fermo restando il limite disposto dall'art. 23»[1395].

Vengono fatti salvi, quindi, i diversi accordi (anche peggiorativi) raggiunti nell'àmbito dell'autonomia collettiva, il limite del 20% previsto per i contratti a termine e, in linea di continuità con la disciplina previgente, i contratti di somministrazione a termine stipulati con alcune tipologie di prestatori di lavoro (lavoratori in mobilità o che godono da almeno sei mesi del trattamento di disoccupazione o di ammortizzatori sociali e i lavoratori svantaggiati o molto svantaggiati di cui ai nn. 4 e 9, art. 2, Regolamento UE n. 651/2004).

Nel passare in rassegna le novità introdotte, inoltre, non può essere taciuta la condivisibile reintroduzione della fattispecie delittuosa della somministrazione fraudolenta[1396]. Il legislatore, infatti, in sede di conversione ha riportato in vita una disposizione del d.lgs. n. 276/2003[1397], secondo cui «quando la somministrazione di lavoro è posta in essere con la specifica finalità di eludere norme inderogabili di legge o di contratto collettivo applicate al lavoratore, il somministratore e l'utilizzatore sono puniti con la pena dell'ammenda di 20 euro per ciascun lavoratore coinvolto e per ciascun giorno di somministrazione»[1398].

La sovrapposizione della disciplina dei due istituti contrattuali, inoltre, ci consente di rimandare ai rilievi critici sopra svolti con riferimento alla ri-causalizzazione parziale del contratto a termine[1399], alla durata e alla esclusione di alcuni importanti settori dalle novità introdotte.

1394 F. SCARPELLI, *op. cit.*, 20 e V. FILÌ, *op. cit.*, 875.

1395 Art. 31, comma 2, d.lgs. n. 81/2015, come modificato dal comma 02, art. 2, d.l. n. 87/2018, conv. in l. n. 96/2018.

1396 Più critico A. ASNAGHI, *La somministrazione fraudolenta nel Decreto Dignità: cronaca di una fattispecie inefficace*, *LDE*, 2018, 2, secondo cui il d.l. n. 87/2018 con la mera reintroduzione della disposizione contenuta nel d.lgs. n. 276/2003 «compie un'operazione di "archeologia normativa" che però rischia di essere poco efficace e di non centrare la questione reale» in quanto nella materia, invece di investire su «attività di *auditing* e di controllo preventivo, o di buone prassi, volte alla certificazione delle filiere autentiche e virtuose di esternalizzazione ed alla prevenzione dei fenomeni *borderline*», ci si concentra sempre su una «legislazione repressiva che – per oggettiva scarsità di mezzi – risulta poco e tardivamente efficiente». Senza considerare che «sull'appalto e sulla somministrazione vi è da tempo un isterico andirivieni di norme […] tuttavia mai risolutive, mai organiche, oscillanti fra l'ideologia ed il lassismo», con il «risultato, purtroppo consueto nel panorama giuslavoristico, di norme anche ingombranti ed onerose per chi vuole stare alle regole del gioco, ma facilmente eludibili da chi le vuole sistematicamente aggirare».

1397 Art. 28, d.lgs. n. 276/2003.

1398 Art. 38-*bis*, d.lgs. n. 81/2015, introdotto dal comma 1-*bis*, art. 2, d.l. n. 87/2018, conv. in l. n. 96/2018.

1399 A tal proposito si condivide la preoccupazione espressa da F. SCARPELLI, *op. cit.*, 8, secondo cui nel caso di somministrazione a termine «l'effetto paradosso potrebbe essere ancora più critico che nei CTD, tenendo conto che è ormai acquisita la consapevolezza del fatto che la condizione dei lavoratori somministrati è, tra i rapporti di lavoro non-standard, una di quelle meglio tutelate, in quanto al diritto a trattamenti equiparati ai dipendenti dell'utilizzatore si affiancano alcune tutele e opportunità del settore, tra cui quelle legate agli obblighi formativi delle agenzie (e alle varie prestazioni di welfare gestite dagli enti bilaterali del settore)».

Sul piano dell'irragionevolezza, infine, va censurata la scelta di escludere dalla normativa applicabile alla somministrazione a tempo determinato la disposizione sui diritti di precedenza per i lavoratori a termine[1400], sia nelle assunzioni a tempo indeterminato effettuate dal datore di lavoro entro i successivi dodici mesi con riferimento alle mansioni già espletate in esecuzione dei rapporti a termine, sia nelle assunzioni a tempo determinato di lavoratori per attività stagionali rispetto a nuove assunzioni a tempo determinato da parte dello stesso datore di lavoro per le medesime attività. Una "mancanza" significativa che salta all'occhio in un provvedimento che si prefigge di assestare un duro colpo alla precarietà del lavoro e che, mediante l'estensione dei diritti di precedenza anche ai somministrati, avrebbe potuto offrire a questi ultimi una prospettiva di continuità lavorativa.

4. …e al lavoro occasionale.

Anche se solo in sede di conversione, il legislatore della riforma è intervenuto con importanti modifiche sulla disciplina del lavoro occasionale[1401]. È bene dire subito che questa parte dell'intervento riformatore è quella meno in linea con lo "spirito" che permea tutte le modifiche intervenute nel provvedimento in commento, ovvero quello dell'irrigidimento della disciplina delle tipologie contrattuali flessibili.

Infatti, nonostante l'edulcorata rubrica dell'articolo ("*Disposizioni per favorire il lavoratore nell'ambito delle prestazioni occasionali*")[1402], anche a un osservatore poco attento non può sfuggire che le disposizioni in esso contenute siano rivolte a snellire gli adempimenti burocratici previsti in capo ai datori di lavoro e ad allargare il campo di applicazione dell'istituto, così dando nuovo impulso a tale tipologia contrattuale.

A ben vedere, però, tali modifiche non giungono come un "fulmine a ciel sereno" ma, per restare in metafora, "nubi fosche" potevano essere inequivocabilmente scorte dalla lettura del "Contratto di governo" stipulato dalle forze politiche che hanno fatto nascere l'Esecutivo guidato dal Professor Conte[1403]. Nella breve sezione dedicata al "Lavoro", infatti, le parti hanno convenuto che per «favorire una pronta ripresa dell'occupazione e liberare le imprese dal peso di oneri, spesso inutili e gravosi» occorresse mettere in campo «da un lato una riduzione strutturale del cuneo fiscale e dall'altro una semplificazione, razionalizzazione e riduzione, anche attraverso la digitalizzazione, degli adempimenti burocratici connessi alla gestione amministrativa dei rapporti di lavoro che incidono pesantemente sul costo del lavoro in termini di tempo, efficienza e risorse dedicate». E poco dopo, scomparso il riferimento al taglio del cuneo fiscale (questo sì una delle leve effettive per favorire occupazione regolare), hanno chiarito quanto affermato nel periodo precedente, sostenendo che «la cancellazione totale dei voucher [*avesse*] creato non pochi disagi ai tanti settori per i quali questo mezzo di pagamento rappresentava, invece, uno strumento indispensabile» e che «la sua sostituzione con il c.d. «libretto famiglia» e con il «contratto di pre-

---

[1400] Art. 24, d.lgs. n. 81/2015.

[1401] Art. 2-*bis*, d.l. n. 87/2018, conv. in l. n. 96/2018.

[1402] Che per L. ZOPPOLI, *Il diritto del lavoro gialloverde: tra demagogia, cosmesi e paralisi regressiva*, cit., 21 «appare menzognera o reticente».

[1403] Il riferimento è al «Contratto per il Governo del Cambiamento» sottoscritto il 18 maggio 2018 dai rappresentanti delle forze politiche della nuova maggioranza: il Capo Politico del Movimento 5 Stelle, On. Luigi Di Maio, e il Segretario Federale della Lega, Sen. Matteo Salvini.

stazione occasionale» [*avesse*] soltanto reso più complesso il ricorso al lavoro accessorio, col rischio di un aumento del lavoro sommerso». Per far fronte a tali criticità, quindi, per le forze politiche stipulanti occorreva «porre in essere una riforma complessiva della normativa vigente volta ad introdurre un apposito strumento, chiaro e semplice, che non si prest[*asse*] ad abusi, attivabile per via telematica attraverso un'apposita piattaforma digitale, per la gestione dei rapporti di lavoro accessorio».

È di tutta evidenza, quindi, che il "Governo del cambiamento" avesse in mente sin dal proprio insediamento una corposa modifica alla disciplina del lavoro accessorio al fine di snellire limiti e procedure introdotti dal Governo Gentiloni che, in un primo momento, ne aveva disposto l'espunzione dall'ordinamento[1404] – con il chiaro intento di impedire lo svolgimento del *referendum* abrogativo promosso dalla Cgil (e dichiarato ammissibile dalla Consulta)[1405] – e, subito dopo, ne aveva riscritto la disciplina riportando l'istituto nel suo alveo originario (ovvero di strumento pensato per l'emersione di alcune attività lavorative a rischio "sommerso" e comunque limitato sia sotto il profilo soggettivo a determinate categorie di lavoratori che sotto quello oggettivo a specifiche attività)[1406].

Nell'economia del contributo, non è possibile ripercorrere le tappe della liberalizzazione del lavoro accessorio (fino alla sua deprecabile espansione sancita dal *Jobs Act*)[1407] che hanno poi portato la Cgil alla battaglia referendaria[1408]. È qui sufficiente rilevare che il progressivo allargamento delle maglie dell'istituto, nato per dare copertura legale a ipotesi marginali di lavoro diversamente destinate ad essere attratte nell'orbita del lavoro sommerso, ha fatto sì che il lavoro accessorio – quale forma di impiego a basso costo e dai meno garantiti livelli di trattamento economico e normativo – in molti casi diventasse «alternativo a tipologie regolate da altri istituti giuslavoristici»[1409] e assurgesse «a simbolo della precarizzazione del lavoro»[1410]. Di qui, prima la sua cancellazione e poi la riscrittura delle regole in misura più restrittiva.

Il *Decreto Dignità*, invece, opera in senso opposto: estende l'àmbito di applicazione dell'istituto e alleggerisce gli oneri procedurali per i datori di lavoro, non di rado scaricandone il peso sui prestatori (sebbene, come pure acutamente rilevato, al fine di responsabilizzarli)[1411].

[1404] Art. 1, d.l. n. 25/2017, conv. in l. n. 49/2017.

[1405] C. cost. n. 28/2017, su cui si v. F. SANTONI, *Le iniziative referendarie sulle riforme del lavoro nel giudizio della Corte costituzionale*, *DML*, 2017, 3, 431 ss; T. TREU, *La Corte costituzionale e i referendum sull'art. 18, i voucher e la responsabilità negli appalti*, *DRI*, 2017, 2, 554 ss.; A. ZILLI, *Prestazioni di lavoro accessorio e organizzazione*, *ADL*, 2017, 1, 86 ss. e, in una prospettiva più ampia connessa all'utilizzo della via giudiziaria come strumento di lotta sindacale, L. CALAFÀ, *Le riforme della scuola e del lavoro: questioni di «giustizia strategica»*, *LD*, 2018, 1, 25 ss.

[1406] La nuova disciplina del lavoro accessorio è contenuta nell'art. 54-bis, d.l. n. 50/2017, conv. in l. 96/2017 e si caratterizza per il restringimento del campo di applicazione dell'istituto e, di non secondaria importanza, per l'introduzione di vincoli procedurali molto stringenti in capo alle parti.

[1407] Su cui, per tutti, cfr. E. BALLETTI, *Le prestazioni di lavoro accessorio alla luce del* Jobs Act, *DML*, 2015, 3, 473 ss.

[1408] Per cui si rimanda, anche per gli ulteriori riferimenti bibliografici, a P. MONDA, *Prime riflessioni sulla disciplina del lavoro occasionale*, *MGL*, 2017, 11, 759 ss.

[1409] Così C. cost. n. 28/2017.

[1410] A. VENTURA, *Dal lavoro occasionale accessorio alle prestazioni occasionali evitando il referendum: è "PrestO" fatto*, in D. GAROFALO (a cura di), *La nuova frontiera del lavoro: agile – autonomo – occasionale*, ADAPT University Press, 2018, 528.

[1411] V. FILÌ, *op. cit.*, 877.

In particolare, il legislatore del 2018 ha disposto che siano gli stessi lavoratori, all'atto della propria registrazione nella piattaforma informatica, ad autocertificare la condizione che consente all'utilizzatore di computare i loro compensi in misura ridotta (75%) rispetto al loro effettivo importo[1412]. Per le prestazioni rese nell'àmbito del settore agricolo ha poi trasferito ai prestatori l'onere di autocertificare, sempre all'atto della registrazione in piattaforma, che nell'anno precedente non siano stati iscritti negli elenchi anagrafici dei lavoratori agricoli[1413].

Rispetto all'ampliamento del campo di applicazione, invece, il legislatore è intervenuto, con il chiaro intento di favorire determinate categorie di utilizzatori e, come vedremo, anche di prestatori, prevedendo che il divieto di ricorrere al lavoro accessorio non si applichi alle «aziende alberghiere» e alle «strutture ricettive che operano nel settore del turismo […] e che hanno alle proprie dipendenze fino a otto lavoratori» (e non «fino a cinque» che è il limite previsto in via generale)[1414].

L'innalzamento a otto lavoratori è, però, possibile soltanto se le attività sono rese da particolari categorie di prestatori, ovvero da titolari di pensione di vecchiaia o di invalidità, giovani con meno di venticinque anni di età, se regolarmente iscritti a un ciclo di studi, disoccupati o percettori di prestazioni integrative del salario, di reddito di inclusione ovvero di altre prestazioni di sostegno del reddito. E proprio quest'ultima circostanza, ci consente di rilevare come, invero, l'ampliamento dell'àmbito di applicazione del lavoro occasionale non è così profondo da "snaturare" la *ratio* della disciplina del 2017[1415].

Molto più dirompente e preoccupante, invece, è la modifica apportata in materia di adempimenti previsti in capo agli utilizzatori: è il caso della disposizione che consente agli imprenditori agricoli, alle aziende alberghiere e alle strutture ricettive che operano nel settore turistico di non trasmettere più la data, l'ora di inizio e di fine della prestazione almeno un'ora prima del suo inizio (attraverso la piattaforma informatica o i servizi di *contact center* dell'INPS) ma solo l' inizio e il monte ore complessivo presunto della prestazione con riferimento a un arco temporale non superiore a dieci giorni e che, nella precedente formulazione per i soli imprenditori agricoli, era fissato nel massimo di tre giorni[1416].

Questa novità, ben lontana dall'essere un neutro alleggerimento degli oneri procedurali in materia, rappresenta una vera marcia indietro nel contrasto agli abusi a cui la precedente disciplina dell'istituto aveva prestato il fianco. Lasciare ai datori di lavoro dei settori agricolo e turistico un così ampio margine di manovra rispetto alla definizione della collocazione temporale rischia di riaprire la strada ai deprecabili fenomeni di «fuga dalla legalità»[1417] registratisi nel periodo di applicazione della disciplina previgente. Peraltro, pur volendo tenere in considerazione le particolarità della prestazione resa in determinati settori (come quello agricolo, sottoposto alla variabile metereologica), già la disciplina del 2017 prevedeva un margine di flessibilità anche se ragionevolmente più contenuto (tre giorni).

1412 Art. 54, comma 8, d.l. n. 50/2017, come modificato dall'art. 2-*bis*, comma 1, lett. *a*, d.l. n. 87/2018, conv. in l. n. 96/2018.

1413 Art. 54, comma 8-*bis*, d.l. n. 50/2017, come modificato dall'art. 2-bis, comma 1, lett. *b*, d.l. n. 87/2018, conv. in l. n. 96/2018.

1414 Art. 54, comma 14, d.l. n. 50/2017, come modificato dall'art. 2-*bis*, comma 1, lett. *a*, d.l. n. 87/2018, conv. in l. n. 96/2018.

1415 Di questo avviso A. VENTURA, *op. cit.*, 543-544.

1416 Art. 54, comma 17, d.l. n. 50/2017, come modificato dall'art. 2-bis, comma 1, lett. *e*, n. 1, d.l. n. 87/2018, conv. in l. n. 96/2018.

1417 Così V. FILÌ, *op. cit.*, 877 e, dello stesso avviso, anche F. SCARPELLI, *op. cit.*, 17.

5. "Dignità" e licenziamento: il (blando) ritocco alla disciplina della tutela indennitaria...

Nella battaglia per la "dignità" dei lavoratori il Governo ha deciso di intervenire anche in materia di licenziamenti individuali, innalzando i tetti previsti dal legislatore del *Jobs Act* per l'indennità spettante ai lavoratori il cui licenziamento sia giudizialmente ritenuto privo dei requisiti causali, nonché (in sede di conversione) rivedendo al rialzo quelli previsti per l'offerta conciliativa. Com'è noto, infatti, il d.lgs. n. 23/2015, accelerando e completando un percorso idealmente iniziato con la l. n. 92/2012[1418], ha modificato il regime della tutela contro il licenziamento illegittimo, relegando la tutela reintegratoria alle sole ipotesi più gravi (licenziamento discriminatorio, nullo e intimato in forma orale)[1419] e prevedendo quale regola generale l'indennizzo[1420] entro una forbice prestabilita dal legislatore sia nei limiti minimi e massimi e sia nella definizione in concreto del *quantum* (almeno fino all'intervento della Corte costituzionale di cui si darà conto nel § successivo), costretto nella "camicia di forza" di una fredda formula aritmetica che – assumendo quale solo parametro l'anzianità del lavoratore – non teneva conto della diversità fattuale che caratterizza i singoli casi di specie[1421].

Secondo quanto prevedeva la disciplina del 2015 (applicabile ai lavoratori assunti a partire dal 7 marzo dello stesso anno), ad eccezione delle ipotesi di licenziamento nullo, quando il giudice avesse accertato che non ricorrevano gli estremi del licenziamento per giusta causa o giustificato motivo soggettivo e oggettivo, dichiarava estinto il rapporto di lavoro alla data del licenziamento e condannava il datore di lavoro al pagamento in favore del lavoratore di un'indennità «pari a due mensilità dell'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto per ogni anno di servizio, in misura comunque non inferiore a quattro e non superiore a ventiquattro mensilità»[1422]. A ciò si aggiungeva la possibilità per il datore di lavoro di evitare il contenzioso offrendo in sede conciliativa al lavoratore, mediante consegna di un assegno circolare, «un importo che non costituisce reddito imponibile ai fini dell'imposta sul reddito delle persone fisiche e non è assoggettato a contribuzione previdenziale, di ammontare pari a una mensilità della retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto per ogni anno di servizio, in misura comunque non inferiore a due e non superiore a diciotto mensilità»[1423].

