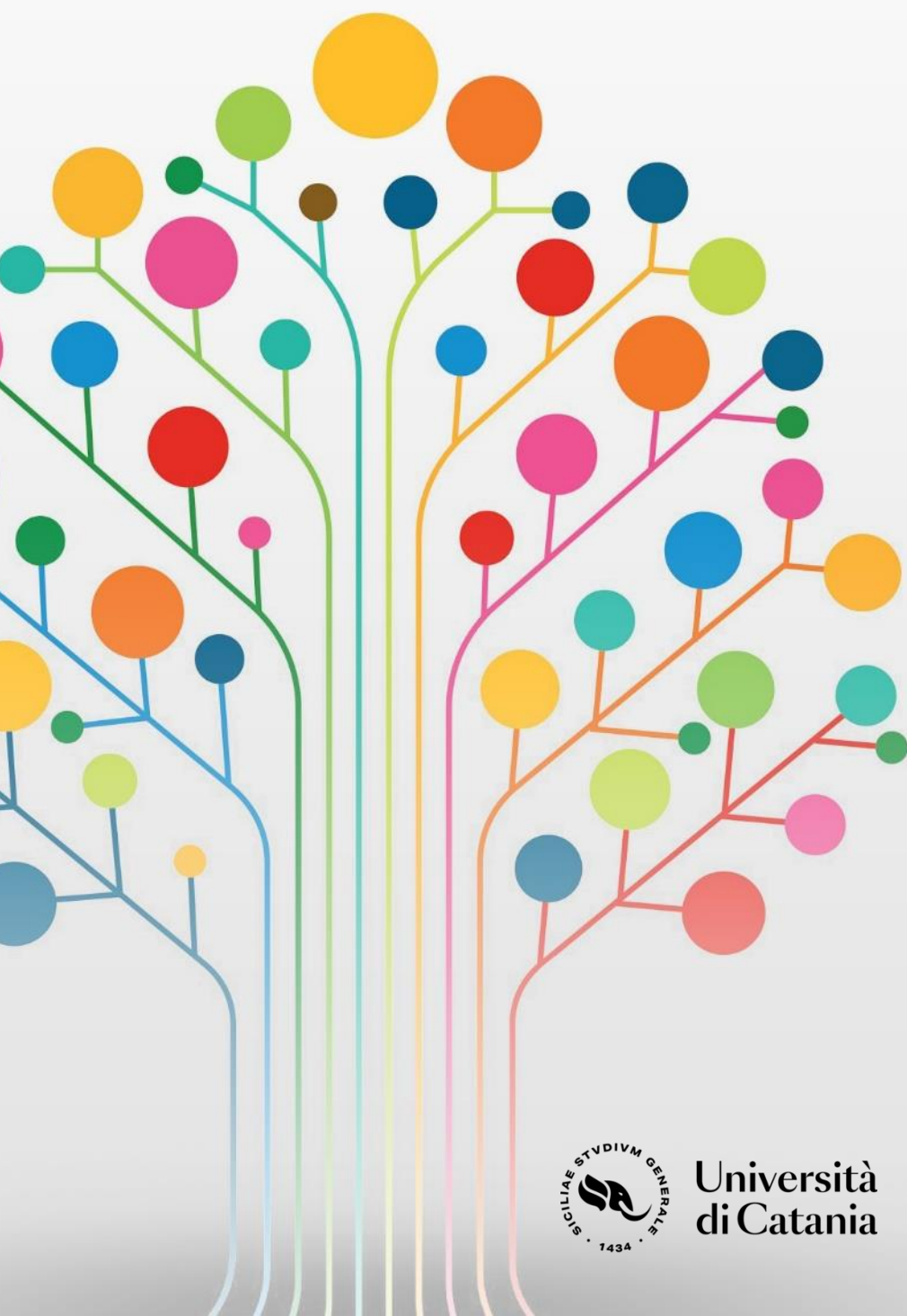


1/2014

20 20 Venti Maggio

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



Università
di Catania



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

Con contributi di

STEFANO COSTANTINI, Università di Genova

MARCO CUTTONE, Università di Catania

PAOLO COPPOLA, Tribunale di Napoli – Sezione Lavoro

ROBERTO RIVERSO, Tribunale Ravenna – Sezione Lavoro

GAETANO NATULLO, Università del Sannio - Benevento

ANTONELLO ZOPPOLI, Università di Napoli “Federico II”

EDOARDO GHERA, Università “La Sapienza” di Roma

MASSIMILIANO DELFINO, Università di Napoli “Federico II”

UMBERTO GARGIULO, Università "Magna Græcia" di Catanzaro

GIORGIO FONTANA, Università Mediterranea di Reggio Calabria

LORENZO ZOPPOLI, Università di Napoli “Federico II”

LAURA CALAFÀ, Università di Verona

MARIA TERESA CARINCI, Università di Milano

FRANCO CARINCI, Università di Bologna

BRUNO CARUSO, Università di Catania

LUIGI MARIUCCI, Università “Ca’ Foscari” di Venezia

ALESSANDRO BELLAVISTA, Università di Palermo

MARCO MARAZZA, Roma “Universitas Mercatorum”

CRISTINA GIORGIANTONIO, Banca d’Italia - Servizio Struttura economica

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

MARIELLA MAGNANI, Università di Pavia

LORENZO ZOPPOLI, Università di Napoli “Federico II”

CARMELO ROMEO, Università di Catania

VALERIO SPEZIALE, Università di Chieti-Pescara

MARIO RUSCIANO, Università di Napoli “Federico II”

MARCO BIASI, Università “Ca’ Foscari” di Venezia

SOMMARIO

La finalizzazione sociale degli appalti pubblici. Le "clausole sociali" fra tutela del lavoro e tutela della concorrenza	
Stefano Costantini	1
Società partecipate, successione d'appalto e recessi: quali diritti per i lavoratori coinvolti; quale ruolo per il giudice del lavoro?	
Marco Cuttone	60
I recenti interventi legislativi sul contratto a termine. A forte rischio la tenuta eurounitaria del sistema interno	
Paolo Coppola	79
Il diritto alla vita appeso al ramo e la svolta risarcitoria	
Roberto Rivero	139
Tutele collettive <i>versus</i> tutele individuali nella riforma dei licenziamenti collettivi (L. N.92/12)	
Gaetano Natullo	151
Art. 19 dello Statuto dei lavoratori, democrazia sindacale e realismo della Consulta nella sentenza n. 231/2013	
Antonello Zoppoli	165
L'articolo 39 della Costituzione e il contratto collettivo	
Edoardo Ghera	180
La Corte e la Carta: un'interpretazione "utile" dei diritti e dei principi sociali fondamentali. Considerazioni a partire dal caso <i>Association de médiation sociale</i>	
Massimiliano Delfino	190
Il licenziamento "economico" alla luce del novellato articolo 18	
Umberto Gargiulo	200
Crisi economica ed effettività dei diritti sociali in Europa	
Giorgio Fontana	229
Le nuove rappresentanze sindacali unitarie e il gattopardo democratico	
Lorenzo Zoppoli	271
The social borders of EU Immigration Policy (in the Italian perspective)	
Laura Calafà	284
Whistleblowing in Italy: rights and protections for employees	
Maria Teresa Carinci	300

Il lungo cammino per Santiago della rappresentatività sindacale: dal Tit. III dello Statuto dei lavoratori al Testo Unico sulla Rappresentanza 10 gennaio 2014	
Franco Carinci	320
Per un intervento eteronomo sulla rappresentanza sindacale: se non ora quando!	
Bruno Caruso	360
Gli eterni ritorni: dentro, fuori o oltre l'art.39 della costituzione?	
Luigi Mariucci	374
Il sindacato confederale: un centauro del terzo millennio	
Alessandro Bellavista	378
Dalla "autoregolamentazione" alla "legge sindacale"? La questione dell'ambito di misurazione della rappresentatività sindacale	
Marco Marazza	388
Riforma del mercato del lavoro e giudizi sui licenziamenti individuali: prime evidenze	
Cristina Giorgiantonio	405
Diritti di lavoratori <i>flessibili</i>, anche alle dipendenze di amministrazioni pubbliche: patrimonio costituzionale comune <i>versus</i> declino delle garanzie	
Michele De Luca	447
La disciplina del contratto di lavoro a tempo determinato: novità e implicazioni sistematiche	
Mariella Magnani	467
Il "riordino" dei modelli di rapporto di lavoro tra articolazione tipologica e flessibilizzazione funzionale	
Lorenzo Zoppoli	477
Il processo di "aziendalizzazione" della contrattazione collettiva: tra prossimità e crisi di rappresentatività sindacale	
Carmelo Romeo	498
Processo del lavoro, certezza del diritto ed effettività delle tutele	
Valerio Speciale	520
Il pensiero di Massimo D'Antona sul diritto al lavoro	
Mario Rusciano	534
Prospettive di politica e diritto del lavoro: di <i>compromesso</i> in <i>compromesso</i> cresce la <i>flessibilità</i>, ma non solo (prime riflessioni su <i>Jobs act</i> e <i>dintorni</i>)	
Michele De Luca	548
Dal divieto di interposizione alla codatorialità: le trasformazioni dell'impresa e le risposte dell'ordinamento	
Marco Biasi	566
Anti-discrimination law over pay: Italian and European solutions in comparison	
Ester Villa	595