1418 In proposito cfr. M. MAGNANI, *Correzioni e persistenti aporie del regime sanzionatorio dei licenziamenti: il cd. contratto a tutele crescenti*, in L. CALCATERRA (a cura di), *Tutele del lavoro ed esigenze della produzione. Le riforme del quinquennio 2011-2015*, Studi in onore di Raffaele De Luca Tamajo, Editoriale scientifica, 2018, vol. I, 314, secondo cui il d.lgs. n. 23 /2015 «segue la strada della modifica o del perfezionamento della legge Fornero a poco più di due anni dalla sua applicazione, sul presupposto che essa, frutto di un evidente compromesso politico, non abbia dato gli esiti sperati, in termini non solo di certezza, ma neppure di equità»; V. BAVARO, M. D'ONGHIA, *Profilo costituzionale del licenziamento nullo*, in *VTDL*, 2016, 3, 443, per i quali esso «vorrebbe completare un capovolgimento iniziato con la l. n. 92/2012» e M. BARBIERI, *Il licenziamento individuale ingiustificato irrogato per motivi economici e il licenziamento collettivo*, in M. T. CARINCI, A. TURSI (a cura di), Jobs Act. *Il contratto a tutele crescenti*, Torino, 2015, 106, per il quale il decreto «rappresenta il compimento dell'operazione – soltanto avviata con la c.d. "Riforma Fornero" (legge n. 92/2012) – di sostituzione della tutela in forma specifica con quella indennitaria».

1419 Su cui, oltre agli autori citati in precedenza, *adde* R. SANTUCCI, *"Quel che resta" della reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro: un colpo mortale all'effettività del diritto leso*, *DML*, 2016, in part. 240 ss.

1420 Secondo quella che è stata efficacemente definita da R. SANTUCCI, *ibidem*, 224, una vera e propria «deriva risarcitoria».

1421 Nell'àmbito della forbice prevista dal legislatore il *quantum* viene calcolato moltiplicando la cifra corrispondente alla retribuzione spettante per due mensilità di lavoro per il numero di anni di servizio del lavoratore licenziato.

1422 Art. 3, comma 1, d.lgs n. 23/2015. Ai sensi dell'art. 9, comma 1, dello stesso decreto, inoltre, l'ammontare dell'indennità «è dimezzato e non può in ogni caso superare il limite di sei mensilità" se "il datore di lavoro non raggiunga i requisiti dimensionali di cui all'articolo 18, ottavo e nono comma, della legge n. 300 del 1970» (più di 15 dipendenti o più di 5 se si tratta di imprenditore agricolo).

1423 Art. 6, d.lgs. n. 23/2015, su cui si rinvia per tutti a R. VOZA, *"Gli farò un'offerta che non potrà rifiutare": l'irresistibile forza deflattiva dell'art. 6, D.Lgs. n. 23/2015*, *LG*, 2015, 777 ss.

Mediante questo meccanismo il legislatore del 2015 aveva deciso di intraprendere le strade della "certezza del diritto" e della "deflazione del contenzioso" che, per come costruite, erano chiaramente dirette a favorire la parte datoriale. La disciplina introdotta dal *Jobs Act*, infatti, più che rivolta «a perseguire direttamente un interesse di *giustizia generale* di deflazione del contenzioso del lavoro, attraverso la razionalizzazione delle regole processuali o la valorizzazione delle procedure conciliative» sembrava diretta a «un interesse di *giustizia particolare* che, nel contesto di un sostanziale affievolimento dei diritti dei lavoratori e di controllo delle ragioni alla base del recesso, tende[va] a rendere predeterminabile la tutela rimediale e calcolabile del costo del licenziamento»[1424].

In questo nuovo quadro regolativo si è inserito il *Decreto Dignità* che, facendo salvo l'impianto ideologico del decreto del 2015, come si è già detto, è intervenuto a rivedere al rialzo i tetti minimi e massimi dell'indennità prevista per il licenziamento privo di giustificazione causale e dell'offerta conciliativa. È di tutta evidenza, però, che tali modifiche, non intervenendo sul criterio di calcolo imposto dall'art. 3, co. 1, d.lgs. n. 23/2015 (predeterminato rigidamente in due mensilità per ciascun anno di anzianità), devono considerarsi poco più di uno *spot* elettorale[1425]. Se, infatti, il lieve innalzamento dei minimi (passato da due a quattro mensilità) può dispiegare sin da subito i propri effetti, l'aumento dei massimi – fatta eccezione per un numero limitato di lavoratori[1426] – resta congelato sino a quando i lavoratori assunti subito dopo l'entrata in vigore della disciplina del 2015 non maturino un'anzianità di servizio di almeno tredici anni presso il medesimo datore di lavoro (il che darebbe loro la possibilità di vedersi riconosciuta un'indennità di ventisei mensilità e, quindi, superiore a quella massima prevista nel 2015). Per tale ragione, i toni trionfalistici degli esponenti di Governo sui positivi effetti del d.l. n. 87 sulle tutele dei lavoratori e, soprattutto, sul cambio di paradigma che esso avrebbe impresso nella disciplina del licenziamento, sono destinati ad essere sconfessati da una analisi, anche solo sommaria, dei contenuti del provvedimento.

Le forze politiche della nuova maggioranza, quindi, dopo aver promesso il superamento della disciplina introdotta dal *Jobs Act* si sono limitate a una mera operazione di *restyling* che, ben lontana da superare l'impianto previgente, ne ha confermato con alcuni correttivi di carattere quantitativo (peraltro molto aleatori nella loro futura realizzazione) le assi portanti: la monetizzazione delle tutele del lavoratore e la predeterminazione del costo del licenziamento per il datore di lavoro.

Se l'intervento avesse voluto rivoluzionare "davvero" la materia – sostituendo o comunque ridimensionando l'impianto tecnico-valoriale introdotto nel 2015 – avrebbe dovuto imboccare altre strade: o quella *hard* della riespansione della tutela in forma specifica (ripristinando quale rimedio

---

1424 Così A. OLIVIERI, *Le tutele dei lavoratori dal rapporto al mercato del lavoro. Dalla postmodernità giuridica verso la modernità economica*, Torino, 2017, 70-71, a cui si rinvia per una serrata critica al fenomeno della "monetizzazione" delle tutele nel rapporto di lavoro, in part. 69 ss.

1425 Molto severo su questo aspetto del decreto è il giudizio di F. SCARPELLI, *op. cit.*, 10, per il quale "gli annunci di intervento a tutela della dignità del lavoratore vittima, in ipotesi, di un recesso ingiusto, si traducono davvero in poca cosa".

1426 Quelli assunti prima dell'entrata in vigore del *Jobs Act* da datori di lavoro che abbiano superato i limiti dimensionali di cui all'art. 18, commi 8 e 9, St. lav. dopo il 7 marzo 2015 (art. 1, comma, 3, d.lgs. n. 23/2015) e quelli che, a partire da tale data, siano passati alle dipendenze dell'impresa subentrante nell'appalto, per i quali si prevede che l'anzianità di servizio ai fini dell'indennizzo si calcoli tenendo conto di tutto il periodo durante il quale il lavoratore è stato impiegato nell'attività appaltata (art. 7, d.lgs. n. 23/2015).

generale al licenziamento illegittimo la reintegrazione nel posto di lavoro)[1427] o quella *soft* della cancellazione del rigido meccanismo di calcolo dell'indennità risarcitoria imposto al giudice dal legislatore del *Jobs Act*. Solo in quest'ultima ipotesi, l'innalzamento del tetto massimo introdotto con il d.l. n. 87/2018 avrebbe potuto caricarsi di quella portata innovativa e di discontinuità (se non sul piano qualitativo almeno su quello quantitativo) rispetto alla disciplina del d.lgs. n. 23/2015.

6. …e il suo (incisivo) effetto "preterintenzionale" in seguito a Corte cost. n. 194/2018.

Ed è quello che si potrebbe definire l'effetto "preterintenzionale" del *Decreto Dignità*, dispiegato per effetto dell'importante pronuncia della Consulta (n. 194/2018) con la quale è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 3, comma 1, d.lgs. n. 23/2015 «sia nel testo originario sia nel testo modificato dall'art. 3, comma 1, del decreto-legge 12 luglio 2018, n. 87 (Disposizioni urgenti per la dignità dei lavoratori e delle imprese), convertito, con modificazioni, nella legge 9 agosto 2018, n. 96», limitatamente alla parte in cui disponeva che per il calcolo dell'indennità per il licenziamento privo di giustificazione causale dovesse applicarsi la rigida regola delle due mensilità per ogni anno di servizio[1428].

Rigettate tutte le altre censure sollevate dal giudice remittente[1429] e sostenute dalle parti costituite in giudizio, la Corte ha ritenuto fondate le questioni di costituzionalità dell'art. 3, comma 1, d.lgs. n. 23/2015 in riferimento agli artt. 3, 4, comma 1, 35, comma 1, oltre che agli artt. 76 e 117, comma 1, Cost. (questi ultimi in relazione al parametro interposto di cui all'art. 24 della Carta sociale europea)[1430].

La Consulta, infatti, dopo aver ricostruito il meccanismo di quantificazione previsto nella disciplina del 2015 in termini «liquidazione legale forfettizzata e standardizzata»[1431], ne ha affermato la

---

[1427] Che secondo R. SANTUCCI, *"Quel che resta" della reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro: un colpo mortale all'effettività del diritto leso*, cit., 249, sulla scorta dei principi e diritti costituzionali, si può ancora ritenere «la migliore risposta del nostro ordinamento all'illegittima privazione del lavoro».

[1428] Per un primo commento si v. M. T. CARINCI, *La Corte costituzionale n. 194/2018 ridisegna le tutele economiche per il licenziamento individuale ingiustificato nel "*Jobs Act*", e oltre*, *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT*, 378/2018. e G. ZILIO GRANDI, *Prime riflessioni a caldo sulla sentenza della Corte Costituzionale n. 194/2018 (quello che le donne non dicono)*, *LDE*, 2018, 2, che sottolinea proprio come la «manovra di accerchiamento del c.d. *Jobs Act* trova compimento con una sorta di *uno-due* micidiale» assestato prima dalla «residuale ma non indifferente parte del Decreto Dignità» e poi dalla «decisione della Corte costituzionale». Sul dibattito sviluppatosi in attesa della sentenza, invece, si rinvia, per tutti, agli Atti del Seminario su "*La normativa italiana sui licenziamenti: quale compatibilità con la Costituzione e la Carta sociale europea?*" svoltosi il 25 giugno 2018 presso l'Università di Ferrara (con relazioni di M. CAVINO, *Il contratto di lavoro a tutele crescenti al vaglio della Corte costituzionale*, V. SPEZIALE, *Il problema della legittimità costituzionale del contratto a tutele crescenti* e S. FORLATI, *Corte costituzionale e controllo internazionale: quale ruolo per la "giurisprudenza" del Comitato europeo per i diritti sociali nel giudizio di costituzionalità delle leggi?*, oltre a numerosi altri interventi), liberamente consultabili in www.forumcostituzionale.it.

[1429] Trib. Roma 26 luglio 2017, ord. n. 195, su cui cfr. F. CARINCI, *Una rondine non fa primavera: la rimessione del contratto a tutele crescenti alla Corte costituzionale*, *LG*, 2017, 902 ss.; S. D'ASCOLA, *Appunti sulla questione di costituzionalità del licenziamento a tutele crescenti*, *Labor*, 2018, 2, 228 ss.; E. GRAGNOLI, *La questione di legittimità costituzionale del decreto legislativo n. 23/2015 e il licenziamento per giustificato motivo oggettivo*, *DRI*, 2017, 1195 ss.; M. MARTONE, *Tanto tuonò che piovve*: *a proposito della legittimità costituzionale del "*Jobs act*"*, *ADL*, 2017, I, 1039 ss.; V. SPEZIALE, *La questione di legittimità costituzionale del contratto a tutele crescenti*, *RGL*, 2017, II, 333 ss.; P. TOSI, F. LUNARDON, *Cronaca di un'ordinanza … annunciata*, *GI*, 2017, 2174 ss.

[1430] Confermando quanto già statuito qualche mese prima da C. cost. 11 aprile 2018, n. 120 in materia di libertà sindacale dei militari, su cui si rinvia al saggio di M. RICCI, *La fine di un "tabù": il riconoscimento della libertà di associazione sindacale (limitata) dei militari*, in *Rivista AIC*, 2018, 3, in part. 13 ss.

[1431] Par. 10, C. cost. n. 194/2018.

contrarietà al «principio di eguaglianza, sotto il profilo dell'ingiustificata omologazione di situazioni diverse»[1432].

Questo il ragionamento della Corte: il legislatore, «nel prestabilire interamente il *quantum* dell'indennità in relazione all'unico paramento dell'anzianità di servizio», avrebbe tradito «un dato di comune esperienza, ampiamente comprovato dalla casistica giurisprudenziale, [*ovvero*] che il pregiudizio prodotto, nei vari casi, dal licenziamento ingiustificato dipende da una pluralità di fattori» (come, peraltro, già previsto nelle ll. n. 604/1966 e 300/1970)[1433], di cui «l'anzianità di lavoro, certamente rilevante, è dunque solo uno dei tanti». «In una vicenda che coinvolge la persona del lavoratore nel momento traumatico della sua espulsione dal lavoro» – continua la Corte – «la tutela risarcitoria non può essere ancorata all'unico parametro dell'anzianità di servizio». Al contrario, molteplici devono essere «i criteri da offrire alla prudente discrezionale valutazione del giudice chiamato a dirimere la controversia», pur sempre «entro confini tracciati dal legislatore per garantire una calibrata modulazione del risarcimento dovuto" e, quindi, contenuto "entro una soglia minima e massima»[1434].

L'argomentazione della Corte trova le sue fondamenta nella disciplina delle «obbligazioni per fatto illecito» di cui al titolo IX del libro IV c.c. e, in modo particolare, nella regola generale contenuta nell'art. 2043, secondo cui «qualunque fatto doloso o colposo, che cagiona ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno». Per la Consulta, infatti, il licenziamento privo di giustificazione causale, anche se dopo la modifica della disciplina del 2015 è «efficace, in quanto idoneo a estinguere il rapporto di lavoro, costituisce pur sempre un atto illecito, essendo adottato in violazione della preesistente non modificata norma imperativa» secondo cui il licenziamento del prestatore di lavoro non può avvenire che per giusta causa o per giustificato motivo[1435].

Per la Corte, quindi, ancorché l'obbligazione prevista dall'art. 3, comma 1, d.lgs. n. 23/2015 sia stata qualificata come «indennità», questo «non ne esclude[*rebbe*] la natura di rimedio risarcitorio»[1436] che, «all'interno di un sistema equilibrato di tutele, bilanciato con i valori dell'impresa" deve garantire al giudice una discrezionalità derivante dalla "esigenza di personalizzazione del danno subito dal lavoratore, pur essa imposta dal principio di eguaglianza»[1437].

Il meccanismo previsto dal *Jobs Act*, inoltre, ad avviso della Corte contrasterebbe con il principio di ragionevolezza, sotto il profilo dell'inidoneità dell'indennità a costituire un adeguato ristoro del concreto pregiudizio subito dal lavoratore licenziato in assenza di giustificazione (la rigida dipendenza dell'aumento dell'indennità dalla sola crescita dell'anzianità di servizio mostra la sua incongruenza nei casi di anzianità di servizio limitata, in cui «appare ancor più inadeguato il ristoro del

---

1432 Par. 11, C. cost. n. 194/2018.

1433 L'art. 8, l. n. 604/1966, infatti, dispone che nel determinare il risarcimento per il lavoratore licenziato senza giusta causa o giustificato motivo, si debba avere riguardo «al numero dei dipendenti occupati, alle dimensioni dell'impresa, all'anzianità di servizio del prestatore di lavoro, al comportamento e alle condizioni delle parti» mentre l'art. 18, comma 5, l. n. 300/1970 (come modificato dalla l. n. 92/2012), prevede che l'indennità risarcitoria debba essere calcolata «in relazione all'anzianità del lavoratore e tenuto conto del numero dei dipendenti occupati, delle dimensioni dell'attività economica, del comportamento e delle condizioni delle parti».

1434 Par. 11, C. cost. n. 194/2018.

1435 Art. 1, l. n. 604/1966.

1436 Par. 10, C. cost. n. 194/2018.

1437 Par. 11, C. cost. n. 194/2018.

pregiudizio causato dal licenziamento illegittimo, senza che a ciò possa sempre ovviare la previsione della misura minima dell'indennità di quattro (e, ora, di sei) mensilità»[1438]) e sotto il profilo della *vis dissuasiva* nei confronti dei datori di lavoro, al fine di allontanarli «dall'intento di licenziare senza valida giustificazione e di compromettere l'equilibrio degli obblighi assunti nel contratto»[1439].

Sempre dall'irragionevolezza del criterio di misurazione dell'indennità risarcitoria, la Corte ha fatto derivare il contrasto della disciplina del 2015 con gli artt. 4, comma 1 e 35, comma 1 Cost. Nella sentenza, infatti, si legge che il diritto «al lavoro» e la sua tutela «in tutte le sue forme e applicazioni» comportano la garanzia dell'esercizio nei luoghi di lavoro di altri diritti fondamentali garantiti dalla Carta costituzionale (in modo particolare quelli legati alla libertà sindacale, politica e religiosa) e una debole regolazione delle tutele contro il licenziamento illegittimo, minando il delicato equilibrio tra libertà di organizzazione economica e dignità umana (fondamentalmente le due "anime" dell'art. 41 Cost.)[1440], è destinata a incidere sulla compressione di tali diritti, poiché «il timore del licenziamento, spinge o può spingere il lavoratore sulla via della rinuncia a una parte dei propri diritti»[1441].

Sulla congruità dell'indennizzo rispetto all'adeguatezza del ristoro economico per il lavoratore licenziato illegittimamente e alla forza dissuasiva per il datore di lavoro, infine, si concentra l'ultima censura che la Corte ha mosso sul criterio di computo previsto dal legislatore del *Jobs Act* in riferimento all'art. 24 della Carta sociale europea quale parametro interposto per la violazione degli art. 76 e 117, comma 1, Cost.

Come già affermato in riferimento alle altre disposizioni, anche rispetto a quella europea, la Corte si concentra sull'adeguatezza dell'indennizzo. L'art. 24 della Carta, al fine di assicurare l'effettivo esercizio del diritto a una tutela in caso di licenziamento, dispone che gli Stati firmatari si impegnino a riconoscere il diritto dei lavoratori licenziati senza un valido motivo «ad un congruo indennizzo o altra adeguata riparazione»[1442] e il Comitato europeo dei diritti sociali, che è l'organo non giurisdizionale competente a verificare il rispetto degli obblighi previsti nella Carta da parte degli Stati firmatari[1443], ha chiarito che l'indennizzo può ritenersi congruo allorché sia tale da assicurare un adeguato ristoro per il concreto pregiudizio subito dal lavoratore licenziato senza un valido motivo e da dissuadere il datore di lavoro dal licenziare ingiustificatamente[1444].

1438 Par. 12.1, C. cost. n. 194/2018.

1439 Par. 12.2, C. cost. n. 194/2018.

1440 A tal proposito, si cfr. A. ZOPPOLI, *Rilevanza costituzionale della tutela reale e tecnica del bilanciamento nel contratto a tutele crescenti*, *DLM*, 2015, 2, 292, secondo cui «se il piano *sociale è costitutivo del diritto del lavoro*, il piano *economico* finisce per essere *intrinseco* alla materia: la naturale tensione tra l'uno e l'altro segna l'identità del diritto del lavoro e comporta un *bilanciamento* tra gli stessi due piani; *in una logica strutturalmente dinamica*, ma che, in ragione di tale tensione (oltre che del dato di partenza: la posizione di forza dell'impresa), non contempla l'autoreferenzialità del piano economico».

1441 Così C. cost. n. 45/1965, richiamata nella pronuncia del 2018.

1442 Art. 24, comma 1, lett. *b*, Carta sociale europea.

1443 Su cui si rinvia, per tutti, a R. PRIORE, *Il sistema di controllo della Carta Sociale Europea: il sistema dei reclami collettivi*, in M. D'AMICO, G. GUIGLIA, B. LIBERALI (a cura di), *La Carta Sociale Europea e la tutela dei diritti sociali*, Editoriale scientifica, 2013, 99 ss. e *ivi* e B. LIBERALI, *Il sistema di controllo della Carta sociale europea: il sistema dei rapporti nazionali*, 109 ss.

1444 European Committee of Social Rights, *Finnish Society of Social Rights* v. *Finland*, Complaint n. 106/2014, Decision January 31 2017, p. 13.

Orbene, alla luce di tali argomentazioni, la Corte costituzionale è addivenuta alla conclusione per cui «nel rispetto dei limiti, minimo e massimo, dell'intervallo in cui va quantificata l'indennità spettante al lavoratore illegittimamente licenziato, il giudice terrà conto innanzi tutto dell'anzianità di servizio – criterio che è prescritto dall'art. 1, comma 7, lette c) della legge n. 183 del 2014 e che ispira il disegno riformatore del d.lgs. n. 23 del 20154 – nonché degli altri criteri già prima richiamati, desumibili in chiave sistematica dalla evoluzione della disciplina limitativa dei licenziamenti (numero dei dipendenti occupati, dimensioni dell'attività economica, comportamento e condizioni delle parti)»[1445].

Tale decisione assesta un duro colpo all'impianto delineato dal legislatore del *Jobs Act*, scardinando una delle sue fondamenta, ovvero la predeterminazione del costo del licenziamento. L'effetto principale della sentenza *de qua*, infatti, è quello di rimettere la palla nel campo dell'interpretazione giurisprudenziale, attribuendo al prudente apprezzamento del giudice la determinazione concreta del *quantum* dell'indennità risarcitoria[1446], anche se pur sempre nell'àmbito della "cornice edittale" predeterminata dal legislatore. Questa circostanza, quindi, in combinato disposto con l'innalzamento del limite massimo dell'indennità prevista dal legislatore del 2018, aumenta, sebbene sempre sul piano della monetizzazione, le tutele previste in caso di licenziamento ingiustificato, facendo quello che il legislatore del *Decreto Dignità* non ha avuto il coraggio (molto più grave sarebbe se non avesse avuto la "lucidità") di operare nell'azione di modifica delle tutele contro il licenziamento illegittimo.

7. Tra tutela e propaganda: continuità e discontinuità nelle politiche del lavoro a cavallo del III millennio.

Ripercorsi gli interventi modificativi del d.l. n. 87 sugli istituti che regolano il lavoro temporaneo e i rimedi contro il licenziamento ingiustificato, è ora possibile misurarne i profili di continuità/discontinuità rispetto alle politiche del lavoro dei Governi precedenti[1447], verso cui le forze politiche di maggioranza hanno voluto prendere le distanze auto-attribuendosi icasticamente il nome di «Governo del Cambiamento»[1448].

Partendo dagli aspetti di "rottura", è innegabile che *prima facie* il provvedimento approvato dalla nuova maggioranza segni una distanza rispetto al progressivo processo di ri-regolazione della disciplina lavoristica in chiave di maggiore sostegno della flessibilità *del* e *nel* rapporto di lavoro[1449]. Con la pur importante eccezione della novella sul lavoro accessorio, le modifiche "restrittive" sul

---

[1445] Par. 15, ult. cpv., C. cost. n. 194/2018.

[1446] Così, peraltro, aveva già fatto prima della pubblicazione della sentenza della Consulta, il Trib. Bari 11 ottobre 2018, n. 43328, consultabile in *Boll. ADAPT*, 22 ottobre 2018, n. 36 e su cui si v. G. ZILIO GRANDI, *Prime riflessioni a caldo sulla sentenza della Corte Costituzionale n. 194/2018 (quello che le donne non dicono)*, secondo il quale il tribunale barese avrebbe «provveduto ad intervenire "divinando" quanto sarebbe stato scritto nella motivazione della Corte, forse esagerando in tale attività propiziatoria».

[1447] Su cui, per tutti, cfr. D. GAROFALO, *Linee evolutive della legislazione italiana in materia di lavoro*, in L. CALCATERRA (a cura di), *Tutele del lavoro ed esigenze della produzione. Le riforme del quinquennio 2011-2015*, cit., 41 ss.

[1448] Al di là della presentazione mediatica della nuova compagine governativa, l'appellativo è riportato nelle linee programmatiche che il Movimento 5 Stelle e la Lega hanno sottoscritto per avviare l'esperienza di Governo, che nel nuovo "vocabolario" della nostra politica ha assunto il nome di «Contratto per il Governo del Cambiamento» (di cui si è detto in nt. 56).

[1449] In proposito si v. E. BALLETTI, *I poteri del datore di lavoro tra legge e contratto*, in AA.VV. (a cura di), *Legge e contrattazione collettiva nel diritto del lavoro post-statutario*, Atti delle giornate di studio Aidlass, Napoli – 16 e 17 giugno 2016, Milano, 2017, 67 ss. e in *DML*, 2018, 1, 63 ss.

contratto e la somministrazione a tempo determinato rappresentano un'inversione di tendenza nel percorso discendente che negli ultimi anni ha riguardato i vincoli rispetto al loro utilizzo. Quanto, poi, questo irrigidimento normativo sia funzionale alla battaglia contro la precarietà delle condizioni lavorative è un altro discorso e molti dei dubbi sul punto sono già stati esplicitati nell'analisi delle modifiche intervenute sulle singole tipologie contrattuali nei §§ 2, 3 e 4.

Anche le variazioni in materia di tutela contro il licenziamento privo di giustificazione causale, per come immaginate e approvate, prestano il fianco a considerazioni critiche rispetto alla loro reale portata (futura e incerta) e, quindi, alla loro effettività. Se non fosse intervenuta la pronuncia della Consulta, infatti, esse sarebbero rimaste nel cono d'ombra della propaganda, che è uno dei tratti caratterizzanti la nuova compagine politica e, in modo particolare, i *leader* dei due partiti di maggioranza, costantemente impegnati in una battaglia campale "per il consenso" interno ed esterno al perimetro di Governo, in una sorta di campagna elettorale permanente[1450] combattuta in maniera massiccia nella prateria dei *social media* a colpi di *post* e *tweet* ad effetto.

Proprio quest'ultima circostanza ci spinge a evidenziare un altro elemento di novità dell'azione del nuovo Governo che, peraltro, tracima gli angusti confini della disciplina lavoristica per caratterizzarne l'intera produzione normativa (si v., ad es., decreto spazza corrotti, decreto concretezza, decreto sicurezza, legge di bilancio): l'annuncio prima del provvedimento; la propaganda prima della sostanza. Sebbene la genesi di questo fenomeno possa essere individuata molto prima dell'avvento dell'esperienza giallo-verde (tracce di questa impostazione sono sicuramente rinvenibili nel Governo guidato da Matteo Renzi ma, volendo andare alle radici del fenomeno, non si possono omettere le sperimentazioni pionieristiche durante i Governi presieduti da Silvio Berlusconi) è proprio con l'Esecutivo di Giuseppe Conte, come si è detto nella parte introduttiva del presente lavoro, che esso trova il proprio completamento.

Per stare al provvedimento in commento, non si può tacere che dall'approvazione in Consiglio dei Ministri alla sua pubblicazione in Gazzetta Ufficiale sono passati dieci lunghi giorni (2 luglio-12 luglio), nel corso dei quali si sono avvicendate versioni diverse del provvedimento (che avrebbe dovuto contenere anche una parte sul lavoro dei *riders*), serrate discussioni tra i due partiti di maggioranza, alimentate anche dalle perplessità espresse dai soggetti istituzionali coinvolti nel processo di formazione del provvedimento. In questo lasso di tempo, però, le aspettative rispetto al contenuto del decreto sono state alimentate dai circuiti potentissimi della propaganda che hanno fatto passare l'intervento come una "svolta storica" nel diritto del lavoro e come un "colpo mortale" al deprecabile fenomeno della precarietà[1451].

Come si è già illustrato, i reali contenuti dell'atto normativo sono ben al di sotto della loro presentazione mediatica e, anzi, per alcuni versi presentano rischi di regressione delle tutele per alcune fasce di lavoratori. Per questo, volendo chiudere sul punto, nell'attuale fase politica l'annuncio sembra essere preponderante rispetto al contenuto; la propaganda molto più rilevante della sostanza, tanto da risolvere la «Waterloo della precarietà» nella sua spettacolare ed efficace enunciazione.

[1450] L. ZOPPOLI, *Il diritto del lavoro gialloverde: tra demagogia, cosmesi e paralisi regressiva*, cit., 27.

[1451] Sul punto cfr. F. NESPOLI, *Comunicazione natural durante. Il decreto dignità e la lezione negletta del* Jobs Act, in M. MENEGOTTO, F. SEGHEZZI, S. SPATTINI (a cura di), *Misure per il contrasto al precariato: primo commento al decreto-legge n. 87/2018 (c.d. Decreto Dignità)*, cit., 111 ss.

Passando, invece, agli elementi di continuità, si scopre che il Governo giallo-verde presenta una molteplicità di analogie con le esperienze del passato (più o meno) recente.

In premessa si è già detto del ricorso al decreto-legge come strumento per la rapida attuazione del programma di governo, in perfetta sintonia con quanto avvenuto nella storia repubblicana degli ultimi quarant'anni. A questo aspetto, si aggiunga che, in linea di continuità con quanto avvenuto per l'approvazione delle leggi sul lavoro nel corso della XVI (ultimo Governo Berlusconi e Governo Monti) e XVII Legislatura (soprattutto i Governi Letta e Renzi)[1452], il Governo Conte abbia proseguito nella totale mancanza di confronto con le parti sociali[1453], contribuendo a relegare nell'armamentario del '900 le pratiche concertative o, anche solo, di dialogo sociale sviluppatesi durante la prima e la seconda Repubblica tra gli attori delle relazioni industriali.

Sia chiaro, questa scelta non sorprende: la disintermediazione[1454] (quando non la vera e propria ostilità nei confronti dei corpi intermedi) è nel patrimonio genetico delle forze politiche della nuova maggioranza e, in modo particolare, del Movimento 5 Stelle. Quest'ultimo, infatti, ha fondato la propria ascesa sulla scorta di una feroce critica alle declinazioni del principio della "democrazia rappresentativa" che permea importanti norme della nostra Carta costituzionale (sul piano sindacale, l'art. 39, seconda parte e, su quello politico, l'art. 49, oltre che sul piano dei principi fondamentali l'art. 2 sui diritti inviolabili dell'uomo «nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità») e, quindi, sul sistema partitico e sindacale. E per tale via ha imposto una svolta nel rapporto tra rappresentanti e rappresentati delineata sul principio dell'*uno vale uno* (peraltro applicato a intermittenza, soprattutto sulle decisioni "chiave" del M5S che sembrano trascendere il circuito democratico interno per allocarsi nelle stanze della società che ne gestisce la comunicazione e il sistema di consultazione *on line* degli attivisti).

Un ulteriore elemento di continuità può cogliersi in una pesante "omissione": anche nel provvedimento della nuova maggioranza, infatti, non vi è traccia della soppressione della disposizione sul sostegno alla contrattazione di prossimità introdotta nel 2011 dall'ultimo Governo Berlusconi[1455] e rimasta indenne alle spinte riformatrici di tutti gli Esecutivi succedutisi sino ad oggi. Se è vero, infatti, che la portata dirompente della norma è stata superata dalle massicce dosi di flessibilità introdotte nelle leggi sul lavoro approvate negli anni successivi, non si può non considerare che essa è destinata a trovare nuovo vigore a ogni svolta restrittiva introdotta nella disciplina lavoristica.

1452 Per una più ampia analisi si v. A. ZOPPOLI, Jobs Act *e formante sindacale: quale ruolo per quale contrattazione collettiva?*, 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".IT*, *Collective Volumes*, 3/2014, 25 ss. e A. LASSANDARI, *La riforma del lavoro del Governo Renzi ed il sistema di relazioni sindacali*, *QG*, 2015, 3, 47 ss. e A. BELLAVISTA, Jobs Act*, politiche del lavoro e autonomia collettiva*, in F. SANTONI, M. RICCI, R. SANTUCCI (a cura di), *Il diritto del lavoro all'epoca del* jobs act, Napoli, 2016, 27 ss. Più di recente si cfr. M. RUSCIANO, *Sul metodo delle riforme nel diritto del lavoro*, *DLM*, 2018, 2, in part. 207-208.

1453 L. ZOPPOLI, *Il diritto del lavoro gialloverde: tra demagogia, cosmesi e paralisi regressiva*, cit., 8, per cui il d.l. n. 87/2018 sul punto sarebbe «in marcata continuità con il metodo delle riforme del lavoro proprio del precedente Governo».

1454 Su cui, per una disamina del problema in relazione alle organizzazioni sindacali e datoriali, si rinvia a B. CARUSO, *La rappresentanza delle organizzazioni di interessi tra disintermediazione e re-intermediazione*, *ADL*, 2017, 3, 555 ss.

1455 L'art. 8, d.l. n. 138/2011, conv. in l. n. 148/2011, su cui, per tutti, si cfr. F. CARINCI (a cura di), *Contrattazione collettiva in deroga. Accordo interconfederale del 28 giugno 2011 e art. 8 del D.L. n. 138/2011*, Ipsoa, 2012; V. LECCESE, *Il diritto sindacale al tempo della crisi. Intervento eteronomo e profili di legittimità costituzionale*, *DLRI*, 2012, 479 ss.; A. PERULLI, V. SPEZIALE, *L'articolo 8 della legge 14 settembre 2011, n. 148 e la "Rivoluzione di Agosto" del Diritto del lavoro*, *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT*, 129/2011 e, *si parva licet*, il mio *Legge e contratto collettivo prima e dopo l'art. 8, l. n. 148/2011: storia di un rapporto in crisi*, *DLM*, 2017, 3, 553 ss.

Non è un caso che, tra i primi commenti al *Decreto Dignità*, non sia stato fatto mistero che alcune delle criticità derivanti (dall'irrigidimento) del nuovo assetto regolativo possano essere superate in sede di contrattazione di prossimità[1456]. Di conseguenza le modifiche in chiave "restrittiva" su lavoro temporaneo e tutela del licenziamento illegittimo finiscono per essere quasi tutte "sterilizzabili" in sede di contrattazione territoriale e aziendale.

Un ultimo profilo di continuità, infine, può essere evidenziato con riferimento all'impianto complessivo dell'intervento messo in campo. Se in linea di principio il d.l. n. 87 ha irrigidito la disciplina del lavoro temporaneo e ha previsto sanzioni più dure per i licenziamenti privi di giustificazione, esso tuttavia ha conservato le medesime fondamenta. Ne è prova il fatto che l'acausalità del contratto e della somministrazione a termine sia solo in parte intaccata (come sono rivisti in maniera modesta i limiti temporali e la disciplina delle proroghe); allo stesso modo, le tutele in caso di licenziamento aumentano nella quantità ma non nella qualità, restando ancorate alla monetizzazione del licenziamento illegittimo.

Lo zoccolo duro del *Jobs Act*, quindi, non viene scalfito e le novità del 2018, presentate come un "rovesciamento" della regolazione precedente, assumono i tratti di una mera rivisitazione, concepita in fretta e in maniera confusa e, per questo, destinata a tradire le promesse annunciate[1457]. Pertanto, se è vero che *nomina sunt consequentia rerum*, la scelta del nuovo Governo di intitolare il decreto alla "dignità", ricorda tanto la curiosa pratica di quei prelati che al venerdì, avendo solo carne, la benedivano per consentire ai fedeli di rispettare il precetto religioso (attraverso la nota formula: *ego te baptizo piscem*). Allo stesso modo, gli esponenti dell'attuale Governo si sono cimentati nel goffo tentativo, mediato dal potere della semantica, di attribuire un'aura di grandezza a un intervento modesto nei contenuti e dalla scarsa coerenza interna, oltre che dai pericolosi effetti collaterali.