La finalizzazione sociale degli appalti pubblici. Le “clausole sociali” fra tutela del lavoro e tutela della concorrenza*

Stefano Costantini

1. Appalti pubblici e concorrenza	2
1.1. La finalizzazione sociale degli appalti pubblici	3
1.1.1. Finalità sociali e c.d. “clausole sociali”	4
2. Definizione del campo d’indagine. Quale nozione di concorrenza?	5
2.1. I differenti mercati degli appalti	7
2.2. I possibili approcci al tema della finalizzazione sociale degli appalti pubblici nelle diverse fasi dell’appalto	9
3. La tutela del diritto a condizioni di lavoro dignitose. Le cause di esclusione dagli appalti pubblici	10
3.1. La rilevanza del documento unico di regolarità contributiva	11
3.1.1. La congruità del costo della manodopera	15
3.1.2. La giustificazione delle offerte anormalmente basse, con riferimento ai minimi di trattamento economico dei lavoratori dipendenti	18
3.2. Le norme a tutela delle condizioni di lavoro, le “clausole sociali” e la concorrenza “all’interno del mercato”	22
3.2.1. Le “clausole sociali” e la concorrenza “nell’accesso al mercato”	25
3.2.2. Le “clausole sociali” e l’impianto delle direttive europee sugli appalti pubblici	28
3.3. Le disposizioni poste a tutela dei livelli occupazionali	31
3.3.1. Le clausole sociali nella giurisprudenza della Corte di Giustizia	35
3.3.2. Contrattazione collettiva e tutela dei livelli occupazionali	37
4. Le “clausole sociali” e la promozione di standards sociali elevati	39
4.1. La riserva a favore dei “laboratori protetti”	43
5. Riflessioni conclusive sulla primazia delle logiche concorrenziali sui diritti sociali dei lavoratori nella disciplina degli appalti pubblici. Spunti critici	47
6. Riferimenti bibliografici	51

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 196/2014

1. Appalti pubblici e concorrenza

Negli ultimi anni, il tema della regolazione dei mercati degli appalti pubblici ha acquisito una rilevanza crescente, del resto facilmente comprensibile: gli appalti pubblici rappresentano un settore economico strategico e centrale nell'economia nazionale ed in quella europea, dal momento che «i beni ed i servizi comprati dagli enti pubblici rappresentano quasi il 17% del P.I.L. dell'U.E.»¹.

Il tema della regolazione dei mercati degli appalti pubblici è stato studiato, soprattutto, nell'ottica del diritto della concorrenza: a livello europeo, infatti, è ormai consolidata l'opinione secondo cui la concorrenza nel mercato degli appalti pubblici e delle concessioni di pubblici servizi «garantisca di per sé "un'allocatione efficiente delle risorse, migliorando la qualità dei servizi pubblici e stimolando la crescita economica [...] e la creazione di posti di lavoro"»², ed è altresì consolidata la convinzione che un elevato livello concorrenziale sia fondamentale «nell'attuale contesto di gravi restrizioni di bilancio e di difficoltà economiche che hanno colpito molti Stati membri» dell'Unione europea, per raggiungere un livello di maggiore efficienza della spesa pubblica³.

Proprio la volontà di «creare condizioni di forte concorrenza per gli appalti pubblici aggiudicati nel mercato interno»⁴ ha dato impulso alla (proposta di) revisione della disciplina europea degli appalti pubblici vigente: ad oggi, infatti, il potenziale del mercato europeo degli appalti pubblici non è sfruttato pienamente, considerato, ad esempio, che gli appalti pubblici transfrontalieri costituiscono «solo circa l'1,5% di tutte le aggiudicazioni di appalti pubblici»⁵.

La disciplina è in piena evoluzione: il Libro verde "Sulla modernizzazione della politica dell'Unione europea in materia di appalti pubblici" ha rappresentato il preludio alla presentazione di tre proposte di direttiva in materia di appalti pubblici⁶, che dovrebbero sostituire ed integrare la normativa in vigore (direttiva 2004/17/CE, del 31 marzo 2004, in materia di procedure di appalto degli

¹ COM(2010) 608 def. ("Verso un atto per il mercato unico"). La stima della spesa per gli appalti pubblici è stata poi rivista al rialzo nella COM(2011) 206 def. ("Atto per il mercato unico"), essendo stata rideterminata nella misura del 18% del Pil a livello europeo (crescendo di due punti percentuali rispetto al 2003: cfr. Clarich, Fiorentino, 2007, 3; Mele 2007, 27 ss.). Per quanto riguarda la situazione italiana, l'Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici (AVCP), nella comunicazione del 16 giugno 2010 ("Proposte di modifiche normative per incrementare la concorrenza nel settore dei contratti pubblici"), ha rilevato che «nonostante il periodo recessivo, le gare d'appalto allocano, in regime di concorrenza, un significativo ammontare di risorse, pari al 6,6% del P.I.L. (dati relativi all'anno 2009) [...] I dati in possesso dell'Osservatorio dell'Autorità mostrano che il numero degli appalti, d'importo superiore a 150.000 euro, aggiudicati nel 2009, risulta pari a 50.688, per un importo di 79,3 miliardi di euro; mentre gli appalti relativi a servizi e forniture, d'importo compreso tra 20.000 e 150.000 euro, e quelli relativi a lavori, d'importo compreso tra 40.000 e 150.000 euro, risultano pari a 74.757, per un ammontare complessivo di 4,6 miliardi di euro».

² Scarpelli, 2006a, 762, che riporta uno stralcio della COM(1998) 143 def. (Libro bianco "Gli appalti pubblici nell'Unione Europea"). Cfr. anche Robles, 2007, 82.

³ Libro verde "Sulla modernizzazione della politica dell'Unione europea in materia di appalti pubblici. Per una maggiore efficienza del mercato europeo degli appalti": COM(2011) 15 def.

⁴ Cfr. nuovamente COM(2011) 15 def.

⁵ COM(2010) 608 def., con riferimento ai dati relativi al 2009. Simili considerazioni si rinvencono anche in COM(2011) 206 def., ove si afferma che, «in effetti, la percentuale di appalti pubblici che vengono aggiudicati alle imprese di un altro Stato membro è tuttora relativamente scarsa, soprattutto se paragonata al tasso di penetrazione nei mercati privati». In questa sede, non si prenderanno in considerazione i problemi legati all'apertura del mercato degli appalti pubblici alle imprese esterne al mercato europeo, affrontati in un'apposita proposta di regolamento per l'accesso di beni e servizi di Paesi terzi al mercato degli appalti pubblici dell'Unione Europea: COM(2012) 124 fin. Considerazioni sul tema del rispetto dei diritti dei lavoratori nell'economia globalizzata in Perulli, 1999.

⁶ COM(2011) 895 def. ("Proposta di direttiva sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali"); COM(2011) 896 def. ("Proposta direttiva sugli appalti pubblici"); COM(2011) 897 def. ("Proposta di direttiva sull'aggiudicazione dei contratti di concessione").

enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto e servizi postali; direttiva 2004/18/CE, del 31 marzo 2004, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi).

Le disposizioni contenute nelle proposte di direttiva (che dovrebbero essere approvate definitivamente entro la fine del mese di gennaio 2014) sono funzionali alla predisposizione di gare di appalto maggiormente efficienti e semplificate, assicurando il rispetto dei principi di pubblicità, trasparenza e parità di trattamento dei contraenti privati, ai fini di una maggiore e migliore concorrenza fra le imprese, con minori investimenti in termini di tempo e spesa pubblica.

Come conseguenza necessaria del mutato quadro europeo, dovrebbe essere sottoposto a revisione anche il d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 (“Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture”⁷), attualmente vigente.

1.1. La finalizzazione sociale degli appalti pubblici

L’attuale disciplina europea relativa al mercato degli appalti pubblici è finalizzata alla garanzia ed alla promozione del gioco concorrenziale e così anche la vigente disciplina nazionale. Il Codice degli Appalti, che ha trasposto nell’ordinamento interno le Dir. n. 2004/17/CE e 2004/18/CE menzionate sopra, conformemente alle direttive, è improntato (art. 2) ai principi di economicità ed efficacia dell’affidamento e di tempestività, trasparenza, pubblicità e correttezza delle procedure: altrettanto rilievo, tuttavia, assumono i principi della libera concorrenza fra appaltatori e dell’apertura dei mercati, con i corollari della parità di trattamento e non discriminazione fra le imprese partecipanti alla gara⁸.