[1456] M. MENEGOTTO, *Tra i vecchi arnesi l'art. 8. Una possibile via per superare le criticità del decreto dignità*, in *Boll. ADAPT*, 3 settembre 2018, n. 29 e *ivi* M. SACCONI, *Il mio canto libero – L'art. 8 è vivo e lotta insieme a noi!*

[1457] Su questo si cfr. L. ZOPPOLI, *Il diritto del lavoro gialloverde: tra demagogia, cosmesi e paralisi regressiva*, cit., 15, secondo cui l'intervento modificativo su alcune scelte post-vincolistiche del *Jobs Act* è «tanto timido da meritare di essere catalogato tra gli interventi di mera "cosmesi"», così che «l'impronta del diritto del lavoro che si tinge di gialloverde resta pro-*business*».

La Corte costituzionale e il decreto n. 23/2015: *one step forward two step back*[*]

Giorgio Fontana

1. Le due anomalie della sentenza n. 194. 465
2. Un paradosso e una teoria poco affidabile: la deregulation come viatico dell'occupabilità. 466
3. Il giudizio di ragionevolezza del d. lgs. n. 23/2015 e "i conti che non tornano". 468
4. Il "fluire del tempo" (ovvero come eludere il problema). 470
5. I precedenti in materia della Corte costituzionale (che la Corte ha ignorato). 472
6. Si poteva osare di più? 477
7. La Carta Sociale Europea e il giudizio di costituzionalità. 479
8. Conclusioni. 483

[*] Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 382/2018

1. Le due anomalie della sentenza n. 194.

Leggendo la sentenza della Corte Costituzionale n. 194 sorgono sentimenti contrastanti, perché se è certamente apprezzabile – almeno per chi scrive - che il sistema rimediale del contratto a tutele crescenti sia stato ricondotto a criteri accettabili dal punto di vista della proporzionalità della sanzione economica, il modo in cui è stata risolta la questione principale posta dal Tribunale di Roma nell'ordinanza del 26 luglio 2017,[1458] vale a dire la differenza di trattamento fra vecchi e nuovi assunti, appare invece – ma sempre in base ad una precomprensione soggettiva – non molto convincente e troppo sbrigativo.[1459] E ciò è tanto più vero considerando che nella fattispecie non era in questione una "qualsiasi incoerenza, disarmonia o contraddittorietà" della norma ma un'abissale differenza di trattamento, vista la natura modesta e non compensativa dell'indennità "crescente" prevista dal d. lgs. n. 23/2015: situazione così peculiare, mai realizzata in precedenza, da richiedere forse maggiore riflessione e approfondimento.[1460]

Gli argomenti, fra di loro interrelati, utilizzati dalla Corte per respingere la censura di incostituzionalità della disparità di trattamento sono da un lato quello sul "fluire del tempo" e dall'altro l'affermazione della legittimità dei fini perseguiti dal legislatore. La Corte muove dal presupposto secondo cui il mutamento di disciplina è, logicamente, nella discrezionalità del legislatore e così pure la discriminante temporale, nella fattispecie collegata alla stipula del contratto di lavoro,[1461] mentre la "predeterminazione e alleggerimento delle conseguenze del licenziamento illegittimo" per i nuovi assunti sarebbe a sua volta giustificata dallo «scopo», dichiaratamente perseguito, «di rafforzare le opportunità di ingresso nel mondo del lavoro da parte di coloro che sono in cerca di occupazione» (alinea dell'art. 1, comma 7, della legge n. 183 del 2014)".[1462]

Prima di effettuare una valutazione critica di questi enunciati della Corte costituzionale, balzano agli occhi due evidenti "anomalie" su cui è opportuno soffermarsi.

La prima è la mancanza di qualsiasi riferimento alla pur poderosa giurisprudenza della Corte costituzionale in materia, avendo la Corte ripetutamente affrontato, nel corso del tempo, il nodo della legittimità costituzionale di disposizioni legislative che hanno introdotto nell'ordinamento differenze di trattamento quanto al regime dei licenziamenti. Si può anzi dire che la giurisprudenza della Corte costituzionale in materia (formatasi prima sulla l. n. 604/1966 e poi sugli art. 18 e 35 della l. n. 300/1970) è in larga parte costituita proprio da pronunce che affrontano il problema critico delle distinzioni di disciplina applicabile.[1463] È dunque sorprendente che la Corte, in quest'ultima sentenza, non abbia voluto considerare il caso esaminato attraverso il prisma dei

---

[1458] Si veda a tal riguardo V. Speziale, *La questione di legittimità costituzionale del contratto a tutele crescenti,* in Riv. Giur. Lav., 2017, II, p. 333 ss.

[1459] Per un primo commento si vedano S. Giubboni, *Il licenziamento del lavoratore con contratto <<a tutele crescenti>> dopo l'intervento della Corte costituzionale*, in CSDLE "Massimo D'Antona".IT, 2018, 379; A. Perulli, *Il valore del lavoro e la disciplina del licenziamento illegittimo*, in Libro dell'anno del diritto 2018, Treccani ed.; M.T. Carinci, *La Corte costituzionale n. 194/2018 ridisegna le tutele economiche per il licenziamento ingiustificato nel "Jobs Act", e oltre*, CSDLE "Massimo D'Antona".IT, 2018, 378.

[1460] Per i limiti del giudizio di ragionevolezza si veda la sentenza n. 89/1996 della Corte costituzionale, da cui sono tratti i passaggi virgolettati nel testo.

[1461] Secondo la Corte "il fluire del tempo può costituire un valido elemento di diversificazione delle situazioni giuridiche (ordinanze n. 25 del 2012, n. 224 del 2011, n. 61 del 2010, n. 170 del 2009, n. 212 e n. 77 del 2008)» (sentenza n. 254 del 2014, punto 3. del Considerato in diritto)" e delimitare la sfera temporale di applicazione delle norme" appartiene alla discrezionalità del legislatore".

[1462] Così il punto 6) della sentenza n. 194.

[1463] Per un'analisi della giurisprudenza pregressa della Corte costituzionale in materia di licenziamento, con particolare riferimento alle differenze di trattamento, si veda G. Fontana*, La riforma del lavoro, i licenziamenti e la Costituzione. Riflessioni critiche*, in Costituzionalismo.it, 2016, 2.

suoi stessi precedenti, mentre invece è prassi della Corte dare continuità alla propria giurisprudenza, argomentare nel solco dei principi già enunciati e consolidati.

Il secondo punto altrettanto sorprendente della sentenza n. 194 è il netto contrasto fra il principio affermato nell'importante, precedente sentenza n. 70 del 2015, relativamente alla giustificazione degli interventi legislativi che comportano "sacrifici" o modifiche *in pejus* dei trattamenti per alcune categorie di lavoratori, e le brevi battute dedicate a questo problema nella sentenza in questione. In questo suo precedente la Corte chiarì invece in modo molto netto che non è sufficiente per il legislatore limitarsi a richiamare genericamente le esigenze che giustificano l'intervento recessivo sui diritti sociali (nella fattispecie "la contingente situazione finanziaria"), "senza che emerga dal disegno complessivo la necessaria prevalenza delle esigenze [medesime] sui diritti oggetto del bilanciamento, nei cui confronti si effettuano interventi così fortemente incisivi" (v. punto 10 della sentenza n. 70/2015, in cui si censurò pure la mancata allegazione di schede tecniche).[1464] Tuttavia nella sentenza sui licenziamenti questo apprezzabile rigore valutativo della Corte sembra essersi perso. Eppure la teoria "regolatoria", come la definì Bob Hepple, ossia la dottrina che giustifica (ed esige) interventi recessivi sui diritti sociali e particolarmente sui diritti dei lavoratori come contropartita per la competitività economica e per la ripresa delle dinamiche occupazionali, è contestata da molti "addetti ai lavori".[1465] Essa, in altri termini, non possiede l'auto-evidenza che la Corte le riconosce, implicitamente.

Un'altra notazione attiene alla difficoltà di "leggere" il dibattito interno alla Consulta. È questo uno dei casi in cui il rifiuto di attuare un sistema trasparente che consenta ai giudici di rappresentare la propria *dissenting opinion*, non rende conoscibili le diverse posizioni in campo e la qualità delle rispettive argomentazioni, con un danno enorme alla possibilità di un dibattito pubblico pienamente "informato". [1466] Inutile dire quanto sia importante la divulgazione del dissenso nella formazione dell'opinione pubblica e nell'ambito della "comunità interpretativa" allargata.

2. Un paradosso e una teoria poco affidabile: la deregulation come viatico dell'occupabilità.

Si potrebbe legittimamente ritenere che se la Corte si fosse confrontata con la realtà del mercato del lavoro, senza limitarsi ad una generica approvazione del richiamo fatto dal legislatore all'obiettivo perseguito, forse avrebbe dovuto mettere in discussione la "coerenza" dell'operata discriminazione fra vecchi e nuovi assunti. Come tutti ricorderanno, la vera "scommessa" fatta

[1464] È del resto insito nel giudizio di ragionevolezza il controllo sull'effettività della norma, sui dati esterni e di natura statistica o economica, in grado di dimostrare il fondamento della norma sotto il profilo della idoneità e della congruenza della norma. V. A. Perulli, *Il valore del lavoro e la disciplina del licenziamento illegittimo*, op. cit. p. 344.

[1465] B. Hepple, *Quattro modalità di approccio alla modernizzazione dei diritti individuali in materia di lavoro*, in Dir. Rel. Ind., 2003, 4, p. 627 ss. L'elenco di chi ha messo in discussione l'approccio neoliberista al diritto e alla regolazione è lunghissimo, ma forse la lettura delle considerazioni (auto)critiche di Richard Posner, uno degli esponenti più illustri della Law School di Chicago, potrebbe essere molto utile per chi ancora desidera continuare su questa strada. Si veda di questo studioso, *La crisi della democrazia capitalista*, Milano, Università Bocconi editore, 2010, e *Un fallimento del capitalismo*, Codice edizioni, Torino, 2011. Posner, un conservatore nominato giudice della Corte Suprema da Ronald Reagan, dopo la crisi del 2007-2008 ha imboccato una strada completamente diversa da quella neo-liberista, riattualizzando gli insegnamenti di Keynes e combattendo le politiche di *deregulation*. Sul rapporto fra esigenze economiche e diritti si veda fra gli altri R. Pessi, *Economia e Diritto del Lavoro*, in Arg. Dir. Lav. 2006, 3.

[1466] Sulla questione si veda fra gli altri S. Panizza, *L'introduzione dell'opinione dissenziente nel sistema di giustizia costituzionale*, Torino, Giappichelli, 1998.

dal Governo, disarticolando la tutela dei lavoratori, era di assicurare la maggiore propensione delle imprese ad assumere a tempo indeterminato. Ma così non è stato, anzi è avvenuto il contrario e i "numeri" stanno lì a dimostrarlo. Dopo più di tre anni il dato pare del resto stabilizzato, tanto da potersi dire che questa appare non più come una reazione a fattori di rigidità del mercato del lavoro, ma come una tendenza duratura.[1467] Sorgono spontanei alcuni interrogativi. Ma la mancanza di effettività della "ragione" addotta dal legislatore per giustificare il regresso delle tutele, applicato oltre tutto in modo da spaccare in due il mondo del lavoro, non doveva costituire, a distanza oramai di tre anni ed oltre, serio motivo di riflessione? Non doveva rappresentare, se non una prova, quanto meno un indizio molto concreto dello scollegamento fra il fine e il mezzo prescelto, ossia della irragionevolezza della norma?

Si ha quindi l'impressione che la Corte abbia deliberatamente deciso di non guardare alla realtà sociale concreta e di concedere su questo terreno una sorta di "lasciapassare" al legislatore, nel senso di consentirgli di operare una revisione *recessiva* della disciplina applicabile in nome di un astratto e generico obiettivo occupazionale, su un punto peraltro cruciale della regolamentazione dei rapporti di lavoro, che incrocia fondamentali diritti e valori della nostra Carta costituzionale.

La Corte, come si è già accennato, avalla una teorica molto discutibile, vale a dire il collegamento positivo fra *deregulation* e mercato del lavoro, particolarmente in ordine all'effetto di stimolo dell'occupazione: un miraggio, questo, inseguito da decenni, sin dagli anni della *jobless growth* negli anni Ottanta, che se avesse avuto un minimo di base concreta e realistica ci avrebbe portato oggi al pieno impiego.[1468] In ogni caso, anche se si volesse ritenere per assurdo che questo rapporto possa avere una sua base fondata e scientifica, ciò non potrebbe mai esimere l'interprete dalla valutazione dei limiti posti dall'etica, non certo estranei alla ragionevolezza.[1469]

Insomma, mi sembra che le premesse poste dalla Corte non siano obiettivamente quelle giuste, eludendo i termini del giudizio di ragionevolezza così come stabiliti da una giurisprudenza sotto questo profilo poderosa e, seppure non sempre univoca, certamente consolidata. Si può richiamare a tal riguardo un noto precedente (sentenza n. 163/1993, pres. Casavola, rel. Baldassarre) che sul punto del controllo di ragionevolezza, in un'altra occasione, ebbe a precisare che, quando la classificazione operata dal legislatore in relazione alla nuova disciplina normativa, che prescrive una drastica differenziazione *in pejus*, viene impugnata dinanzi alla Corte, non è sufficiente un esame in astratto, in relazione alla legittimità del fine dichiarato, ma, come scriveva il relatore di questa sentenza, si richiede un vaglio in relazione agli effetti "pratici prodotti o producibili nei concreti rapporti della vita".[1470]

[1467] L'incoerenza dell'impostazione del *Jobs Act* rispetto al nuovo mercato del lavoro è colta, da altro versante, anche nella riforma delle collaborazioni; si veda R. Pessi, *Il tipo contrattuale: autonomia e subordinazione dopo il Jobs Act*, CSDLE "Massimo D'Antona".IT, 2015, 282, p. 17.

[1468] Per una critica v. L. Mariucci, *Culture e dottrine del giuslavorismo*, in Lav. Dir., 2016, 614.

[1469] Per una discussione su questi temi così complessi si veda A. Ruggeri, *La "federalizzazione" dei diritti fondamentali, all'incrocio tra etica, scienza e diritto*, in *Media Laws. Rivista di diritto dei media*, 2018, 2, p. 18.

[1470] Si legge in questa sentenza che "[...] il principio di eguaglianza comporta che a una categoria di persone, definita secondo caratteristiche identiche o ragionevolmente omogenee in relazione al fine obiettivo cui è indirizzata la disciplina normativa considerata, deve essere imputato un trattamento giuridico identico od omogeneo, ragionevolmente commisurato alle caratteristiche essenziali in ragione delle quali è stata definita quella determinata categoria di persone. (…) In breve, il principio di eguaglianza pone al giudice di costituzionalità l'esigenza di verificare che non sussista violazione di alcuno dei seguenti criteri: a) la correttezza della classificazione operata dal legislatore in relazione ai soggetti considerati, tenuto conto della disciplina normativa apprestata; b) la previsione da parte

3. Il giudizio di ragionevolezza del d. lgs. n. 23/2015 e "i conti che non tornano".

Il principio di uguaglianza come regola di coerenza dell'ordinamento giuridico rappresenta pur sempre il fondamento del giudizio di ragionevolezza ed impone il confronto fra la disposizione impugnata e quella che invece dispone quale debba essere la disciplina comune, che funge da *tertium comparationis*. Ed è evidente – e lo ammette esplicitamente la Corte – che questo confronto si tradurrebbe inevitabilmente nel riconoscimento della violazione dell'art. 3 della Costituzione, qualora non fosse possibile individuare una causa di giustificazione della differenza di trattamento. Solo una legittima causa di giustificazione consente di giudicare conforme a Costituzione la disparità di trattamento, perché, come scrivono Bin e Petruzzella, il legislatore è libero di scegliere "la finalità, il programma, il principio da sviluppare con le sue disposizioni…ma…deve svilupparlo con coerenza, senza escludere dalla fattispecie situazioni in essa ragionevolmente sussumibili".[1471]

Resterà dunque per sempre uno degli *arcana imperii* della giustizia costituzionale la ragione per cui la Corte si sia arrestata alla ricostruzione della *ratio legis* e alla valutazione della legittimità dei fini della norma in questione, in quanto diretta al rafforzamento delle possibilità di ingresso nel mondo del lavoro, cioè al primo scalino, per così dire, del giudizio di bilanciamento.[1472] Invece, andava valutata la congruità del mezzo rispetto al fine considerato, ossia "la capacità della disposizione impugnata di servire alla tutela dell'interesse che il legislatore ha inteso proteggere"; verifica questa assolutamente necessaria, visto che "se non ci fosse congruità vi sarebbe difetto di ragionevolezza e una ingiustificata compressione dell'interesse antagonista", vale a dire del diritto dei lavoratori di nuova assunzione di ricevere una protezione uguale in caso di licenziamento come sancito dall'art. 18 dello Statuto dei Lavoratori, ricorrendone i medesimi presupposti (*tertium comparationis*).[1473]

---

dello stesso legislatore di un trattamento giuridico omogeneo, ragionevolmente commisurato alle caratteristiche essenziali della classe (o delle classi) di persone cui quel trattamento è riferito; c) la proporzionalità del trattamento giuridico previsto rispetto alla classificazione operata dal legislatore, tenendo conto del fine obiettivo insito nella disciplina normativa considerata: proporzionalità che va esaminata in relazione agli effetti pratici prodotti o producibili nei concreti rapporti della vita". Sulla questione dei valori in gioco nel bilanciamento in materia di licenziamenti, v. A. Zoppoli, *Rilevanza costituzionale della tutela reale e tecnica di bilanciamento nel contratto a tutele crescenti*, in Dir. Lav. merc., 2015, 291 ss.