Le proposte di revisione della disciplina degli appalti pubblici hanno certamente come obiettivo l’innalzamento del tasso di concorrenzialità e concorrenza sui mercati, in funzione dell’approvvigionamento di beni, lavori e servizi alle condizioni più favorevoli per le pubbliche amministrazioni. Tuttavia, questo non rappresenta l’unico motivo per cui è stata proposta la revisione della disciplina degli appalti pubblici. Nell’ultimo decennio, infatti, è emersa la consapevolezza di poter utilizzare gli appalti pubblici a sostegno di obiettivi sociali comuni, fra cui la promozione dell’inclusione sociale, attraverso l’innalzamento dei livelli occupazionali e la realizzazione di politiche sociali⁹. Più in particolare, le finalità sociali che possono essere incluse nelle procedure di appalto riguardano:

a) la promozione delle “opportunità di occupazione”, espressione alla quale si può attribuire l’ampio significato di «promozione dell’occupazione giovanile; promozione dell’equilibrio di genere [...] promozione delle opportunità di occupazione per i disoccupati di lunga durata e i lavoratori anziani; politiche a favore della diversità e opportunità di occupazione per le persone appartenenti a gruppi svantaggiati [...] promozione delle opportunità di occupazione per le persone con disabilità»;

b) la promozione del “lavoro dignitoso”, da intendersi come instaurazione di rapporti di lavoro in cui siano garantiti non soltanto il rispetto dei principi della parità di genere e della non

⁷ D’ora innanzi indicato anche come “Codice degli Appalti”. In generale, sugli obiettivi che si è posto il legislatore con l’emanazione di tale Codice, cfr. Robles, 2007, 56-58.

⁸ Questi principi hanno da sempre rappresentato i *concepts pivots* su cui il legislatore (sia quello europeo, sia quello italiano) ha eretto i testi normativi in materia di pubblici appalti: cfr., per tutti, Cassese, 1995, 38-39.

⁹ Cfr. Huber, 2003, 115 ss.; Arnould, 2004, 187 ss.; Mc Crudden, 2004, 257 ss.

discriminazione, ma anche la «conformità con le norme fondamentali di lavoro»; una «retribuzione dignitosa»; l'osservanza delle disposizioni in materia «di salute e sicurezza sul luogo di lavoro»; l'«accesso alla formazione» ed «alla protezione sociale di base»;

c) la promozione dell'osservanza dei “diritti sociali e lavorativi” (ossia l'«osservanza delle normative e dei contratti collettivi nazionali conformi con il diritto dell'Unione europea»);

d) il supporto della “inclusione sociale” e la promozione delle organizzazioni dell'economia sociale (che implicano – fra l'altro – la «promozione dell'occupazione assistita per persone con disabilità»)¹⁰.

Il perseguimento ed il raggiungimento di finalità sociali attraverso gli appalti pubblici è funzionale alla concreta realizzazione delle *guidelines* sull'affidamento delle concessioni e dei lavori pubblici indicate nella COM(2010) 2020 def. (“Strategia per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva. Europa 2020”)¹¹ e si pone – fra l'altro – nel solco tracciato dall'art. 9 Tfeue, che invita l'Unione, nella definizione e nell'attuazione delle politiche e delle azioni, a tener conto delle esigenze connesse con la promozione di un elevato livello di occupazione, la garanzia di un'adeguata protezione sociale, la lotta contro l'esclusione sociale¹².

1.1.1. Finalità sociali e c.d. “clausole sociali”

Nell'ottica della realizzazione di finalità sociali, particolare rilievo assumono le c.d. “clausole sociali”, che rappresentano un modello di politica legislativa che si è evoluto e che continua ad evolversi nel tempo¹³. Per “clausole sociali” (in senso proprio) devono intendersi quelle previsioni, di fonte normativa o contrattuale, che impongono specifici obblighi a carico dei soggetti appaltatori o concessionari nella fase di esecuzione dell'appalto e che «condizionano o limitano la libertà economica e i principi dell'economia di mercato, subordinandoli ad interessi socialmente rilevanti»¹⁴.

In origine, alla nozione di “clausola sociale” erano ricondotte quelle disposizioni, presenti nella disciplina degli appalti pubblici già a partire dal XIX secolo, tese ad imporre sulle imprese appaltatrici l'onere di garantire ai lavoratori un “equo trattamento”¹⁵ (e, nella legislazione post-corporativa, un trattamento retributivo e normativo non inferiore rispetto a quello previsto nei contratti collettivi di lavoro¹⁶). In un secondo momento, queste disposizioni si sono diffuse anche nella legislazione di sostegno alle imprese da parte dello Stato, con riguardo alla concessione di benefici ed agevolazioni di carattere finanziario o creditizio¹⁷ e, *last but not least*, nella legislazione relativa alla concessione di pubblici servizi¹⁸.

¹⁰ Tutte le citazioni sono tratte da Commissione europea (Direzione generale per l'Occupazione, gli affari sociali e le pari opportunità; Direzione generale del Mercato interno e dei servizi), 2010, *Acquisti sociali. Una guida alla considerazione degli aspetti sociali negli appalti pubblici*, 7-8.

¹¹ Cfr. COM(2011) 15 def.

¹² Ampiamente, sull'art. 9 Tfeue, cfr. Ferrara, 2013, 295 ss.; Perulli, 2013, par. 3.

¹³ Cfr. Ghera, 2001, 133 ss.

¹⁴ Varva, 2011a, 335.

¹⁵ Cfr. Carnelutti, 1909, 416 ss.

¹⁶ Cfr. Napoletano, 1953, 276.

¹⁷ Cfr. Romeo, 1983, 254 ss.; Tullini, 1990, 33 ss.

¹⁸ Cfr. Pera, 1998, 2426; Varva, 2011b, 332.

Il “processo di espansione” delle clausole sociali è continuato: tali clausole sono state utilizzate dal legislatore per regolamentare ulteriori segmenti di mercato e ad esse sono state attribuite nuove funzioni¹⁹. Alla famiglia delle “clausole sociali”, infatti, sono state ricondotte le disposizioni finalizzate alla regolazione degli effetti sociali e, soprattutto, occupazionali derivanti dalla successione di diversi imprenditori nell’esecuzione delle opere pubbliche e nella gestione dei servizi pubblici dati in affidamento e/o concessione a soggetti privati: tali disposizioni impongono alle imprese l’obbligo di garantire l’occupazione ai lavoratori coinvolti.

Più recentemente, sono state ricondotte alla nozione di “clausola sociale” anche quelle disposizioni, presenti nella *lex specialis* delle gare di aggiudicazione di appalti e concessioni pubblici, finalizzate a favorire «l’integrazione in un’attività economica di obiettivi di carattere sociale»²⁰, perseguendo «obiettivi di elevazione della professionalità dei lavoratori coinvolti [...] di promozione di azioni positive o di pari opportunità»²¹.

Le clausole sociali in senso proprio, come, più in generale, le disposizioni che riguardano aspetti sociali nelle procedure e nelle dinamiche delle gare d’appalto perseguono, dunque, due finalità distinte: da un lato, la tutela del diritto al lavoro dei lavoratori dipendenti coinvolti negli appalti pubblici (inteso nel duplice senso di diritto a condizioni di lavoro dignitose e di diritto all’occupazione); dall’altro, lo sviluppo di *standards* di tutela sociale avanzati²².

Il contesto in cui sono perseguiti questi obiettivi, tuttavia, è un quadro normativo fondamentalmente teso alla protezione ed alla promozione della concorrenza fra le imprese. Un contesto – *ça va sans dire* – se non proprio ostile, almeno non amichevole: com’è stato chiaramente precisato, infatti, «la necessità di affrontare le sfide a valenza sociale non deve ridurre l’efficienza degli appalti pubblici. Pur tenendo conto di considerazioni di carattere politico nel contesto degli appalti pubblici, sarà necessario evitare [...] la distorsione della concorrenza nei mercati degli appalti»²³.

Proprio le difficoltà derivanti dal contesto in cui si inseriscono stimolano ad approfondire la ricerca per verificare fino a che punto le “disposizioni sociali” (in un’ampia accezione, al cui interno si collocano le clausole sociali) possano spingersi nella tutela delle condizioni di lavoro e dell’occupazione dei lavoratori coinvolti, senza che il gioco concorrenziale delle imprese sul mercato sia irrimediabilmente distorto (o, comunque, eccessivamente compresso).

2. Definizione del campo d’indagine. Quale nozione di concorrenza?

Prima di addentrarci nell’analisi della disciplina delle disposizioni che tendono alla finalizzazione sociale degli appalti, sono necessarie due puntualizzazioni in merito al campo d’indagine: la prima di esse riguarda la nozione di “concorrenza” assunta ai fini della presente ricerca.

¹⁹ Cfr. Ghera, 2001, 152.

²⁰ Scarpelli, 2006a, 758.

²¹ Scarpelli, 2006b, 23; Scarpelli, 2011, 308.

²² Scarpelli, 2006a, 763.

²³ COM(2011) 15 def., par. 4.

Come abbiamo già avuto modo di rilevare, fra i principi che regolano la disciplina degli appalti pubblici, vi è quello della libera concorrenza: in proposito, basta ricordare il considerando n. 2, Dir. 2004/18/CE, ove si dispone che «per gli appalti pubblici [...] è opportuno elaborare disposizioni di coordinamento comunitario delle procedure nazionali di aggiudicazione di tali appalti [...] in modo da [...] assicurare l'apertura degli appalti pubblici alla concorrenza», oltre al già citato art. 2, c. 1, del Codice degli Appalti²⁴.

Resta però da chiarire cosa debba intendersi per concorrenza.

Per dare una risposta a questo interrogativo, si può partire dal disposto dell'art. 41 Cost., ove è sancita la libertà di iniziativa economica, da cui gli interpreti fanno discendere il riconoscimento della libertà di concorrenza, nel senso che la libertà d'iniziativa economica del singolo si presenta, in rapporto all'iniziativa economica degli altri, come libertà di concorrenza²⁵. In altri termini, l'individuazione del principio di libera iniziativa economica «è al contempo fonte di una libertà del cittadino verso lo Stato e di una libertà del cittadino verso gli altri cittadini»; e di questa libertà «possono fruire, per un medesimo settore di attività, più imprenditori e, in linea di principio, una pluralità illimitata d'imprenditori»²⁶.

In verità, la riconducibilità della libertà di concorrenza alla tutela garantita dall'art. 41 Cost. alla libertà d'iniziativa economica costituisce una acquisizione relativamente recente²⁷, cui ha contribuito in modo determinante la Corte Costituzionale²⁸; ed è sempre la Corte Costituzionale che, stante la mancanza di una definizione normativa di concorrenza come bene giuridicamente tutelato²⁹, ha definito in modo preciso il concetto di “concorrenza”.

Occorre a tal proposito ricordare che, secondo ricostruzioni dottrinali consolidate, la libera concorrenza è garantita dalle misure legislative di tutela in senso proprio, che hanno ad oggetto la regolamentazione degli atti e dei comportamenti delle imprese che influiscono negativamente sull'assetto concorrenziale dei mercati: la concorrenza, perciò, è definita in termini di competizione “all'interno del mercato”; ne discende che «il “valore” sotteso alla disciplina costituzionale delle attività economiche» è la libertà di concorrenza intesa come «la risultante della convergente presenza, in un dato settore, di una pluralità di operatori e di una disciplina giuridica che predefinisce le regole del gioco, valide per tutti nella stessa misura»³⁰.

Nel definire la nozione di concorrenza, la Corte Costituzionale è andata oltre: a più riprese, infatti, ha affermato che il principio di libertà di concorrenza concerne anche «misure legislative di promozione, “che mirano ad aprire un mercato o a consolidarne l'apertura, eliminando barriere all'entrata, riducendo o eliminando vincoli al libero esplicarsi della capacità imprenditoriale e

²⁴ D'Alberti, 2008, 297.

²⁵ Sul punto cfr. le opinioni di Baldassarre, 1971, 602, nt. 59; Galgano, 1982, 11; Oppo, 1988, 329; Morbidelli 1989, par. 10; Pace, 1997, 462 ss.; Niro, 2006, 857.

²⁶ Giampieretti, 2003, 499.

²⁷ In senso contrario, si era pronunciata parte (rilevante) della dottrina: cfr., ad esempio, Spagnuolo Vigorita, 1959, 224; Irti, 1998, 95.

²⁸ In questo senso, cfr. Corte Cost. 9 marzo 2007, n. 64, in *Giur. Cost.*, 2007, 616. In verità, già Corte Cost. 16 dicembre 1982, n. 223 (in *Foro it.*, 1983, I, 12), aveva già affermato che «la libertà di concorrenza tra imprese [...] integra la libertà d'iniziativa economica che spetta nella stessa misura a tutti gli imprenditori».

²⁹ Cfr. Libertini, 2010, 197.

³⁰ Pace, 1993, 328-329.

della competizione tra imprese” (per lo più dirette a tutelare la concorrenza “nel” mercato)», e, inoltre, «misure legislative che perseguono il fine di assicurare procedure concorsuali di garanzia mediante la strutturazione di tali procedure in modo da realizzare “la più ampia apertura del mercato a tutti gli operatori economici” (dirette a tutelare la concorrenza “per” il mercato)»³¹.

In queste pronunce della Corte Costituzionale emerge, dunque, una nozione di concorrenza “nell’accesso al mercato” tutelata dall’ordinamento: la concorrenza deve essere protetta, infatti, anche nel momento antecedente a quello dell’esplicarsi del gioco concorrenziale fra le imprese, ovvero sia quello dell’apertura dei mercati.

Queste due visioni della concorrenza non sono fra loro antitetiche, ma complementari o, meglio, “coessenziali”: la concorrenza, infatti, non può prescindere dall’apertura dei mercati, che implica l’eliminazione delle barriere all’entrata e la riduzione dei vincoli al libero esplicarsi della competizione³².

Tenendo conto di entrambe le prospettive, la nozione di “concorrenza” propria del nostro diritto interno riflette quella elaborata in ambito europeo³³, che include sia la libertà di concorrenza “all’interno del mercato” (il cui nucleo è rappresentato dalle previsioni di cui all’art. 119, c. 1, Tfu, cui si sommano i divieti di comportamenti anticoncorrenziali e di aiuti di Stato, ex artt. 101, 102, 106 e 107, Tfu), sia la concorrenza “nell’accesso al mercato” (artt. 26 e 56, Tfu). Più precisamente, la nozione di libera concorrenza “nell’accesso al mercato” si estrinseca nella garanzia dei principi della libera circolazione delle merci, della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi (nonché dei principi che ne derivano, quali i principi di parità di trattamento, di non discriminazione, di riconoscimento reciproco, di proporzionalità e di trasparenza)³⁴.

L’applicabilità di questi principi al mercato degli appalti pubblici, peraltro, è indubbia, essendo esplicitamente prevista dal considerando n. 2, Dir. 2004/18/CE (ma anche dal considerando n. 9, Dir. 2004/17/CE), sicché, per un corretto approccio al tema degli appalti pubblici, appare opportuno studiarne la disciplina interna alla luce dei principi europei della concorrenza, traendo indicazioni non soltanto dalla giurisprudenza nazionale, ma anche da quella della Corte di Giustizia.

2.1. I differenti mercati degli appalti

Chiarita la nozione di concorrenza posta al centro di questa indagine, è necessario ora identificare le fonti della disciplina dell’affidamento degli appalti pubblici sulle quali verrà focalizzata la ricerca³⁵.

³¹ *Ex multis*, Corte Cost. 23 novembre 2007, n. 401, in *Giur. Cost.*, 2007, 4447; 14 dicembre 2007, n. 430, in *Foro amm. CDS*, 2007, 3356; 14 marzo 2008, n. 68, in *Giur. Cost.*, 2008, 906; 12 febbraio 2010, n. 45, in *Quad. Reg.*, 2010, 723; 17 novembre 2010, n. 325, in *Foro It.*, 2011, I, 1332.

³² Occhiocupo, 2010, 19.

³³ Cfr. le sentenze della Corte Costituzionale citate in nt. 31.

³⁴ Sull’influenza del diritto europeo sulla nozione (e sulla disciplina) della concorrenza nell’ordinamento interno, cfr. Grottanelli De’ Santi, 1996, 981 ss.; Lottini, 2004, 541 ss.; Cintioli, 2009, 373 ss.

³⁵ In questa sede, non ci si sofferma sulla distinzione fra “procedure di affidamento aperte e ristrette”, “procedure negoziate” e “dialogo competitivo”, poiché le considerazioni svolte nel proseguimento dell’indagine si possono sostanzialmente ritenere riferibili a tutte queste differenti modalità di affidamento dell’appalto. È sufficiente ricordare che «le procedure aperte e procedure ristrette rappresentano le procedure “ordinarie” per l’affidamento di appalti [...] Entrambe sono caratterizzate da un basso livello di discrezionalità in capo all’amministrazione nella scelta del contraente privato e presuppongono che l’amministrazione stessa sia in grado di

In questa analisi, saranno prese in considerazione le direttive (e le proposte di direttiva) europee in materia di pubblici appalti ed il Codice degli Appalti, deputato a trasporre nell'ordinamento italiano la disciplina europea sugli appalti, e saranno messi in luce i profili di criticità che emergono dall'analisi di questo stesso Codice nel suo rapporto con la disciplina europea alla quale dà attuazione.