[1471] V. R. Bin, G. Petruzzella, *Diritto costituzionale*, p. 498-499. Hanno rilevato la violazione del principio di uguaglianza da parte del legislatore, fra gli altri, M. Barbieri, *Il licenziamento individuale ingiustificato irrogato per motivi economici e il licenziamento collettivo*, p. 124; A. Perulli, *Il contratto a tutele crescenti e la Naspi: un mutamento di paradigma per il diritto del lavoro?*, in L. Fiorillo, A. Perulli, *Contratto a tutele crescenti e Naspi*, Giappichelli, Torino, 2015, p. 45-46; S. Giubboni, A. Colavita, *I licenziamenti collettivi dopo le controriforme*, in Questione giustizia, 2015, 3, p. 31 ss.; S. Giubboni, *Profili costituzionali del contratto a tutele crescenti*, in w.p. CSDLE "Massimo D'Antona".it, 2015, n. 246; G. Ferraro, *I licenziamenti collettivi nel Jobs Act*, p. 199 ss; L. Mariucci, *Il diritto del lavoro ai tempi del renzismo*, in Lav. dir. 2015, p. 19-20; M. V. Ballestrero, *La riforma del lavoro: questioni di costituzionalità*, in Lav. Dir., 2015, 46 ss; F. Buffa, *La nuova disciplina del licenziamento e le fonti internazionali*, in Arg. Dir. Lav., 2015, 570 ss. Nel senso invece della ragionevolezza della distinzione di trattamento si vedano, fra gli altri, G. Proia, *Il contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato a tutele crescenti*, in R. Pessi, C. Pisani, G. Proia, A, Vallebona, *Jobs Act e licenziamento* p. 59; M. Ferraresi, *Il giustificato motivo oggettivo di licenziamento*. *Dalla legge 604 del 1966 al contratto a tutele crescenti*, Giappichelli Torino, 2016, p. 165.

[1472] In termini analoghi, v. A. Perulli, *Il valore del lavoro e la disciplina del licenziamento illegittimo*, op. cit. p. 343 ss.

[1473] Si veda ancora R. Bin, G. Petruzzella, op. cit. Sul giudizio di ragionevolezza la letteratura è sterminata. Si veda fra gli altri anche per i riferimenti lo studio di G. Scaccia, *Gli strumenti della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Milano, Giuffrè, 2000; più recentemente, dello stesso autore, *Il bilanciamento degli interessi come tecnica di controllo costituzionale*, in Quaderni costituzionali, 2017, p. 3953 ss.

Inoltre, ammesso pure che già a questo stadio non si fosse registrata un'insormontabile difficoltà, il dovere di "custode della Costituzione" imponeva alla Corte un ulteriore passaggio e cioè l'effettuazione di rigoroso test di proporzionalità per valutare il "costo" (in termini ovviamente non economici) che comporta la tutela dell'interesse ritenuto dal legislatore preminente. In termini più concreti, la Corte avrebbe dovuto valutare se il sacrificio imposto ai nuovi lavoratori assunti dopo il 7 marzo 2015 non fosse eccessivamente gravoso, in rapporto all'interesse sotteso alla possibilità di "rafforzare" l'occupabilità dei lavoratori. In relazione a questo interrogativo, che è il cuore del bilanciamento, la Corte avrebbe probabilmente dovuto chiedersi se il legislatore, per raggiungere i suoi obiettivi, non poteva disporre di altri strumenti, meno "costosi" per l'interesse dei lavoratori alla protezione in caso di licenziamento. In altre parole, se il mezzo prescelto rappresentava l'unico strumento utilizzabile e, ancora, se non configurava invece un sacrificio eccessivo, tanto da non rispettare il contenuto minimo essenziale del diritto in questione.

Poteva la Corte, come ha fatto, "tranciare" il ragionamento e limitarsi alla più ovvia delle considerazioni, ossia alla constatazione della legittimità del fine perseguito dal legislatore? Non è qui la sede per addentrarsi in argomenti così complessi, ma certamente il giudizio di proporzionalità o ragionevolezza rappresentava nel giudizio di costituzionalità del d. lgs. n. 23/2015 un varco stretto ma obbligato, che la Corte sembra però non aver voluto attraversare.[1474] Difatti, è la stessa struttura della norma, che impone di differenziare in modo così netto il trattamento fra vecchi e nuovi assunti, a richiedere un rigoroso bilanciamento, per verificare la sostenibilità giuridica della disparità in questione.[1475] Ciò tanto più che, come si è notato, questa nuova differenza di trattamento fra vecchi e nuovi assunti va ad aggiungersi ad altre disparità di trattamento applicabili a lavoratori "comparabili" per molteplici ragioni.[1476] Nuove disuguaglianze che si aggiungono a vecchie disuguaglianze. E non pare confutabile che questo passaggio, se compiuto, avrebbe comportato probabilmente una non scontata decisione sulla costituzionalità del decreto legislativo, nella parte in cui ha disposto solo per i neo-assunti (ossia, essenzialmente, per i giovani che entrano nel mondo del lavoro) la privazione di alcune tutele fondamentali in caso di licenziamento.

Pertanto, anche ad ammettere che la riferita situazione del mercato del lavoro fosse idonea a giustificare un intervento di questo tipo, resta aperto l'interrogativo sulla congruità di una misura che, in modo permanente, sarà portatrice di una differenza di trattamento in base alla data di

---

[1474] Scrive Scaccia in *Il bilanciamento degli interessi come tecnica di controllo costituzionale*, op. cit. p. 3974-3975, che in caso di norme limitative di diritti, in ogni caso, ove la Corte ritenga che la restrizione di un diritto sia razionalmente giustificata dal fine perseguito, si apre poi "la seconda fase del giudizio, nella quale rimane da verificare se sussista una ragionevole e sostanziale relazione fra la limitazione del diritto legislativamente disposta e la soddisfazione dell'interesse statale ritenuto preminente, tale che il mezzo impiegato risulti indispensabile (e non altrimenti sostituibile con un mezzo meno compressivo), per il raggiungimento del fine". Nel tempo, aggiunge Scaccia, si sono stabilizzate alcune regole al riguardo, "che si riassumono nel criterio del <<contemperamento>>, nel criterio del <<minimo mezzo>> e nella regola della <<coessenzialità del limite>>". E' questo il controllo di proporzionalità propriamente detto, che segue alla verifica di idoneità/necessità intesa ad accertare l'esistenza di un nesso ragionevole fra mezzi e fini, ma che la Corte ha completamente saltato.

[1475] Si chiede Perulli, giustamente: "se per la Corte la norma, per essere giudicata costituzionalmente legittima, deve rispettare il canone della ragionevolezza, perché il controllo circa il rispetto di tale canone dovrebbe limitarsi alla sua dimensione meramente logico-discorsiva e non interessare invece anche i profili causali del rapporto strumentale mezzi/fini e finanche quelli di proporzionalità e del bilanciamento di interessi?" (*Il valore del lavoro e la disciplina dei licenziamenti*, op. cit. p. 344).

[1476] R. Pessi, *Prime riflessioni sui decreti attuativi del Jobs Act,* p. 12, che tuttavia utilizza questo argomento giustificare la scelta legislativa.

assunzione, che, con lo scorrere del tempo, diventerà elemento sempre meno "tipizzante" o rilevante sul piano oggettivo, sempre meno idoneo cioè a giustificare la distinzione di trattamento così introdotta.

Se questo è vero, nella migliore delle ipotesi la classificazione operata dal legislatore doveva rappresentare una misura vincolata alle condizioni obiettive del periodo, che sono state peraltro invocate espressamente dal legislatore. Andava dunque valorizzato, in ultima analisi, l'orientamento della giurisprudenza costituzionale secondo cui i provvedimenti derogatori o che comportano privazione e/o sospensione di taluni diritti nei confronti di alcune categorie di lavoratori, se giustificati da situazioni di carattere eccezionale, intanto sono legittimi, sotto il duplice aspetto della non contrarietà sia al principio di uguaglianza sostanziale, sia a quello della non irragionevolezza, a condizione che siano "eccezionali, transeunti, non arbitrari e consentanei allo scopo prefisso" (v. sentenza Corte costituzionale n. 299/1999).[1477]

Ma anche questo aspetto non sembra aver attratto l'attenzione della Corte, che ha voluto limitarsi a concedere al legislatore uno spazio di manovra difficilmente giustificabile, come vedremo, alla luce della sua stessa giurisprudenza in materia (v. paragrafo 5).

4. Il "fluire del tempo" (ovvero come eludere il problema).

L'altro argomento che la Corte ha utilizzato, insieme alla "legittimità" dei fini, è il "fluire del tempo", ossia il mutamento di disciplina che tipicamente si accompagna all'entrata in vigore di una nuova normativa e al potere discrezionale di determinare il suo ambito temporale, esercitato nella fattispecie fissando come momento scriminante la data di assunzione.

Tuttavia, nel passato la Corte costituzionale non ha mai affermato che il "fluire del tempo" possa o debba impedire la comparazione fra le situazioni previste dalle norme impugnate e dalle norme di applicazione generale, che fungono da *tertium comparationis*, ovvero che la differente disciplina, qualora venga applicata soltanto ad alcuni e non a tutti, non vada attentamente vagliata sotto il profilo della conformità all'art. 3 della Costituzione. Anzi in alcune occasioni i giudici della Consulta hanno rilevato esplicitamente come soltanto una specifica causa di giustificazione possa far sì che il fluire del tempo costituisca un criterio ragionevole di distinzione. Si veda, a tal riguardo, la bella sentenza n. 409/1998 (rel. Capotosti), nella quale si afferma con molta chiarezza che, in linea di principio, il decorso del tempo non può costituire una base giuridica sufficiente a giustificare il diverso trattamento di situazioni omologhe nell'ambito di una stessa categoria di persone.

Né ha rilievo con la normativa in esame la diversa situazione in cui, in base ad una successione di norme applicabili, si determini "un trattamento differenziato applicato alla stessa categoria di soggetti, ma in momenti diversi nel tempo". Ciò semplicemente perché in questi casi la nuova disciplina si applica a tutte le situazioni giuridiche che ricadono nella sua orbita, senza distinzioni

[1477] La transitorietà della disparità di trattamento, visto che il regime previsto dall'art. 18 l. n. 300/1970 sarebbe mantenuto in vita "ad esaurimento", è uno degli argomenti utilizzati in dottrina, ma per giustificare la discriminazione fra giovani ed anziani. Si veda sul punto B. Caruso, *Il contratto a tutele crescenti tra politica e diritto: variazioni sul tema*, in CSDLE "Massimo D'Antona".IT, 2015, 265.

arbitrarie. Se invece c'è distinzione, allora, inevitabilmente, si dovrà giustificare la stessa sotto il profilo della sua legittimità (*rectius,* ragionevolezza). [1478]

Discutibili sono del resto i richiami fatti dalla Corte alla giurisprudenza in materia, che non consentono di dedurre quanto dalla Corte invece rilevato sul punto della ragionevolezza della distinzione di trattamento per il "fluire del tempo". Argomento che è stato adottato da una parte della dottrina lavoristica in modo superficiale e che, paradossalmente, ha ora ricevuto l'avallo della Corte costituzionale.

La Corte ha citato nella sentenza, come precedenti confermativi, decisioni prive di un filo conduttore comune e sotto questo profilo poco convincenti. Sono questi i casi dell'ordinanza n. 25/2012 della Corte Costituzionale e della sentenza n. 224/2011 (riguardanti la medesima sanzione tributaria)[1479] e dell'ordinanza n. 61/2010 (riguardante la sospetta incostituzionalità degli artt. 19 e 22 della Legge Fallimentare: fra l'altro, qui si trattava di benefici concessi solo ad alcuni e non di trattamenti *in pejus*).[1480] Di tutt'altra natura è poi la decisione n. 170/2009, anch'essa citata in sentenza, in cui il "fluire del tempo" si riferisce "al diverso regime normativo applicabile alle controversie" fallimentari dal punto di vista processuale, in ragione del dato cronologico della instaurazione della controversia regolata dal rito camerale.[1481] Ancora diversa è poi la questione risolta dalla sentenza n. 212/2008, pure richiamata a sostegno della decisione, riguardante una norma di interpretazione autentica.[1482]

Più interessante, ai nostri fini, è l'ordinanza n. 77/2008 citata nella sentenza n. 194, in cui si discuteva di una norma con effetto retroattivo. Qui la Corte, dopo aver ribadito la propria dottrina sul fluire del tempo, ha chiarito come, sotto il profilo della ragionevolezza, l'elemento temporale possa dirsi "un legittimo criterio di discrimine" ma "allorquando esso intervenga a delimitare le sfere di applicazione di norme nell'ambito del riordino complessivo della disciplina attinente ad una determinata materia" (richiamando sul punto l'ordinanza n. 275 del 2005), quando cioè la

---

[1478] Fra gli altri, nella dottrina costituzionalistica, a denunciare che la data di stipula del contratto è "…mero dato di fatto di per sé insufficiente a offrire un fondamento ragionevole alla differenziazione nella garanzia del diritto al lavoro", si veda C. Salazar, *Il diritto al lavoro e il Jobs Act: quale destino per il "principe dei diritti sociali"?*, in *Scritti in onore di G. Silvestri*, Giappichelli Torino 2017. In termini analoghi V. Speziale, *La questione di legittimità costituzionale del contratto a tutele crescenti*, in Riv. Giur. Lav., 2017.

[1479] Nella sentenza n. 25/2012 la Corte ha evidenziato che, come già rilevato dalla sentenza n. 224/2001, "non contrasta, di per sé, co il principio di uguaglianza un trattamento differenziato applicato *alla stessa categoria di soggetti* ma in momenti diversi nel tempo, poiché il fluire del tempo costituisce un valido elemento di diversificazione delle situazioni giuridiche" [corsivo mio]. Qui la questione riguardava il mutamento di disciplina sanzionatoria applicabile a tutte le situazioni giuridiche.

[1480] Tali disposizioni, introdotte dal d. lgs. n. 5/2006, escludevano dal beneficio della "esdebitazione" gli imprenditori falliti prima dell'entrata in vigore del suddetto decreto legislativo. La Corte, per giustificare la distinzione di trattamento, ha precisato "che per quanto attiene alla irragionevolezza della fissazione di un limite temporale per accedere al beneficio della esdebitazione…essa non è riscontrabile nella censurata scelta legislativa che, anzi, appare coerente con la esigenza di compiere…una serie di riscontri istruttori, volti alla verifica della effettiva meritevolezza del beneficio da parte del fallito, che ben difficilmente sarebbero possibili…ove fossero svolti in relazione a procedure concorsuali la cui chiusura rimonti a periodi troppo risalenti nel tempo, rientrando, quindi, nella discrezionalità del legislatore la fissazione del detto limite temporale". Non è quindi il mero decorso del tempo che di per sé giustifica la differenza di trattamento.

[1481] Ma anche in questo caso, la Corte non omette di verificare la ragionevolezza della diversità di disciplina applicabile e la sua congruità anche sotto il profilo degli artt. 24 e 111, 1° comma, della Costituzione.

[1482] In questa decisione la Corte si è limitata a richiamare un principio relativo alla ragionevolezza dell'obiettivo di armonizzare con una normativa transitoria il passaggio del personale ATA ad un diverso sistema retributivo a regime.

norma sopravvenuta disciplina l'intera serie di situazioni giuridiche fra loro omologhe.[1483] Significativa, da questo punto di vista, è pure la sentenza n. 273/2011, che aveva per oggetto la questione relativa all'accesso dei consiglieri di Tar nei ruoli del Consiglio di stato e il riconoscimento della relativa anzianità di servizio, peraltro riguardante l'intera categoria e non una sottoclasse. La Corte, lungi dal limitarsi al principio del fluire del tempo, ha valutato le differenze fra le situazioni messe a confronto come elementi giustificativi.[1484]

Fra le sentenze richiamate dalla Corte, poi, la n. 94/2009 ha limpidamente statuito, con chiarezza esemplare, che "non contrasta di per sé con il principio di uguaglianza un differenziato trattamento *applicato alla stessa categoria di soggetti, ovvero allo stesso soggetto*, ma in momenti diversi nel tempo, poiché proprio il fluire del tempo costituisce un elemento diversificatore delle situazioni giuridiche".

Si tratta del principio che avrebbe impedito, se correttamente applicato, di discriminare i lavoratori in base alla data di assunzione, ma paradossalmente è stato richiamato a sostegno della tesi avversa. Importante è anche la giurisprudenza citata da quest'ultima sentenza a conferma di questo fondamentale principio, che fa definitivamente giustizia della tesi del "fluire del tempo" (ord. n. 400/2007; sent. n. 342/2006; ord. n. 216/2005 e n. 121/2003, n. 108/2002, n. 18/1994). In tutte queste pronunce si discute di norme sopravvenute che modificano il regime di disciplina, ma sempre applicabili "*alla stessa categoria di soggetti, ovvero allo stesso soggetto, ma in momenti diversi nel tempo*".

Come si legge nella sentenza n. 18/1994, "vige la regola generale che il sopravvenire di una nuova norma applicabile ad un fatto simile a quello regolato dalla norma precedente non determina una disparità di trattamento costituzionalmente illegittima", ma il problema critico è piuttosto, nel nostro caso, la distinzione di trattamento realizzata "ritagliando" una sotto-classe; il che, ovviamente, è altrettanto possibile sul piano logico e giuridico, ma purché si tratti di una distinzione ragionevole. Il "fluire del tempo" non basta, il problema è sempre la classificazione operata dal legislatore, su cui va effettuato il test di ragionevolezza e proporzionalità (v. sent. n. 89/1996).

5. I precedenti in materia della Corte costituzionale (che la Corte ha ignorato).

Non è la prima volta che il legislatore ha operato modifiche al regime di disciplina in materia di licenziamenti, da cui sono derivate disparità di trattamento sottoposte al vaglio della Corte. Oltre a quelle, notissime, sull'applicazione della tutela "reale" (dapprima con riferimento al requisito univoco dell'unità produttiva di 15 dipendenti, poi, a seguito della riforma disposta con l. n. 108/1990, in base ad un criterio più articolato), sono state tante le occasioni in cui, per obiettivi

[1483] Sempre in ordine al problema del fluire del tempo, altra sentenza richiamata dalla Corte è la n. 254/2014 - che ha esaminato la questione di legittimità costituzionale dell'art. 29, comma 2°, d. lgs. n. 276/2003, nonché di altra disposizione che aveva introdotto una sanzione per omesso versamento dei contributi: in entrambi i casi si trattava di fattispecie penali, in cui i giudici hanno dichiarato legittimo il criterio della data di commissione dell'illecito e dunque giustificata la differenza di trattamento, ed enunciando la massima, che ha dato luogo a tanti fraintesi, secondo cui "non contrasta, di per sé, con il principio di uguaglianza un trattamento differenziato applicato alle stesse fattispecie, ma in momenti diversi nel tempo, poiché il fluire del tempo può costituire un valido elemento di diversificazione delle situazioni giuridiche".