Per quanto riguarda la disciplina italiana, è però necessario precisare che ci si soffermerà soltanto sul regime "ordinario" degli appalti pubblici³⁶, mentre non saranno presi in esame il regime previsto per le cosiddette "infrastrutture strategiche" (teso a porre tali interventi in un contesto speciale di alta priorità), di cui agli artt. 161-194 del Codice degli Appalti, ed il regime relativo agli interventi programmati nell'ambito del "Quadro strategico nazionale", di cui alla l. 28 gennaio 2009, n. 2. Questi due ultimi regimi, infatti, presentano caratteri affatto peculiari, riconducibili a specifiche modalità di realizzazione delle opere e ad istituti particolari, incompatibili con la generalità degli interventi³⁷.

Così delimitato, il campo d'indagine comprenderà sia gli appalti di rilevanza europea, sia i cosiddetti appalti "sotto soglia" (artt. 121-125 del Codice degli Appalti)³⁸.

La possibilità di prendere in considerazione entrambi i tipi di appalti è dovuta al fatto che, ai sensi dell'art. 121 del Codice, agli appalti "sotto soglia" è applicabile la normativa che disciplina i contratti di rilevanza europea, per quanto non espressamente derogata dalle disposizioni previste agli artt. 121-125 del Codice medesimo, e, soprattutto, al fatto che la distinzione fra appalti di

definire sin dall'inizio e in modo puntuale l'oggetto del contratto e le relative specifiche tecniche, affinché le imprese possano presentare offerte da subito definitive, in quanto non più rinegoziabili (quantomeno, relativamente agli aspetti essenziali del contratto)» (Decarolis, Giorgiantonio, Giovanniello, 2010, 7). Per queste procedure, sono applicabili sia il criterio di aggiudicazione "del prezzo più basso", sia quello "dell'offerta economicamente più vantaggiosa" (*infra*, par. 3.1.1). Invece, le procedure negoziate «sono quelle in cui le stazioni appaltanti consultano gli operatori economici da loro scelti e negoziano con uno o più di essi le condizioni dell'appalto [...] Tali procedure, in quanto derogatorie rispetto al divieto generale di rinegoziazione delle offerte, rivestono per lo più carattere eccezionale e sono ammissibili, salvo che per importi inferiori a 500.000 euro, solo in presenza di determinate condizioni [...] prevalentemente legate all'urgenza della realizzazione dei lavori e al fatto che, in esito all'esperimento delle altre procedure, non sia stata presentata nessuna offerta, o nessuna offerta appropriata, o nessuna candidatura» (Decarolis, Giorgiantonio, Giovanniello, 2010, 9). Anche alle procedure negoziate (che si possono distinguere fra quelle "con pubblicazione di bando di gara" e quelle "senza pubblicazione di bando di gara") sono applicabili il criterio di aggiudicazione "del prezzo più basso" e quello "dell'offerta economicamente più vantaggiosa". Infine, «il ricorso al dialogo competitivo è limitato agli "appalti particolarmente complessi", per i quali non sia possibile il ricorso alle procedure aperte o ristrette: per tali intendendosi quelli nei quali l'amministrazione non è oggettivamente in grado di definire *ex ante* i mezzi tecnici atti a soddisfare le sue esigenze ovvero l'impostazione giuridica o finanziaria di un progetto», ovvero quelli «per i quali la stazione appaltante non dispone, a causa di fattori oggettivi a essa non imputabili, di studi in merito all'identificazione e alla quantificazione dei propri bisogni o all'individuazione dei mezzi per il soddisfacimento degli stessi». In queste procedure di affidamento degli appalti pubblici, «il criterio di aggiudicazione applicabile è esclusivamente quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa» (Decarolis, Giorgiantonio, Giovanniello, 2010, 10). Ampiamente sui sistemi di aggiudicazione degli appalti, Dipace, 2013, 485 ss.

³⁶ Come rileva Robles, 2007, 67, l'art. 30 del Codice degli appalti stabilisce l'inapplicabilità delle disposizioni in materia di appalti pubblici alle concessioni di servizi, fermo restando il rispetto dei principi del Tfue e dei principi generali di trasparenza, pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento, in funzione della scelta del concessionario, attraverso lo svolgimento di apposite gare. L'art. 142, c. 3, del Codice degli Appalti, però, stabilisce che «alle concessioni di lavori pubblici, nonché agli appalti di lavori pubblici affidati dai concessionari che sono amministrazioni aggiudicatrici, si applicano, salvo deroghe puntuali previste nel presente capo, le disposizioni del presente codice».

³⁷ Cfr. Decarolis, Giorgiantonio, Giovanniello, 2010, 6 (specialmente nt. 5).

³⁸ Il valore per determinare la rilevanza europea (o meno) di un appalto è indicato all'art. 28 del Codice degli Appalti intitolato, appunto, "Importi delle soglie dei contratti pubblici di rilevanza europea". Riguardo alle soglie di applicazione in materia di procedure di aggiudicazione degli appalti, cfr. anche il recente Regolamento (UE) n. 1336/2013, del 13 dicembre 2013.

rilevanza europea ed appalti “sotto soglia” non ha rilievo né per le regole in materia di lavoro³⁹, né per i principi che regolano la concorrenza fra le imprese⁴⁰, che trovano applicazione in entrambi (salvo alcune limitate eccezioni, di cui si darà conto).

Peraltro, l’analisi sarà tralasciata esclusivamente sulla disciplina prevista nel Codice degli Appalti: non è infatti possibile in questa sede dare conto delle molteplici leggi regionali e degli altrettanto numerosi regolamenti provinciali e comunali (contenenti previsioni anche in parte difformi rispetto a quelle del Codice), che caratterizzano la disciplina dell’assegnazione dei lavori pubblici in Italia⁴¹ e che, molte volte, hanno come ambito di applicazione oggettivo proprio gli appalti “sotto soglia”, ove il legislatore interno ha a disposizione maggiori “spazi di manovra” rispetto a quelli, angusti, che gli sono lasciati dalla necessaria applicazione della puntuale disciplina europea (come recepita nel Codice degli Appalti) nel caso degli appalti “sopra soglia”.

2.2. I possibili approcci al tema della finalizzazione sociale degli appalti pubblici nelle diverse fasi dell’appalto

Una volta delimitato il campo d’indagine, è necessaria un’ulteriore, importante precisazione di ordine metodologico prima di addentrarsi nell’analisi delle “disposizioni sociali”: questo tema, infatti, può essere affrontato in base a due approcci differenti.

È possibile esaminare la tematica delle “disposizioni sociali” che si rinvencono nel *corpus* delle direttive europee e del Codice degli Appalti, cercando di classificarle in base allo scopo che esse si prefiggono: se quello di tutelare il diritto al lavoro dei lavoratori dipendenti coinvolti negli appalti pubblici (nel duplice senso, sopra ricordato, di diritto a condizioni di lavoro dignitose e di diritto all’occupazione); ovvero quello di sviluppare *standards* di occupazione socialmente avanzati.

Il tema potrebbe anche essere affrontato in altro modo: cercando, cioè, di classificare le “disposizioni sociali” in base alla loro appartenenza ad una delle quattro fasi operative distinte in cui è idealmente possibile scomporre qualsiasi appalto pubblico: la definizione dei requisiti

³⁹ Cfr. Varva, 2011b, 333, e gli ulteriori riferimenti bibliografici.

⁴⁰ Cfr. Paparo, 2010, 951 ss. Per la giurisprudenza europea, cfr. Cgce 7 dicembre 2000, C-324/98, *Telaustria Verlags GmbH* (con l’acronimo Cgce, viene indicata la Corte di Giustizia delle Comunità Europee, che, in seguito all’entrata in vigore del Trattato di Lisbona, ha cambiato nome in Corte di Giustizia dell’Unione Europea: pertanto, per le sentenze posteriori al 1° dicembre 2009 sarà utilizzato l’acronimo Gcue). Le sentenze della Corte di Giustizia citate in questa ricerca sono rinvenibili all’interno del sito <http://curia.europa.eu/>.

⁴¹ Com’è stato evidenziato, il Codice degli appalti è intervenuto «sull’aspetto delle competenze dei livelli istituzionali, prevedendo che fra Stato e Regioni vi sia competenza concorrente in alcune materie, fra cui la programmazione dei lavori pubblici e l’organizzazione amministrativa (art. 4, c. 2)»; resta, invece, di potestà esclusiva statale la disciplina-quadro dell’affidamento dei lavori pubblici, con riferimento «alla gara per l’affidamento dei lavori (la qualificazione, la selezione dei concorrenti, le procedure di affidamento, i criteri di aggiudicazione); alla vigilanza sul mercato; al contenzioso (art. 4, c. 3)» (Bentivogli, Casadio, Cullino, 2009, 243). La Corte Costituzionale, nel dirimere il contenzioso in tema di riparto di competenze *ex art. 117 Cost.*, ha affermato ripetutamente la legittimità delle previsioni di cui all’art. 4, c. 3, del Codice degli Appalti, riconducendo la disciplina-quadro degli appalti pubblici alla materia della tutela della concorrenza, attribuita alla potestà esclusiva del legislatore statale *ex art. 117, c. 1, lett. e, Cost.* (cfr. *ex multis* le sentenze Corte Cost. n. 401/2007, cit., e 14 dicembre 2007, n. 431, in *Foro It.*, 2008, I, 1786, su cui De Michele, 2007, 7 ss.; 17 dicembre 2008, n. 411, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 2009, 736; 22 maggio 2009, n. 160, in *Quad. Reg.*, 2009, 1123; Corte Cost. 6 novembre 2009, n. 283, in *Quad. Reg.*, 2010, 312; 28 maggio 2010, n. 186, in *Quad. Reg.*, 2011, 289; 7 aprile 2011, n. 114, in *Quad. Reg.*, 2011, 769; 10 giugno 2011, n. 184, in *Quad. Reg.*, 2011, 986; 7 dicembre 2011, n. 328, e 9 marzo 2012, n. 52, in *Foro It.*, I, 2603 ss.; 30 marzo 2012, n. 74, in *Giur. Cost.*, 2012, 970. In dottrina, cfr. Bastianin 2012, 933). Nonostante ciò, la disciplina dell’affidamento dei lavori pubblici resta caratterizzata da una normativa “alluvionale”, che può differenziare il quadro regolamentare anche fino a livello comunale.

dell'appalto; la selezione dei fornitori e degli imprenditori; l'aggiudicazione dell'appalto; l'esecuzione dell'appalto⁴².

In questa sede, sarà privilegiato il primo approccio. Ciò perché la riconduzione delle "disposizioni sociali" alle differenti fasi dell'appalto non ne consente una chiara classificazione: è possibile, infatti, che le disposizioni sociali finiscano per interessare più fasi della medesima procedura di aggiudicazione e di esecuzione dell'appalto o della concessione pubblica, ovvero che la riconduzione ad una fase piuttosto che ad un'altra non sia unanimemente condivisa dalla dottrina e dalla giurisprudenza⁴³. Questo non toglie, ovviamente, che saranno fatti riferimenti alla riconduzione delle disposizioni finalizzate ad orientare gli appalti pubblici in senso sociale e delle clausole sociali alle differenti fasi dell'appalto, ove tali riferimenti siano necessari od opportuni ai fini della trattazione.

Procedendo ora all'analisi delle disposizioni (o clausole) sociali, classificandole in ragione dello scopo perseguito, partiremo dalle disposizioni dirette a tutelare condizioni di lavoro dignitose.

3. La tutela del diritto a condizioni di lavoro dignitose. Le cause di esclusione dagli appalti pubblici.

Il primo e più evidente esempio di disposizione tesa a tutelare condizioni di lavoro dignitose nell'ambito dei contratti di appalto pubblici⁴⁴, riconducibile alla fase delle selezioni dei soggetti imprenditoriali, è rappresentato dalla previsione contenuta all'art. 45, Dir. 2004/18/CE (cui fa rinvio anche l'art. 54, Dir. 2004/17/CE). Questa disposizione sancisce che sia fatto divieto di ottenere appalti pubblici agli offerenti che in precedenza abbiano subito condanne per determinati reati (esplicitamente indicati al par. 1, lett. a-d), ovvero che possano essere escluse dal mercato degli appalti pubblici le imprese che non siano in regola con gli obblighi relativi al pagamento dei contributi previdenziali e assistenziali (par. 2, lett. c).

Il legislatore italiano ha recepito l'art. 45, Dir. 2004/18/CE, che contempla ipotesi tassative di estromissione dalle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti (e subappalti) pubblici⁴⁵, all'art. 38 del Codice degli Appalti, individuando diverse ipotesi di esclusione che riguardano il rispetto della disciplina lavoristica da parte dei (potenziali) appaltatori (o concessionari)⁴⁶.

⁴² Commissione europea, *Acquisti sociali*, cit., cap. IV.

⁴³ *Infra*, par. 4.

⁴⁴ In merito, cfr. le interessanti considerazioni di Cerbo, 2010, 23. Più in generale, sui limiti che la "dignità umana" impone alla libertà d'iniziativa economica, cfr. Luciani M., 1983, 207 ss.

⁴⁵ La dottrina (cfr., per esempio, Sticchi Damiani, 2010, 424) ha rilevato che le ipotesi di restrizione del campo di competizione, proprio poiché vanno a comprimere posizioni di diritto soggettivo garantite, sia dal diritto interno, sia dal diritto europeo, quali la libertà di iniziativa economica, di prestazione di servizi e di concorrenza, devono essere considerate tassative, senza che vi sia possibilità di applicarle in modo estensivo o analogico. Sul punto, è interessante ricordare che la Corte di Giustizia (Cgce 16 dicembre 2008, C-213/07, *Michaniki AE*) ha stabilito che le direttive europee non ostano all'introduzione, da parte dei legislatori nazionali, di ulteriori misure di esclusione dagli appalti rispetto a quelle contemplate dall'art. 45, Dir. 2004/18/CE, purché tali misure siano finalizzate a garantire il carattere trasparente e concorrenziale delle procedure di selezione degli appaltatori e dei concessionari e purché le previsioni introdotte siano proporzionali allo scopo perseguito e non eccedano quanto necessario per raggiungere gli obiettivi preposti. In merito, cfr. Vaiano, 2013, 571.

⁴⁶ Fra i requisiti di ordine generale che devono possedere gli appaltatori, i fornitori ed i concessionari si ricordano (fra gli altri): il non trovarsi in stato di fallimento, liquidazione coatta o concordato preventivo (ovvero in pendenza di un procedimento per la dichiarazione di una di tali situazioni), salvo il caso di cui all'art. 186 *bis* R.D. 16 marzo 1942, n. 267, di concordato con continuità aziendale; il non aver subito (da parte del titolare o del direttore tecnico se si tratta di impresa individuale; dei soci o del direttore tecnico, se si tratta di società in nome collettivo; dei soci accomandatari o del direttore tecnico se si tratta di società in accomandita semplice; degli

In particolare, all'art. 38, c. 1, lett. e, i, l, del Codice, è sancito che non possano partecipare alle gare di appalto quegli imprenditori che abbiano commesso «gravi infrazioni debitamente accertate alle norme in materia di sicurezza e a ogni altro obbligo derivante dai rapporti di lavoro, risultanti dai dati in possesso dell'Osservatorio» dei contratti pubblici (di cui all'art. 7, del Codice), ovvero «violazioni gravi, definitivamente accertate, alle norme in materia di contributi previdenziali e assistenziali, secondo la legislazione italiana o dello Stato in cui sono stabiliti»; o, infine, «che non presentino la certificazione di cui all'art. 17, l. 12 marzo 1999, n. 68». In caso di presentazione di falsa dichiarazione o falsa documentazione, nelle procedure di gara e negli affidamenti di subappalto, è previsto che la stazione appaltante ne dia segnalazione all'Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici di Lavori, Servizi e Forniture (d'ora innanzi AVCP), la quale, se ritiene che siano state rese con dolo o colpa grave in considerazione della rilevanza o della gravità dei fatti oggetto della falsa dichiarazione o della presentazione di falsa documentazione, dispone l'esclusione dalle procedure di gara e dagli affidamenti di subappalto fino ad un anno⁴⁷.

3.1. La rilevanza del documento unico di regolarità contributiva

In questa sede, appare interessante soffermarsi sul disposto dell'art. 38, c. 1, lett. i, del Codice degli Appalti, posto che la casistica delle “violazioni gravi, definitivamente accertate, alle norme in materia di contributi previdenziali e assistenziali” ha creato incertezze sulla compatibilità con i principi del diritto europeo degli appalti e dubbi interpretativi maggiori rispetto a quella (art. 38, c. 1, lett. e) relativa alle gravi infrazioni debitamente accertate⁴⁸ “alle norme in materia di sicurezza”⁴⁹ e ad “ogni altro obbligo derivante dai rapporti di lavoro”⁵⁰ e rispetto alla casistica (art. 38, c. 1, lett. l) concernente la certificazione di cui all'art. 17, l. n. 68/1999⁵¹.

amministratori muniti di potere di rappresentanza o del direttore tecnico o del socio unico persona fisica, ovvero del socio di maggioranza in caso di società con meno di quattro soci, se si tratta di altro tipo di società o consorzio) condanne per reati di associazione mafiosa, partecipazione a organizzazioni criminali, corruzione, frode e/o riciclaggio; il non aver agito negligenzemente o in malafede nell'esecuzione delle prestazioni affidate dalla stazione appaltante che bandisce la gara; il non aver subito sanzioni che comportano il divieto di contrarre con la pubblica amministrazione; il non trovarsi, rispetto ad un altro partecipante alla medesima procedura di gara, in una situazione di controllo di cui all'art. 2359 cod. civ. o in una qualsiasi relazione, anche di fatto, se la situazione di controllo o la relazione comporti che le offerte sono imputabili ad un unico centro decisionale. In merito, Sticchi Damiani, 2010, 423 ss.