[1484] Ritenendo la Corte che "la scelta differenziatrice effettuata dal legislatore non è censurabile, perché si basa sulla non irragionevole valutazione della peculiarità della situazione in cui si trovavano i soli magistrati in servizio" alla data di entrata in vigore della legge (di cui peraltro la Corte sottolinea "la natura eccezionale e transitoria"). La Corte sottolinea che proprio "in quanto eccezionale e derogatoria", la disposizione impugnata "non è applicabile oltre i casi ed i tempi considerati", richiamando tutta la propria giurisprudenza sui limiti di applicabilità delle norme transitorie ed eccezionali (fra la altre, Corte cost. n. 202 e 34 del 2011, n. 131 del 2009, n. 96 del 2008).

di natura socio-economica (come in questo caso) o per altre ragioni, il legislatore ha disposto misure di differenziazione oppure derogatorie della disciplina comune, da applicarsi in circostanze determinate o a specifiche categorie di lavoratori.

In tutti questi casi si è posto il problema della legittimità delle norme che hanno creato una differenza di trattamento. Questa giurisprudenza costituisce, nel suo complesso, una fonte notevolissima di riflessioni e di orientamenti e crea, si può dire, una vera e propria "dottrina" costituzionale in materia, fatta di principi e ponderazioni giuridiche che avrebbero potuto rappresentare un punto di riferimento anche per la decisione del caso in questione. Come si è già accennato, sorprendentemente la Corte non solo non ha citato mai i propri precedenti (neppure uno dei più significativi), ma la sua decisione difficilmente può dirsi in perfetta sintonia con questa "dottrina".

Per una valutazione di questi orientamenti in relazione al caso in esame, si ritiene opportuna una sintesi della giurisprudenza costituzionale a partire dai casi più noti.

La prima serie di decisioni rilevanti è quella sul campo di applicazione delle disposizioni di tutela in materia di licenziamenti.

Quando l'effetto di esclusione è stato realizzato a seguito di scelte legislative basate sulla dimensione o la qualità dell'organizzazione datoriale, la Corte ha sempre protetto l'esercizio della discrezionalità legislativa, nonostante ne derivasse una condizione soggettiva di minor tutela. [1485] Esempio di questa giurisprudenza è la sentenza n. 81/1969, che può considerarsi il *leading case* in materia, in cui la Corte giudicò legittimo l'art. 11 della l. n. 604/1966 nella parte in cui stabiliva, all'epoca, il campo di applicazione della normativa in questione secondo il criterio dimensionale del numero di addetti (fissando la soglia sui 35 dipendenti). La Corte giustificò la scelta del legislatore in quanto "aderente alla realtà economica, di comune esperienza", oltre che razionale sia in considerazione del rapporto fiduciario sussistente tra lavoratori e datore di lavoro sia del "criterio economico". In particolare la Corte enunciò qui la massima secondo cui "l'art. 3 della Costituzione non corrisponde ad un criterio di mera uguaglianza formale o formalistica e perciò non esclude che il legislatore possa adottare *norme diverse per regolare situazioni che esso ritenga diverse*, adeguando così la disciplina giuridica agli svariati aspetti della vita sociale, entro un margine di discrezionalità che giustifichi sostanzialmente il criterio di differenziazione adottato" [corsivo mio].

Dopo questa sentenza, in altre occasioni ancora la Corte si è occupata dei problemi relativi al campo di applicazione delle disposizioni di tutela in materia di licenziamento, giurisprudenza a cui può affiancarsi, per la medesima *ratio* ispiratrice, quella riguardante l'applicazione selettiva dello Statuto dei lavoratori. In particolare, con le sentenze n. 55/1974, n. 2/1986 e n. 44/1996, la Corte si è pronunciata sulla legittimità dei limiti posti all'applicazione dell'art. 18 e quelli derivanti dall'art. 35 dello Statuto dei lavoratori. In queste decisioni la Corte ha sempre confermato l'orientamento originario, elaborato nella sentenza n. 81/1969, precisando ancora meglio le ragioni sostanziali ed oggettive della distinzione di trattamento basata sulla dimensione dell'azienda o delle sue articolazioni produttive.

[1485] Sugli artt. 8 e 11 della l. n. 604/1966 e poi sugli artt. 18 e 35 della l. n. 300/1970, si vedano le sent. n. 81 del 1961; n. 45 del 1965; n. 81 del 1969; n. 194 del 1970; n. 55 del 1974; n. 152 del 1975; n. 178 del 1975; n. 189 del 1975; ord. n. 256 del 1976, che formano un orientamento in materia consolidato e coerente.

Sempre in relazione al problema delle differenze di disciplina applicabili ai rapporti di lavoro subordinato, altra questione ha riguardato la distinzione fra imprenditori e non imprenditori (sent. n. 189/1975) e fra imprese agricole e imprese industriali (sent. n. 152/1975 e successive).[1486]

In tutti questi casi la Corte costituzionale ha garantito al legislatore un ambito di discrezionalità in materia piuttosto ampio, definendo come "ragionevoli", perché derivanti da criteri oggettivi, le relative distinzioni. Si può essere d'accordo o no, ma la giurisprudenza della Corte è sul punto coerente con i suoi orientamenti storici in materia di uguaglianza giuridica. Per giustificare, poi, il miglior trattamento riservato ai lavoratori rientranti nel campo di applicazione della tutela reale la Corte ha precisato che il discrimine "continua a trovare adeguata giustificazione nella necessità di svolgimento dell'attività sindacale in fabbrica, introdotta dallo Statuto dei lavoratori" oltre che "dalla mancanza di omogeneità tra la situazione di questi lavoratori e quella dei lavoratori di altre imprese" (v. sent. n. 2 del 1986).[1487]

Il collegamento fra le tutele e il sostegno sindacale, esplicita dunque la razionalità del sistema selettivo introdotto dal legislatore.

In definitiva, si può dire che il "succo" di questa giurisprudenza costituzionale stia nel fatto che le disuguaglianze trovano la loro giustificazione in obiettive specificità e differenze sostanziali, che il legislatore ha inteso valorizzare nell'ambito delle proprie scelte di politica legislativa e per questo possono dirsi "ragionevoli".

Tuttavia in altri casi, non pochi, la Corte non ha avuto remore a dichiarare l'incostituzionalità delle norme o a formulare severi moniti al legislatore, quando ha rilevato che questi criteri sono stati disattesi.

Si possono qui richiamare, per questo "filone" della giurisprudenza costituzionale, le sentenze n. 14 del 1970, n.174 del 1971, n. 169 del 1973, n. 204 del 1976, n. 189 del 1980, n. 137 e n. 176 del 1986, n. 96 del 1987, n. 181 del 1989, n. 41 e n. 364 del 1991, n. 541 del 2000.

La prima di queste sentenze (n. 14/1970) inaugura un orientamento della Corte costituzionale che verrà poi ripreso successivamente. Il problema è quello relativo alla legittimità costituzionale delle disposizioni che escludevano gli apprendisti dalla tutela prevista dalla l. n. 604/1966 e spe-

---

[1486] La Corte ha ritenuto giustificate e non illegittime le differenze di trattamento fra lavoratori dipendenti rispettivamente da datori di lavoro imprenditori e non imprenditori trattandosi "di scelte discrezionali di politica legislativa", basate su distinzioni non arbitrarie, visto che "le diverse categorie di datori di lavoro non qualificabili professionalmente come imprenditori si distinguono nettamente per il difetto di forme organizzative e di risorse finanziarie comparabili a quelle proprie delle attività imprenditoriali" (sent. n. 189 del 1975; sent. n. 2 del 1986).

[1487] Nel rigettare invece i sospetti di costituzionalità dell'art. 35 della l. n. 300/1970, la Corte ha precisato che "il legislatore aveva usato la sua discrezionalità…nel considerare l'impresa non nella sua interezza ma nelle unità produttive, distinte dalla sua complessa organizzazione imprenditoriale, le quali si erano delineate nell'ambito dell'impresa con carattere di autonomia così dal punto di vista economico-strutturale, come da quello finalistico e del risultato produttivo, nella più vasta area del mercato dei beni o dei servizi" (così sent. n. 2 del 1986). Pertanto, nel giudicare le conseguenziali differenze di trattamento fra lavoratori incardinati nelle diverse unità produttive, la Corte ha ravvisato il suo fondamento "..oltre che nel criterio della fiduciarietà del rapporto di lavoro e nell'opportunità di non gravare di oneri eccessivi le imprese di modeste dimensioni, anche e soprattutto nell'esigenza di salvaguardare la funzionalità delle unità produttive intese quali articolazioni di una più complessa organizzazione imprenditoriale, fornite di autonomia dai punti di vista economico-strutturale e funzionale, nonché del risultato produttivo ed in ispecie di quelle con un minor numero di dipendenti nelle quali la reintegrazione nel medesimo ambiente del dipendente licenziato avrebbe potuto determinare il verificarsi di una tensione nelle quotidiane relazioni umane e di lavoro" (sent. n. 55 del 1974; n. 152 e 189 del 1975).

cificamente dal beneficio dell'indennità di anzianità ex art. 9 della legge, censurandosi nella fattispecie da parte del giudice remittente l'ingiustificata discriminazione nei confronti di tutti gli altri lavoratori. La Corte ritenne costituzionalmente illegittima tale esclusione sulla base della considerazione che, nella fattispecie, si realizzava "una situazione di trattamento differenziato cui non corrisponde una diversità di situazione di fatto e di diritto nei soggetti destinatari della norma", visto che il rapporto di apprendistato va considerato "*assimilabile all'ordinario rapporto di lavoro*".[1488]

Viene subito da pensare, leggendo queste argomentazioni, alla disparità di trattamento creata dal d. lgs. n. 23 fra rapporti giuridici perfettamente identici ed omologhi, che certamente mostra di essere altrettanto problematica dal punto di vista costituzionale.

Con successiva sentenza n. 169 del 1973, la Corte ha poi confermato questo orientamento dichiarando l'illegittimità costituzionale dell'art. 10 l. n. 604/1966, nella parte in cui consentiva l'esclusione degli apprendisti dalle altre disposizioni di tutela previste dalla legge del 1966, precisando che "se è vero che il rapporto di apprendistato presenta, rispetto al normale rapporto di lavoro, peculiarità sue proprie, da ciò non consegue affatto che con queste risultino incompatibili le limitazioni che la legge n. 604 del 1966 ha imposto al potere di recesso del datore di lavoro", creandosi altrimenti "una nuova disparità di trattamento dell'apprendista in confronto con gli altri lavoratori, disparità che sarebbe in contrasto con l'art. 3 della Costituzione". Infine, la più recente sentenza n. 181 del 1989 (Pres. Spagnoli, rel. Saja) si è occupata dell'esclusione degli apprendisti dal computo dei dipendenti per la determinazione del requisito dimensionale per l'applicabilità della normativa sui licenziamenti disciplinari, prevista dalla l. n. 56/1987. Ebbene, la Corte ritenne che la variabile così introdotta avrebbe avuto rispetto a tali norme "effetti distorsivi" e, pur in presenza di una grave crisi dell'occupazione giovanile, formulò un severo monito al legislatore a "non obliterare la correlazione tra la straordinarietà della situazione di fatto (massiccia disoccupazione giovanile) e la deroga a fondamentali strumenti di garanzia per i lavoratori", che, ricordò la Corte "vale a maggior ragione rispetto alla norma in discussione, che costituisce ampliamento di una deroga già esistente al generale principio di uguaglianza e ad altri valori di rilievo costituzionale".

La giurisprudenza sugli apprendisti è emblematica dell'atteggiamento della Corte, mai incline ad accettare discriminazioni fra lavoratori realizzate nonostante l'identità di situazioni giuridiche, e possono riscontrarsi in queste sentenze molte analogie con la situazione attuale, su cui si è pronunciata la sentenza n. 194.

Un'altra questione particolarmente evocativa è quella che ha riguardato i lavoratori anziani e pensionati, oggetto di due distinte pronunce, rese a distanza di tempo, dalla Corte costituzionale. Si tratta delle sentenze n. 174 del 1971 e n. 176 del 1986. Con la prima (Pres. Bianca, rel. Trimarchi), la Corte ha esaminato la questione di legittimità costituzionale dell'art. 11 l. n. 604 del 1966, nella parte in cui escludeva i lavoratori pensionati ed i lavoratori *over* 65 dalla tutela in materia di

[1488] La Corte presieduta da Giuseppe Branca, vedeva fra i suoi componenti giuristi come Mortati, Crisafulli, Trimarchi ed altri ancora. Ma l'insegnamento di questi Maestri è stato ignorato dalla recente sentenza n. 194.

licenziamenti e, in particolare, non consentiva di rendere applicabili a questi lavoratori le disposizioni di cui agli artt. 4, 2 e 5 della l. 604.[1489] La Corte rilevò che in tal modo, per i lavoratori anziani, veniva definita una disciplina nettamente peggiorativa che, tuttavia, se poteva ritenersi giustificata per i lavoratori in possesso dei requisiti per la pensione di vecchiaia, appariva "razionalmente ingiustificata" per i lavoratori privi del diritto a pensione, per i quali "risulta effettiva la violazione dell'art. 3 da parte della norma impugnata".[1490]

Forse ancora più incisiva è la successiva sentenza n. 96 del 1987, che si è occupata del personale navigante. La Corte, con un'importante e coraggiosa decisione rilevò che nella fattispecie non sussistevano "valide ragioni per escludere il personale marittimo dalla disciplina della l. n. 604 del 1966", e ciò per "*la sostanziale omogeneità delle relative situazioni* afferenti ai lavoratori comuni ed a quelli nautici [che] impone l'uniformità delle discipline, nella mancanza di fondate ragioni per differenziarle" [corsivo mio]. Gli stessi principi sono stati successivamente affermati per il personale del settore aereonautico (sent. n. 41 del 1991), ritenendo la Corte che la disposizione impugnata (art. 916 cod. nav.) discriminava "senza alcuna base razionale tale personale rispetto ai marittimi arruolati (ai quali è riferita la dichiarazione di incostituzionalità operata dalla sentenza n. 96 del 1987) e ai lavoratori comuni".[1491]

Anche in questo caso sorgono spontanei i termini di confronto con la disparità di trattamento introdotta dal legislatore con il decreto n. 23, che crea una distinzione fra situazioni del tutto omogenee fra di loro in base ad un criterio eccentrico qual è la data di assunzione.

Volendo cercare di individuare il fondamento giuridico di queste decisioni della Corte si potrebbe ritenere che la *ratio* vada rintracciata nella inesistenza di opportuni ancoraggi a situazioni obiettive e peculiari in grado di giustificare la differenza di disciplina applicabile.

Rileggendo oggi le sentenze relative alla esclusione dalla tutela dei lavoratori anziani, degli apprendisti e del personale di mare e di volo, si può dire, in definitiva, che i giudici della Consulta non hanno mai consentito condizioni di minor tutela (o di nessuna tutela) in presenza di situazioni

[1489] Si ricorda che l'art. 11 della l. 604/1966 disponeva che "nei riguardi dei prestatori di lavoro che siano in possesso dei requisiti di legge per avere diritto alla pensione di vecchiaia o che abbiano comunque superato il 65° anno di età" non potevano applicarsi le disposizioni di cui agli artt. 2 e 5 della legge, così limitando il diritto di difesa del lavoratore in questione.

[1490] Nella seconda sentenza (n. 176/1986, Pres. Paladin, Relatore Greco) la questione posta, analoga alla precedente, riguardava invece il divieto di licenziamento senza giusta causa o giustificato motivo sempre per i lavoratori anziani, escluso in base a quanto disposto dall'art. 11, 1° comma, l. n. 604/1966. Il giudizio è stato il medesimo, rilevandosi l'incostituzionalità della norma impugnata. Con la sentenza n. 137 del 1986, la Corte ha poi esteso i suddetti principi anche alle donne lavoratrici. Un'altra questione emblematica riguarda il regime di disciplina applicabile ai lavoratori assunti in prova ex art. 2096 c.c. Pronunciandosi sulla questione di costituzionalità dell'art. 10 l. n. 604/1966 che escludeva l'applicazione dell'art. 9 della legge ai lavoratori in prova, la Corte, con la sentenza n. 204 del 1976, dichiarò non fondata la questione di costituzionalità in considerazione della particolare natura dell'assunzione in prova, distinguendola dall'assunzione a titolo definitivo, e negando l'equiparabilità delle due situazioni giuridiche. Con la successiva sentenza n. 189 del 1980 questo orientamento è stato tuttavia in parte rettificato, negandosi che le differenze esistenti potessero giustificare l'esclusione dei lavoratori in prova dal diritto a percepire l'indennità di anzianità. Con la sentenza n. 541 del 2000, poi, la Corte ha affrontato la questione della legittimità costituzionale dell'art. 10 della l. n. 604/1966 e dell'art. 2096 c.c., giungendo alle stesse conclusioni quanto alla mancanza dell'obbligo di forma scritta del recesso alla scadenza del periodo di prova. Allo stesso tempo, sempre in questa decisione, si è escluso che potesse essere censurabile la mancanza dell'obbligo di motivazione del licenziamento dei lavoratori in prova, "non essendo equiparabili, sotto l'aspetto che qui interessa, le situazioni poste a confronto, del lavoratore in prova e del lavoratore assunto a tempo indeterminato". La giurisprudenza sui lavoratori in prova dimostra che il baricentro della Corte è sempre sulle condizioni di carattere oggettivo che giustificano o meno, razionalmente, la differenza di trattamento, e sulla proporzionalità della misura adottata dal legislatore.