⁴⁷ Art. 38, c. 1 *ter*, del Codice degli Appalti.

⁴⁸ Rileva Vaiano, 2013, 588 ss., che il d.l. 13 maggio 2011, n. 70, aveva previsto la modifica del termine “infrazioni” «con quello più tecnico di “violazioni” e, soprattutto prevedendo che le suddette gravi violazioni dovessero essere “definitivamente” e non “debitamente” accertate». In sede di conversione del d.l. n. 70/2011 (ad opera della l. 12 luglio 2011, n. 106), tuttavia, tali modifiche sono venute meno e si è tornati alla formulazione originaria della norma. Sulla necessità di considerare come “debitamente” accertate soltanto le infrazioni “definitivamente” accertate, cfr. Vaiano, 2013, 589 e *infra*, in questo paragrafo.

⁴⁹ Sul tema della tutela della salute e della sicurezza dei lavoratori coinvolti negli appalti pubblici, che in questa sede non viene affrontato, cfr. Mattarolo, 2011, 391 ss.

⁵⁰ Cons. Stato 23 ottobre 2007, n. 5574, ha chiarito che il concetto di “grave infrazione debitamente accertata agli obblighi derivanti dai rapporti di lavoro, risultanti dai dati in possesso dell'Osservatorio” differisce da quello di regolarità contributiva, poiché il primo fa riferimento soltanto ad infrazioni che hanno dato luogo a contenzioso e che siano state portate a conoscenza dell'Osservatorio, mentre quello di “regolarità contributiva” è invece un concetto ben più ampio, «che comporta l'assenza di qualsiasi inadempienza agli obblighi previdenziali, iniziando dal mancato tempestivo pagamento delle somme dovute a seguito di dichiarazioni e denunce da parte del medesimo soggetto interessato». Le sentenze del Consiglio di Stato e dei TAR citate in questa indagine sono rinvenibili all'interno del sito <http://www.giustizia-amministrativa.it>.

⁵¹ Per quanto concerne l'esclusione dalle gare a causa della mancata certificazione di cui all'art. 17, l. n. 68/1999, la giurisprudenza amministrativa (*ex multis*: Cons. Stato, 21 maggio 2010, n. 3213, e Cons. Stato, 20 marzo 2007, n. 1319; cfr. anche TAR Sicilia, 13 gennaio 2009, n. 40) ha rilevato che costruisce motivo di esclusione, anche in mancanza di una espressa previsione del bando di gara, la mancata dichiarazione, da parte delle imprese che vogliono partecipare ad un bando pubblico per un appalto, relativa all'osservanza delle disposizioni sul diritto al lavoro dei disabili di cui all'art. 17, l. n. 68/1999 (anche qualora l'impresa, per limiti dimensionali, non

I problemi d'interpretazione dell'art. 38, c. 1, lett. i, del Codice degli Appalti nascono dal fatto che l'art. 38, c. 3, dello stesso Codice dispone che, in riferimento agli accertamenti relativi alle cause di esclusione, «resta fermo per le stazioni appaltanti e per gli enti aggiudicatori l'obbligo di acquisire d'ufficio il documento unico di regolarità contributiva» (d'ora innanzi, DURC)⁵². La disciplina degli appalti pubblici, dunque, si interseca con quella del DURC⁵³, ovvero sia di quel «certificato che, sulla base di un'unica richiesta, attesta contestualmente la regolarità di un operatore economico, per quanto concerne l'adempimento degli obblighi legislativi e contrattuali nei confronti dell'INPS, dell'INAIL, della Cassa Edile (con riguardo alle sole imprese appartenenti al settore edile) e degli altri eventuali gestori di forme di assistenza obbligatoria»⁵⁴, e che attesta altresì la congruità della incidenza della manodopera relativa allo specifico contratto affidato⁵⁵. E proprio l'intrecciarsi della disciplina del DURC e di quella degli appalti pubblici "sopra soglia"⁵⁶ ha sollevato rilevanti interrogativi⁵⁷.

rientri nel campo di applicazione degli obblighi di cui alla l. n. 68/1999: TAR Lazio, 22 giugno 2009, n. 5979). Non è, quindi, consentito produrre successivamente alla scadenza dei termini per la presentazione dell'offerta, la dichiarazione di cui all'art. 38, c. 1, lett. l, del Codice degli Appalti, che deve essere presentata, a pena di esclusione, unitamente alla domanda di ammissione alla gara (TAR Sardegna, 13 marzo 2008, n. 458). In merito, cfr. Varva, 2011c, 322. Sul tema dell'assoggettamento alle previsioni di cui all'art. 38, c. 1, lett. l, del Codice degli Appalti, delle imprese non stabilite sul territorio nazionale, ma aventi sedi secondarie in Italia, cfr. Cons. Stato 3 settembre 2013, n. 4379. Si segnala che in giurisprudenza (TAR Molise, 2 luglio 2008, n. 658), è stato affermato che l'art. 38, c. 1, lett. l, del Codice degli Appalti, prevede l'esclusione dalle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti di lavori, forniture e servizi per i soggetti che non presentino la certificazione di cui all'art. 17, l. n. 68/1999, soltanto con riferimento agli appalti d'importo superiore alla cosiddetta "soglia europea": la disposizione in esame, perciò, non sarebbe applicabile per analogia agli appalti di servizi e forniture cosiddetti "sotto soglia" (cfr., in precedenza, Cons. Stato, 15 novembre 2005, n. 6368).

⁵² La formulazione originaria dell'art. 38, c. 3, del Codice degli Appalti (modificata dall'art. 31, c. 2, lett. a, d.l. 21 giugno 2013, n. 69, convertito dalla l. 9 agosto 2013, n. 98) disponeva che l'obbligo di presentare la certificazione di regolarità contributiva fosse a carico dell'affidatario. Si ricorda che il DURC è richiesto anche al fine delle attestazioni SOA, ovvero sia di quel sistema di qualificazione, unico per tutti gli esecutori a qualsiasi titolo di lavori pubblici, di importo superiore a 150.000 euro, articolato in rapporto alle tipologie e all'importo dei lavori stessi (art. 40 del Codice degli Appalti). L'art. 78, c. 4, d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207, in attuazione dell'art. 38, c. 4, lett. d, del Codice degli Appalti, ha previsto che «le SOA nell'espletamento della propria attività» richiedano «il documento unico di regolarità contributiva», ai fini del rilascio delle attestazioni. In generale, sulle certificazioni SOA, cfr. Varva, 2011c, 323 ss.; sulla legittimità della disciplina che impone alle SOA un regime di tariffe minime per i servizi di certificazione forniti alle imprese che intendano partecipare a procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, rispetto ai principi di cui all'art. 49 Tfu, Cgue 12 dicembre 2013, C-327/12, *SOA Nazionale Costruttori – Organismo di Attestazione S.p.A.*

⁵³ Sulla natura del DURC (e sull'impossibilità di considerare il DURC alla stregua di una "clausola sociale"), interessanti considerazioni in Faioli, 2008, 155.

⁵⁴ Lippolis, 2010, 2. Rileva correttamente Faioli, 2008, 159, che «il DURC è «finalizzato alla verifica del "visibile" e dell' "accertabile", perché si verifica ciò che risulta dagli archivi degli enti previdenziali in termini di adempimenti, corrispondenza di importi e saldi dovuti». Resta dunque «non accertato il problema della verifica effettiva dei lavoratori irregolari che sono totalmente sommersi e non compaiono su alcuna dichiarazione o documento obbligatorio».

⁵⁵ Art. 118, c. 6 *bis*, del Codice degli Appalti. In merito, cfr. nuovamente Faioli, 2008, 163.