[1491] Aggiunse la Corte: "Si determina, così, in una materia che attiene a posizione soggettiva di grande rilievo nel rapporto di lavoro, e che non sopporta disuguaglianze, una disparità di trattamento ingiustificata (…)" Successivamente gli stessi principi sono stati applicati per estendere l'art. 7 dello Statuto dei lavoratori anche al settore nautico (v. sent. n. 364/1991).

o rapporti giuridici fra loro assimilabili. Quando la Corte, tenendo conto delle circostanze eccezionali che lo giustificavano, ha "autorizzato" il legislatore a derogare ai principi in questione, lo ha fatto, come nel caso degli apprendisti, con un monito al legislatore a non "obliterare" l'importanza delle tutele e a non procrastinare nel tempo, senza ragioni, le deroghe in questione (sancendo in altri termini la "provvisoria costituzionalità" delle disposizioni derogatorie, dagli effetti peraltro molto più limitati rispetto alle norme oggetto di scrutinio nella sentenza n. 194/2018).

In definitiva, la Corte non ha mai ammesso aree di inoperatività della disciplina comune per specifiche classi di lavoratori e non ha mai temuto di affermare l'incostituzionalità delle relative disposizioni derogatorie o escludenti, pur sapendo che le proprie decisioni avrebbero prodotto effetti su interi settori economici o avrebbero potuto avere un impatto in termine "occupazionali".

Riportando questi criteri ed orientamenti all'attualità, si potrebbe dire, in conclusione, che la Corte ha ignorato la propria stessa giurisprudenza, da cui pare discostarsi nettamente, accontentandosi di constatare la legittimità della ragione giustificatrice ed omettendo il test di proporzionalità (adeguatezza, necessità e proporzionalità in senso stretto), in modo formalizzato o implicito che sia.

La Corte non ha neppure seguito il solco tracciato dalla sentenza n. 181/1989, di cui si è parlato in precedenza, che costituiva un precedente specifico e sovrapponibile in certa misura alla questione decisa con la sentenza n. 194, poiché anche in quel caso il provvedimento adottato dal legislatore (l'esclusione degli apprendisti dal computo numerico) era giustificato dalla situazione molto deficitaria e difficile del mercato del lavoro.

In questo modo la Corte crea tuttavia un pericoloso precedente, dicendo in buona sostanza che al legislatore è sempre dato, senza condizionamenti, determinare condizioni derogatorie *in pejus* per intere classi di lavoratori, ossia discriminare in base a criteri sostanzialmente arbitrari.

6. Si poteva osare di più?

Un altro punto importante dell'ordinanza del Tribunale di Roma del 26 luglio 2017, su cui la Corte era stata chiamata ad esercitare il suo alto magistero, era quello relativo alla contrarietà della norma impugnata alla Carta dei diritti fondamentali, tema che i giudici della Consulta hanno affrontato e risolto nel solco delle note decisioni in materia. I giudici si sono limitati a ribadire il principio posto dall'art. 51 della Carta, secondo cui le disposizioni in essa contenute sono applicabili agli Stati membri unicamente quando questi ultimi "agiscono nell'ambito dei applicazione del diritto dell'Unione", richiamando la giurisprudenza in tema della CGE [1492] e della stessa Corte.[1493]

Era del resto piuttosto improbabile una diversa decisione sul punto. Anche se la direttiva antidiscriminatoria 2000/43 "incrocia" la disciplina dei licenziamenti individuali e il decreto legislativo n. 23, non poteva dirsi che il decreto legislativo costituisse provvedimento attuativo del diritto dell'Unione.

[1492] In particolare, con rinvio alla sentenza della Grande Sezione del 26 febbraio 2013, C-617/10 e all'ordinanza 26 ottobre 2017, causa C-333/17, *Caixa Económica Montepio Geral contro Carlos Samuel Pimenta Marinh e altri*.
[1493] Corte costituzionale sent. n. 80 del 2011; sent. n. 63 del 2016; sent. n. 111 del 2017; ord. n. 138 del 2011.

Tuttavia, sotto questo aspetto, le deduzioni del Giudice romano nell'ordinanza del 26 luglio 2017 (v. punto 2.C.) circa il contrasto con gli artt. 76 e 117 della Costituzione derivante dalla violazione dell'art. 30 della Carta, da utilizzare almeno come parametro di legittimità del diritto interno insieme alla Convenzione ILO, potevano forse essere maggiormente valorizzate.

In effetti, se si può comprendere che la Corte neghi l'efficacia della Carta al di fuori delle materie in cui l'ordinamento nazionale "incrocia" il diritto dell'Unione Europea,[1494] meno chiara è la *ratio* per cui nega ad essa quanto meno la stessa "valenza" che riconosce ai trattati e alle norme convenzionali. Ed inoltre, non si comprende per quale ragione esclude che la Convenzione ILO, nei suoi criteri di adeguatezza e appropriatezza, possa svolgere analoga funzione parametrica del diritto interno, quanto meno come termine di raffronto.

Ma la questione, almeno in teoria, potrebbe non essere finita qui. Il giudice romano, infatti, ha rispettato nella fattispecie il principio della "doppia pregiudizialità" nei termini indicati dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 269/2017, ove si è affermato che nel caso in cui il Giudice rilevi l'esistenza di una simultanea violazione di diritti della persona riferibile tanto ai diritti protetti dalla Costituzione italiana quanto alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, deve sollevare la questione di legittimità costituzionale e consentire, quindi, ai giudici della Consulta di esercitare prioritariamente il controllo accentrato di legittimità, privilegiando in sostanza l'incidente di costituzionalità rispetto a quello relativo alla violazione dei principi della Carta.[1495] Al di là del contrasto con i principi enunciati da altro versante dalla Corte di Giustizia,[1496] bisogna dire che, per quanto riguarda la vicenda qui in esame, la parola torna al giudice romano, a cui spetta decidere la sorte del procedimento. Il quale, esaurita la fase del controllo di costituzionalità della

[1494] v. la sentenza della Corte di Giustizia del 15 gennaio 2014, *Association de médiation sociale*, C-176/12 punto 42. Incidentalmente, si osserva che la CGE ha finora lasciato ben poco spazio all'applicazione diretta delle disposizioni della Carta, anche se qualche apertura sembra provenire dalla più recente giurisprudenza. Nella sentenza del 6 novembre 2018 della CGE (causa riunite C-569/16 e C-570/16) (Grande Sezione) *Wuppertal c. Bauer e Willmeroth c. Broßonn*, i giudici della Corte di Giustizia, in continuità con la sentenza *Egenberger* (17 aprile 2018, C-414/16), hanno affermato l'efficacia diretta dell'art. 31 della Carta, con obbligo del giudice, in caso di fallimento dei tentativi di operare un'interpretazione conforme, di disapplicare la norma interna. Ma pur sempre, bisogna ricordare, sul presupposto del carattere del tutto peculiare dell'art. 31 della Carta, discendendo da essa un diritto (alle ferie annuali retribuite) imperativo ed incondizionato, non richiedendo "una concretizzazione ad opera delle disposizioni del diritto dell'Unione o del diritto nazionale", con la conseguenza "che la suddetta disposizione è di per sé sufficiente a conferire ai lavoratori un diritto invocabile in quanto tale in una controversia contro il loro datore di lavoro, in una situazione disciplinata dal diritto dell'Unione e, di conseguenza, rientrante nell'ambito di applicazione della Carta".). Sull'obbligo di disapplicazione delle norme nazionali in contrasto con il diritto dell'Unione si veda recentemente la sentenza 4 dicembre 2018, causa C-378/17, *Minister for Justice and Equality e Commissioner of An Garda Siochàna* c. *Workplace Relations Commissions.*

[1495] Sulle questioni poste dalla sentenza della Corte costituzionale, si veda A. Ruggeri, *Svolta della Consulta sulle questioni di diritto eurounitario assiologicamente pregnanti*, in Rivista di diritti comparati, 2017, 12, in dirittocomparati.it; A. Cosentino, *Il dialogo fra le Corti e le sorti (sembra non magnifiche, né progressive) dell'integrazione europea*, in Questione giustizia, on line, 1 ottobre 2018; da ultimo, con molta chiarezza sulla *ratio* della direttiva della sentenza n. 269/2017 della Corte costituzionale, V. De Michele, in *La sentenza Sciotto della Cgue e la conversione a tempo indeterminato nel pubblico impiego nel dialogo con la Consulta*, in Europeanrights.eu, 15/11/2018, anche per gli ampi riferimenti bibliografici.

[1496] Si veda ad esempio la recente sentenza *Global Starnet Ltd* del 20 dicembre 2017, in cui si afferma che qualunque impedimento al potere del giudice comune di sottoporre immediatamente questioni pregiudiziali alla Corte di Giustizia, anche se costituito dall'esistenza di un procedimento di costituzionalità, implicherebbe la compromissione dell'effetto utile e dell'efficacia del diritto dell'Unione e dell'art. 267 TFUE. Sulle vicende successive e sul contenuto, rispettivamente, dell'ordinanza n. 3831/2018 e delle due decisioni della Cassazione n. 12108/18 e n. 13678/2018, che si sono divise circa l'impostazione della sentenza della Corte costituzionale n. 269/2017 (le ultime due sentenze della Cassazione hanno disposto l'immediata disapplicazione di normative nazionali in contrasto con il diritto dell'Unione e, in particolare, con l'ordinanza n. 13678/2018 la Corte di Cassazione, in un caso di rilevato contrasto di una norma nazionale con la Carta dei diritti fondamentali, ha proposto rinvio pregiudiziale ex art. 267 TFUE senza "concedere" alla Corte costituzionale il privilegio del controllo accentrato preventivo), si veda A. Cosentino, op. cit., e L.S. Rossi, *Il "triangolo" giurisdizionale" e la difficile applicazione della sentenza n. 269/17 della Corte costituzionale italiana*, in Federalismi.it.

norma, potrebbe (almeno in teoria) non ritenere esaurita anche quella riguardante la conformità della normativa nazionale alla Carta dei diritti dell'Unione Europea, con rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia per i profili di violazione dell'art. 30 della Carta. Presupposto è tuttavia sempre che si verta in ambito di rilevanza comunitaria, su cui, come si è già detto, sussiste l'ipoteca (ambigua ed al tempo stesso pesantissima) posta dall'art. 51 della Carta, secondo l'interpretazione frenante ad essa data dalla Corte di Giustizia Europea e ancor più dalla nostra Corte costituzionale.

7. La Carta Sociale Europea e il giudizio di costituzionalità.

Può essere considerata una conquista importante, oppure come il minimo che ci si potesse attendere dalla Consulta. Resta il fatto che la Carta Sociale Europea ha contribuito, insieme alle disposizioni della nostra Costituzione, a realizzare un riequilibrio quanto meno parziale della disciplina applicabile ai lavoratori assunti dopo il 7 marzo 2015.

Qui, in verità, si torna ad una decisione fondata sui principi "storici" della Corte. Il passaggio ad un sistema rigido e omologante basato sulla predeterminazione dei costi per il datore è stato censurato dalla Corte in modo molto netto, affermando che "la discrezionalità del giudice risponde...all'esigenza di personalizzazione del danno subito dal lavoratore", imposta dal principio di uguaglianza (punto 11 della sentenza). Per la Corte questo sistema, oltre ad essere irragionevole, si presta ad essere censurato anche sotto il profilo dell'adeguatezza del risarcimento quando il licenziamento interviene nei primi anni di servizio del dipendente, richiamando in tal senso la giurisprudenza costituzionale in materia (sent. n. 199/2005, n. 420/1991), venendo meno la funzione dissuasiva dell'indennità sanzionatoria. Come scrive in modo velatamente ironico Stefano Giubboni, è questo il *de profundis* per la teoria della prevedibilità dei costi dell'illecito enfatizzata (ma solo per i licenziamenti) dagli epigoni italiani della *law and economics.* Inoltre, in questa parte si recupera una visione più nitida del controllo di ragionevolezza e il principio di uguaglianza viene in rilievo sia nel senso di impedire l'omologazione di situazioni diverse sia sotto il profilo della assimilazione di situazioni differenziate sotto un unico, rigido modello sanzionatorio.[1497]

Con quale conseguenza? Il giudice è relativamente libero di determinare il risarcimento del danno, utilizzando il proprio potere discrezionale di apprezzamento delle conseguenze dell'illecito e del suo contesto giuridico e fattuale.[1498] A ben vedere, la direttiva della Corte sul piano applicativo è prudente, tanto da riproporre il principio della correlazione del danno all'anzianità del lavoratore, che costituirebbe la base di partenza della quantificazione della sanzione da proporzionarsi poi attraverso gli altri criteri indicati dalla Corte.[1499]

[1497] A. Perulli, *Il valore del lavoro e la disciplina del licenziamento illegittimo*, op. cit. p. 346. Sul punto cfr. M.T. Carinci, *La Corte costituzionale n. 194/2018 ridisegna le tutele economiche per il licenziamento ingiustificato nel "Jobs Act", e oltre,* op. cit.

[1498] Più in particolare, la Corte ha stabilito che "nel rispetto dei limiti, minimo e massimo, dell'intervallo in cui va quantificata l'indennità spettante al lavoratore illegittimamente licenziato, il giudice terrà conto innanzi tutto dell'anzianità di servizio – criterio che è prescritto dall'art. 1, comma 7 lett. c) della legge n. 184 del 2013 e che ispira il disegno riformatore del d. lgs. n. 23 del 2015 – nonché degli altri criteri già prima richiamati, desumibili in chiave sistematica dalla evoluzione della disciplina limitativa dei licenziamenti (numero dei dipendenti occupati, dimensioni dell'attività economica, comportamento e condizioni delle parti)".

[1499] Sul punto si veda S. Giubboni, *Il licenziamento del lavoratore con contratto <<a tutele crescenti>> dopo l'intervento della Corte costituzionale*, op. cit. p. 3; G. Mimmo, *La disciplina sanzionatoria del licenziamento invalido, dalla legge n. 604 del 1966 al Jos Act, modificato dal decreto dignità, alla Corte Cost. 8 novembre 2018 n. 194*, in *Il Giuslavorista*, 20 novembre 2018. Una prima applicazione dei nuovi criteri è in Trib. Bari 11 novembre 2018.

Qui, in realtà, ci sarebbe semmai da dire che il parametro di costituzionalità andava integrato con il principio desumibile dall'art. 101 Costituzione, come suggerito dalla dottrina costituzionalistica,[1500] non essendo ammissibile ridurre la funzione giurisdizionale a mero meccanismo o calcolatore automatico privandola del potere di valutare discrezionalmente, in base a criteri di proporzionalità, il danno e la responsabilità e decidere la relativa sanzione.[1501] Comunque resta il fatto (importante) che è stata in tal modo esclusa la legittimità di criteri di natura economicistica che nulla hanno a che vedere con il principio di responsabilità e con la tutela in materia di illecito civile, e che, peraltro, avevano prodotto esiti per nulla "certi".[1502]

Sul punto dell'applicazione della Carta la decisione della Consulta merita attenta considerazione. Sembrano archiviarsi le ambiguità e contraddizioni del passato, anche recentemente manifestate, come nella sentenza n. 120 del 2018, in cui pure si riconosceva alla Carta il rango di "fonte interposta", insieme, tuttavia, ad una notevole limitazione della sua portata applicativa, depotenziando la giurisprudenza del Comitato europeo dei diritti sociali, il "custode" dei diritti enunciati dalla Carta.[1503] Si legge infatti nella sentenza n. 120 che "a differenza della CEDU, la Carta Sociale Europea non contiene una disposizione di effetto equivalente all'art. 31, paragrafo 1", e pertanto, nei confronti delle decisioni del Comitato europeo non vige lo stesso principio affermato dalla Corte costituzionale con le sentenze gemelle n. 348 e 349 del 2007 in relazione alle disposizioni della CEDU ("che vivono", come scrissero i giudici della Consulta, "nell'interpretazione che delle stesse viene data dalla Corte europea", sicché esse rilevano, quando sono chiamate in causa per la verifica di legittimità delle norme del diritto interno, non come norme "in sé e per sé considerate" ma "come prodotto dell'interpretazione": v. sent. n. 348/2007).

Con questa affermazione/distinzione così netta si rilancia indubbiamente una visione riduttiva della Carta, privando le decisioni del Comitato del carattere di indirizzo assolutamente privilegiato nell'interpretazione della Carta: condizione necessaria per recepire all'interno dell'ordinamento nazionale tutto il patrimonio di interpretazioni e decisioni, in alcuni casi molto avanzato, del Comitato stesso, che spesso non ha semplicemente prodotto decisioni interpretative ma, con il suo lavoro, ha arricchito il contenuto delle tutele previste dalla Carta sociale europea. In pratica, prendendo a prestito le parole utilizzate dai giudici nella sentenza n. 348/2007, si potrebbe dire che se una norma (non di dettaglio ma contenente principi di carattere generale) "vive" dell'interpretazione che ne danno gli organi istituzionalmente incaricati di darne concreta attuazione, allora mettere la sordina alla voce del Comitato, non riconoscerne il suo ruolo di interprete autentico

[1500] Come scrive C. Salazar (in *Il diritto al lavoro e il Jobs Act: quale destino per il "principe dei diritti sociali"?*, op. cit.) "solo un plateale fraintendimento del significato della "soggezione dei giudici alla legge" affermata dall'art. 101 Cost. può indurre a ritenere che sia possibile alla legge stessa imporre alla magistratura l'accantonamento del canone di ragionevolezza-proporzionalità nell'esercizio dell'attività ermeneutica".

[1501] Si veda, anche per i riferimenti, seppure riferiti ad altra normativa, G. Fontana, *Problemi applicativi dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori in materia di licenziamento disciplinare*, in Riv.it.dir.lav., 2014, 2, p. 273 ss.

[1502] Cfr. R. De Luca Tamajo, *Licenziamento disciplinare, clausole elastiche, fatto contestato*, in Argomenti di diritto del lavoro, 2015, 2, p. 269 ss.; C. Cester, *I licenziamenti fra passato e futuro*, in Arg. Dir. Lav., 2016, 1105 ss. Per considerazioni critiche sull'equità delle recenti riforme legislative in materia di disciplina dei licenziamenti individuali, v. R. Pessi, *Il notevole inadempimento tra fatto materiale e fatto giuridico*, in Arg. Dir. Lav., 2015, 1, p. 32.

[1503] Sulla sentenza n. 120 si veda C. Salazar, *La Carta sociale nella sentenza n. 120 del 2018 della Consulta: ogni cosa è illuminata?*, in Quaderni costituzionali, 2018, 4 p. 903, che giustamente nota come in questo modo la Corte sembra voler gestire il dialogo con il Ceds "con una libertà maggiore rispetto a quella di cui dispone nel dialogo con il Giudice di Strasburgo".

della Carta Sociale, significa di fatto ridurre anche l'importanza della Carta stessa e tornare, almeno in parte, a quella interpretazione "elusiva e riduttiva" che ha caratterizzato in passato la giurisprudenza costituzionale.[1504]

Bene dunque fa la sentenza n. 194 a ricordare che le decisioni del Comitato, per l'autorevolezza che possiede, costituiscono un riferimento imprescindibile, richiamando anche un precedente specifico, citato peraltro dal Giudice romano nella sua ordinanza di rimessione. In questo modo, la Corte si smarca rispetto alla visione formalistica del precedente in tema, che finiva per "spegnere" la voce del Ceds. Posizione, questa, incomprensibile, visto che il problema, più delle diversità fra la Carta e la Convenzione, è stabilire se la "voce" del Comitato non rappresenti comunque il "diritto vivente". D'altra parte, più volte la dottrina ha posto l'accento sulla natura giurisdizionale o para-giurisdizionale del procedimento dei reclami collettivi, sul potere del Comitato di emettere decisioni su controversie e sull'attuazione di queste decisioni nell'ordinamento interno come elementi sufficienti per dare a questa giurisprudenza il ruolo che merita nell'ordinamento multilivello.[1505] Ricorrere all'argomento della natura non tecnicamente giurisdizionale delle decisioni del Comitato per escludere l'efficacia della Carta sembra, dunque, non considerare adeguatamente "..i fini – del tutto conformi ai valori costituzionali dei diritti sociali – che il Ceds persegue: basta ricordare il riconoscimento costituzionale dei diritti sociali e il connesso principio generale di giustizia (già presente nell'art. 11)".[1506]

Resta il problema del rafforzamento della procedura di reclami collettivi dinanzi al Comitato. Il Documento di Bruxelles sull'avvenire della protezione dei diritti sociali in Europa, adottato il 12-13 febbraio 2015 a conclusione del "Processus de Turin",[1507] ha messo l'accento sul limitato numero di Stati, fra gli Stati del Consiglio d'Europa, che hanno aderito al protocollo sui reclami collettivi (15 su 43). Creando in tal modo una applicabilità dimidiata dei sistemi di controllo che, si è osservato, *"…risque d'être amplifiée par la nature quasi-jurisdictionelle de la procédure de réclamations,, désormais considérée comme un systeme complémentaire, pour ce qui est des droits sociaux et économiques, au systéme de recours auprès de la Cour européenne des droits de l'homme"*.[1508]

Del resto il problema critico dell'effettività della Carta Sociale è stato a lungo un rompicapo per la dottrina costituzionalistica.[1509] Le ambiguità, infatti, non sono soltanto degli interpreti ma sono

---

[1504] A. Spadaro, *Sull'aporia logica dei diritti riconosciuti sul piano internazionale, ma negati sul piano costituzionale (nota sulla discutibile "freddezza" della Corte costituzionale verso due Carte internazionali: la CSE e la CEAL)*, in C. Panzera, A. Rauti, C. Salazar, A. Spadaro (a cura di), *La Carta Sociale Europea tra universalità dei diritti ed effettività delle tutele*, Editoriale Scientifica Napoli, 2016, p. 13.

[1505] C. Panzera, *Diritti ineffettivi? Gli strumenti di tutela della Carta Sociale Europea*, in C. Panzera, A. Rauti, C. Salazar, A. Spadaro (a cura di), *La Carta Sociale Europea tra universalità dei diritti ed effettività delle tutele*, op. cit. p. 109 ss.

[1506] A. Spadaro, op. ult. cit. p. 22.

[1507] Su cui si veda, per maggiori informazioni, G. Palmisano, *La Charte Sociale rèvisée. , vingt ans aprés. Défis et perspectives*, in in C. Panzera, A. Rauti, C. Salazar, A. Spadaro (a cura di), *La Carta Sociale Europea tra universalità dei diritti ed effettività delle tutele*, op. cit. spec. nota n. 16.

[1508] R. Priore, *Les systems de controle de l'application de la Charte sociale européenne: la procédure de reclamations collectives*, in M.D'Amico-G.Guiglia, (eds), *European Social Charter and the Challenges of the XXI Century*, ESI, Napoli, 2014, p. 161.

[1509] v. A. Spadaro, *Sull'aporia logica dei diritti riconosciuti sul piano internazionale, ma negati sul piano costituzionale (nota sulla discutibile "freddezza" della Corte costituzionale verso due Carte internazionali: la CSE e la CEAL)*, in C. Panzera, A. Rauti, C. Salazar, A. Spadaro (a cura di), *La Carta Sociale Europea tra universalità dei diritti ed effettività delle tutele*, op. cit. (ma anche in Consulta on line, 2015, p. 502 ss.) il quale giustamente nota, con sarcasmo, che "..è storia vecchia che alcuni diritti vengano "in astratto" proclamati, anzi declamati ai quattro venti, ma poi in concreto siano negletti o comunque restino inattuati".

insite nella Carta, visto che gli stati sono liberi di scegliere, fra quelli enunciati dalla Carta, quali diritti in concreto proteggere e visto altresì il potere degli stati circa il modo di applicare e tradurre nel proprio ordinamento interno gli obblighi assunti con la sottoscrizione della Carta. Inoltre, il rifiuto ingiustificato ed ingiustificabile dell'Unione di aderire alla Carta Sociale, rappresenta altra ipoteca negativa. Insomma, le maglie sono così larghe da rendere incerta la vincolatività della Carta rispetto agli ordinamenti nazionali.[1510]

Pur con questi limiti, i meccanismi (seppure imperfetti) attuativi dei diritti sociali fondamentali previsti dalla Carta revisionata hanno contribuito ad estendere l'applicazione della Carta e la sua "notorietà" nel panorama giurisprudenziale.[1511]

Il ruolo del Comitato europeo dei diritti sociali è stato poi molto significativo nel contesto della crisi europea, nel momento in cui l'ordinamento interno degli stati è andato incontro ad un'involuzione in senso recessivo del proprio tessuto normativo in materia di diritti sociali e di diritto/i del lavoro.[1512] Basti qui citare le decisioni del Comitato sul caso dei memorandum sottoscritti dalla Grecia e l'antitesi, su altro versante, alla dottrina della Corte di Giustizia elaborata con il "quartetto Laval".[1513] Non a caso la Carta Sociale era stata invocata dalla dottrina, anche in Italia, proprio in relazione al problema posto dalla riforma dei licenziamenti introdotta dal d. lgs. n. 23 del 2015.[1514]

È interessante leggere le linee applicative dell'art. 24 della Carta, elaborate dal Ceds in base alla sua giurisprudenza, pubblicate nel *Digest of the case law of the European Committee of Social Rights* del 1° settembre 2018, che prevedono in modo specifico i criteri di adeguatezza della sanzione a beneficio del lavoratore licenziato ingiustificatamente. In particolare, il Comitato ha stabilito quanto segue: "*Any employee who considers him- or herself to have been dismissed without valid reason must have the right to appeal to an impartial body. In all the states the Committee has examined to date, it has been possible to appeal to a court or a tribunal. If employment is terminated for economic reasons, the appeal body must be empowered to investigate the economic facts underlying the measures. Employees dismissed without valid reason must be granted adequate compensation or other appropriate relief. Compensation systems are considered appropriate if they include the following provisions: reimbursement of financial losses incurred between*

[1510] v. C. Panzera, *La <<voce>> del Comitato europeo dei diritti sociali*, in B. Caruso, G. Fontana (a cura di) *Lavoro e diritti sociali nella crisi europea*, Bologna, Il Mulino, 2015.

[1511] v. O. De Schutter, *The Two Lives of the European Social Charter*, in O. De Schutter (eds.), *The European Social Charter: a Social Constitution for Europe*, Bruylant ed., Bruxelles, 2010.

[1512] Sui problemi di applicazione della Carta Sociale si veda anche G. Fontana, *La Carta Sociale Europea e il diritto del lavoro oggi*, in C. Panzera, A. Rauti, C. Salazar, A. Spadaro (a cura di), *La Carta Sociale Europea tra universalità dei diritti ed effettività delle tutele*, op. cit., p. 157 ss., o in CSDLE "Massimo D'Antona", 2016, 132.

[1513] Su cui si vedano, rispettivamente, fra gli altri, i recenti commenti di G. Guiglia, *La giurisprudenza del Comitato europeo dei diritti sociali al tempo della crisi economica: le decisioni concernenti la Grecia*, e di J.F. Akandji-Kombé, *La Charte sociale europeenne et les autres instruments europeens des droits de l'homme*, entrambi in in C. Panzera, A. Rauti, C. Salazar, A. Spadaro (a cura di), *La Carta Sociale Europea tra universalità dei diritti ed effettività delle tutele*, op. cit.

[1514] S. Giubboni, *Profili costituzionali del contratto di lavoro a tutele crescenti*, in CSDLE "Massimo D'Antona", 2015, 246; F. Buffa, *I licenziamenti nel Jobs Act e nelle norme internazionali*, Key ed., 2015 e dello stesso autore *Compatibilità del contratto a tutele crescenti con il diritto europeo*, in Questione Giustizia, 2015, 3; V. Speziale, *Il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti tra Costituzione e diritto europeo*, in Rivista italiana di diritto del lavoro, 2016, 1, I; C. Salazar, *Il diritto del lavoro e il Jobs Act: quale destino per il "principe" dei diritti sociali?*, in Scritti in onore di G. Silvestri, vol. III, Giappichelli ed., 2016; G. Fontana, *La riforma del lavoro, i licenziamenti e la Costituzione. Riflessioni critiche*, in Costituzionalismo.it

the date of dismissal and the decision of the appeal body; the possibility of reinstatement; and/or compensation of a high enough level to dissuade the employer and make good the damage suffered by the employee".[1515] Come si vede il Comitato inserisce la possibilità di reintegrazione fra gli indici di adeguatezza della sanzione.[1516]

In conclusione, date le incertezze, bisognerà attendere ancora per capire se è intenzione della Corte avviare un dialogo proficuo con il Comitato europeo dei diritti sociali, oppure se la sentenza n. 194 resterà un episodio isolato. In realtà la Corte costituzionale non ha mai manifestato nei confronti della Carta Sociale grandi aperture ed anzi in passato ha considerato le sue disposizioni come norme "senza uno specifico contenuto precettivo" (v. ad esempio la sentenza n. 325/2010), documenti di "mero indirizzo", vale a dire non vincolanti (Corte cost. n. 50/2015). Questa giurisprudenza, che qualcuno ha giustamente definito indice di un "comodo conservatorismo giurisprudenziale",[1517] potrebbe riproporsi e nuovamente condizionare in negativo l'attuazione della Carta. In effetti, ancora non si è vista una sola decisione che motivi l'incostituzionalità di una norma esclusivamente per la violazione della Carta Sociale Europea, ai sensi dell'art. 117 1° comma. Ecco perché la sentenza n. 194 acquista, in un contesto così difficile, un'importanza ancora più significativa.

8. Conclusioni.

Come si è detto in apertura di questo contributo, la recente sentenza n. 194 sembra colpita da uno strano incantesimo e presenta due facce, o per meglio dire due identità. Come nel racconto gotico di Louis Stevenson di *Jekyll* e *Hide*, le due identità differiscono e rappresentano opposte personalità. Se l'incompiutezza della sentenza sul problema della discriminazione fra lavoratori sembra nel migliore dei casi una prova di "timidezza", nell'altra parte, che guarda coraggiosamente alla Carta Sociale come ad una fonte di diritto finalmente applicabile, la Corte pare invece coraggiosamente compresa del proprio ruolo di custode dei diritti fondamentali.

Oltre all'avallo (si spera involontario) fornito alle teoriche neo-liberiste della Scuola di Chicago,[1518] una riflessione critica meriterebbe la questione in verità poco indagata del rovesciamento del "diritto diseguale" insito nel discorso secondo cui l'obiettivo del rafforzamento delle possibilità occupazionali per le forze che fanno il loro ingresso nel mercato del lavoro costituirebbe non solo un fondamento credibile delle riforme recessive, ma, soprattutto, una giustificazione legittima delle differenze di trattamento fra situazioni oggettivamente assimilabili. Non è la prima volta che accade – come si è visto, nel caso della sospensione del computo degli apprendisti ai fini dell'applicazione della tutela reale si ragionò nello stesso modo – ma mai in termini così radicali e significativi, cambiando per un intero settore del mercato del lavoro la disciplina applicabile in materia

---

[1515] Il *Digest* è reperibile sul sito rm.coe.int; il testo citato è a pag. 153, sub art. 24.

[1516] Sull'opera del Comitato europeo si veda L. Jimena Quesada, *Defensa y garantia de los derechos sociales por el consejo de Europa: atencìon 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.

[1517] v. A. Spadaro, *Sull'aporia logica dei diritti riconosciuti sul piano internazionale, ma negati sul piano costituzionale (nota sulla discutibile "freddezza" della Corte costituzionale verso due Carte internazionali: la CSE e la CEAL)*, op. cit. p. 14.

[1518] Su questo punto ci sarebbe bisogno di maggiore chiarezza. Il problema non è il tramonto del "posto fisso" (in questi termini G. Santoro Passarelli, *Sulle categorie del diritto del lavoro "riformate"*, in Dir. Rel. Ind. 2016, p. 60) ma le conseguenze derivanti dalla risoluzione illegittima del rapporto di lavoro nell'ambito di un rapporto a tempo indeterminato, quando cioè l'atto negoziale del datore è inidoneo a produrre l'effetto risolutorio in base alle comuni regole di diritto.

di licenziamenti.[1519] Si registra in tal modo una vera e propria inversione del significato delle "azioni positive", volte, in funzione di un obiettivo egualitario o emancipatorio, a stabilire condizioni di vantaggio per alcune categorie. Ora, invece, il nuovo diritto diseguale riserva non condizioni di privilegio ai gruppi svantaggiati ma trattamenti peggiorativi, pur di "rafforzare la possibilità" di futuri benefici (la presunta migliore occupabilità). Si tratta di una "filosofia" che oltre ad essere discutibile sul piano dei suoi presupposti metodologici – poiché, si ripete, l'equazione secondo cui minori diritti portano più lavoro è priva di qualsiasi evidenza empirica e scientifica – provoca una straordinaria mutazione di senso del principio del *favor*. In realtà è una invenzione piuttosto recente rappresentare come una politica per i giovani la creazione di aree di immunità rispetto ai diritti "degli altri", ma è difficile considerarla come un indirizzo di politica legislativa "promozionale". Potrebbe dunque aver ragione chi sostiene che il vero obiettivo della *deregulation* sia stato quello di garantire alle imprese la disponibilità di una forza lavoro a basso costo? Se così fosse, si capirebbe meglio l'atteggiamento del potere politico, economico e sindacale nei confronti dei giovani, sulle cui spalle è stato caricato nel modo più cinico possibile tutto il peso (o quasi) della competitività del sistema economico-produttivo e dell'*austerity*, negando nei fatti quella solidarietà inter-generazione di cui tanto si parla.[1520] Negata in tutti modi, a partire dai modelli redistributivi finora imperanti che hanno sempre premiato gli anziani, per finire alla precarizzazione dei rapporti di lavoro e infine alla riforma dei licenziamenti, di cui ci occupiamo qui, che vede crearsi un nuovo dualismo fra lavoratori anziani ancora garantiti (seppure in modo meno incisivo dopo la legge n. 92/2012, emblema dell'*austerity* euro-tecnocratica) e lavoratori giovani (sono loro, nella gran parte, i nuovi lavoratori assunti dopo il 7 marzo 2015, ai quali si chiede di rinunciare di fatto ad ogni tutela effettiva in cambio della "speranza" di un'occupazione, in un contesto di rinnovato unilateralismo del potere contrattuale del datore di lavoro).

Certo, per tornare all'*incipit* di questo lavoro, non bisogna dimenticare il "controcanto" e cioè il fatto che la Corte costituzionale, pur avendo rinunciato ad eseguire un controllo di ragionevolezza che l'avrebbe forse costretta a rilevare l'inammissibilità di questa disuguaglianza fra lavoratori, ha tuttavia corretto il tiro della manovra legislativa, smentendola quanto meno sul versante della misura dell'indennità risarcitoria ed adeguandola ai parametri costituzionali. Resta (e non è poco) l'importanza del riconoscimento della Carta Sociale Europea, il lato buono di cui abbiamo parlato, il lato *Jekyll*. Dopo le ambiguità della sentenza n. 120/2018, un passo avanti sul terreno dell'affermazione dei diritti enunciati dalla Carta. Ma come la mettiamo con l'uguaglianza giuridica? *One step forward and two step back* (come disse un celebre agitatore politico nel lontano maggio del 1904).

[1519] Si veda in un'ottica critica, fra gli altri, M. Barbieri, *Il licenziamento individuale ingiustificato irrogato per motivi economici e il licenziamento collettivo*, in M.T. Carinci, A. Tursi (a cura di), *Jobs Act. Il contratto a tutele crescenti*, Torino, 2015, p. 127; L. Zoppoli, *Il licenziamento e la legge: una (vecchia) questione di limiti,* p. 434.

[1520] Tanto da giustificare la disparità di trattamento realizzata dal legislatore con l'esigenza di tutelare l'aspettativa dei lavoratori più anziani alla conservazione del regime di disciplina già garantito. Si veda ad esempio la posizione di autori come G. Proia, *Il contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato a tutele crescenti,* op. cit. e C. Celentano, *La tutela indennitaria e reintegratoria: compatibilità costituzionale e comunitaria*, in Riv.it.dir.lav., 2015, I, p. 396.