⁵⁶ È controverso se la disciplina sul DURC sia applicabile anche alle "procedure in economia", di cui all'art. 125 del Codice degli appalti. Il Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali (interpello 20 febbraio 2009, n. 10; circ. 8 ottobre 2010, n. 35) ha affermato che il DURC debba essere richiesto, senza alcuna eccezione, per ogni contratto pubblico (e, dunque, anche nel caso degli acquisti in economia o di modesta entità, a prescindere dall'importo del contratto), poiché l'art. 121 del Codice degli Appalti dispone che ai contratti "sotto soglia" si applicano, se non derogate, le norme della parte II del Codice, e l'art. 125 non contiene alcuna deroga espressa all'art. 38, c. 3 (contenuto proprio nella parte II del Codice). In senso contrario, tuttavia, si è rilevato che l'art. 125, c. 14, del Codice degli Appalti, dispone che «i procedimenti di acquisizione di prestazioni in economia sono disciplinati, nel rispetto del presente articolo, nonché dei principi in tema di procedure di affidamento e di esecuzione del contratto desumibili dal presente codice, dal regolamento»: l'art. 125, c. 14, dunque, rappresenterebbe un'esplicita deroga a tutta la parte II del Codice degli appalti (a differenza di quanto avviene agli artt. 122 e 124 del Codice relativi agli appalti "sotto soglia": in questi appalti, senza dubbio, si applica la disciplina del DURC ed il DURC dovrebbe essere richiesto soltanto in caso di «un vaglio concorrenziale tra una pluralità di possibili operatori» (Ieva, 2011, 34 ss., e li ulteriori riferimenti dottrinali).

⁵⁷ In questa sede non si affrontano in modo sistematico le problematiche che pone la disciplina del DURC, nel raccordo con la normativa relativa agli appalti pubblici: un'indagine siffatta andrebbe oltre i limiti di spazio e di contenuto della presente indagine. Ad

In particolare, si sono contrapposti due differenti orientamenti giurisprudenziali in merito all'accertamento delle (eventuali) gravi violazioni, definitivamente accertate, alle norme in materia di contributi previdenziali e assistenziali⁵⁸.

La parte maggioritaria della giurisprudenza, infatti, riteneva che, considerate la piena autonomia del procedimento di rilascio del DURC e l'impossibilità di regolarizzazione della situazione contributiva e previdenziale successiva alla presentazione dell'offerta di gara da parte delle imprese, il legislatore avesse voluto escludere dalla contrattazione con le amministrazioni quelle imprese che non fossero in regola per quanto concerne gli obblighi contributivi e previdenziali, valutando intrinsecamente "grave" ogni violazione o ritardo nell'adempimento di tali obblighi. Da ciò sarebbe disceso che la stazione appaltante non potesse far altro che prendere atto della certificazione ai fini del DURC, senza poter in alcun modo sindacarne le risultanze, né valutare se le inadempienze fossero state debitamente accertate e fossero effettivamente gravi⁵⁹.

Secondo un diverso (e minoritario) orientamento giurisprudenziale, invece, in caso di mancata certificazione della regolarità contributiva e previdenziale, sarebbe residua in capo alle stazioni appaltanti la possibilità di valutare la gravità dell'infrazione imputata all'impresa concorrente: la stazione appaltante, soltanto qualora avesse ritenuto grave l'addebito mosso all'impresa in concreto e al di fuori di ogni automatismo, avrebbe potuto (in modo motivato) procedere all'estromissione dalla gara⁶⁰. A risolvere la contrapposizione fra queste due differenti interpretazioni⁶¹ è intervenuta la nuova stesura dell'art. 38, c. 2, del Codice degli Appalti⁶², secondo cui ai fini dell'art. 38, c. 1, lett. i, «si intendono gravi le violazioni ostative al rilascio del documento unico di regolarità contributiva». Il legislatore, dunque, sposando l'orientamento giurisprudenziale maggioritario sopra ricordato, ha sancito che se si verifica una causa ostativa al rilascio del DURC, la stazione appaltante non potrà far altro che prenderne atto, procedendo all'esclusione dalla gara per

esempio, sul tema della possibilità di autocertificazione del DURC, cfr. Lippolis, 2010, 4 ss. (e Circ. Min. Lav. 1° giugno 2012, n. 12). Più in generale, sul tema della regolarità contributiva nel sistema delle gare per gli appalti pubblici e sulla sua rilevanza all'interno del Regolamento di attuazione del Codice degli appalti, cfr. Lamberti, 2011, 4428 ss.

⁵⁸ Sul punto, cfr. Lippolis, 2010, 6 ss.; D'Herin, 2012, 911 ss.; Gotti, 2012, 2235 ss.

⁵⁹ Cfr. (*ex multis*) oltre al già citato Cons. Stato n. 5574/2007, Cons. Stato 9 aprile 2010, n. 1998, e 24 agosto 2010, n. 5936; Cons. Stato 16 settembre 2011, n. 5194; Cons. Stato 4 maggio 2012 (Adunanza Plenaria), n. 8. Questa sentenza è particolarmente significativa e appare opportuno ricordarne i passaggi principali: «a) gli enti previdenziali sono istituzionalmente e specificamente competenti a valutare la gravità o meno delle violazioni previdenziali; b) il DURC è il documento pubblico che certifica in modo ufficiale la sussistenza o meno della regolarità contributiva [...] c) le stazioni appaltanti non sono gli enti istituzionalmente e specificamente competenti a valutare la gravità o meno delle violazioni previdenziali; d) il Codice degli appalti deve essere letto e interpretato non in una logica di separazione e autonomia, ma come parte dell'ordinamento nel suo complesso, e nell'ambito dell'ordinamento giuridico la nozione di "violazione previdenziale grave" non può che essere unitaria e uniforme, e rimessa all'autorità preposta al rispetto delle norme previdenziali [...] e) ne consegue che le stazioni appaltanti non hanno né la competenza né il potere di valutare caso per caso la gravità della violazione previdenziale, ma devono attenersi alle valutazioni dei competenti enti previdenziali» (Gotti, 2012, par. 4).

⁶⁰ Cfr. Cons. Stato 27 febbraio 2008, n. 716; analogamente, cfr. (*ex multis*) Cons. Stato 15 settembre 2010, n. 6907; Cons. Stato 16 settembre 2011, n. 5186.

⁶¹ D'Herin, 2012, 912, ricorda che l'AVCP, in un primo momento, aveva sostenuto che il mancato rilascio del DURC per assenza della regolarità contributiva non potesse condurre di per sé all'esclusione dell'impresa, «in assenza di verifica "in contraddittorio [...]" per valutare sia la gravità dell'inadempimento, sia la definitività dell'accertamento» (parere AVCP, 8 novembre 2007, n. 102). Successivamente, l'Autorità ha mutato avviso «ritenendo inibito alle stazioni appaltanti di sindacare il contenuto del documento unico di regolarità contributiva che, per contro, deve costituire oggetto di mera "presa d'atto"» (determinazione AVCP, 12 gennaio 2010, n. 1).

⁶² Questa disposizione ha una storia travagliata, essendo stata modificata dall'art. 3, comma 2, d.l. 25 settembre 2009, n. 135, e successivamente sostituita dall'art. 4, c. 2, lett. b, d.l. n. 70/2011 (convertito con modifiche dalla l. n. 106/2011).

l'affidamento dei lavori pubblici del soggetto che non sia in grado di esibire il documento unico di regolarità contributiva⁶³.

Nonostante questa modifica apportata al Codice degli Appalti, le stazioni appaltanti mantengono una propria autonomia valutativa, «in ordine alla definitività delle violazioni di cui gli enti previdenziali abbiano - insindacabilmente - attestato la gravità»⁶⁴: le cause ostative al rilascio del DURC, infatti, sono da intendersi come sintomatiche della gravità della violazione, ma non della sua definitività.

Questa affermazione (che può sembrare ovvia, ma ovvia non è⁶⁵) si pone in linea di continuità con quanto previsto esplicitamente nella disciplina del DURC, dettata dal d.Min.Lav. 24 ottobre 2007: in questo decreto, il Ministero del Lavoro, nel fissare una soglia di “gravità” delle violazioni⁶⁶, ha stabilito che la pendenza di qualsivoglia contenzioso amministrativo impedisce di ritenere il soggetto in posizione irregolare e che, fino alla decisione che respinge il ricorso, può essere dichiarata la regolarità contributiva⁶⁷.

Dunque, «la stazione appaltante, in presenza di un documento attestante la “non regolarità contributiva”, da ritenersi per ciò stesso “grave”, dovrà tuttavia accertarne il carattere definitivo instaurando, se del caso, il contraddittorio con l'operatore economico interessato e con gli enti preposti»⁶⁸. E ciò pare rispettoso dei principi del diritto europeo: la Corte di Giustizia, infatti, ha avuto modo di precisare che «una normativa nazionale che ignorasse totalmente gli effetti di un ricorso amministrativo o giurisdizionale sulla possibilità di partecipare ad una procedura di aggiudicazione di un appalto rischierebbe di violare i diritti fondamentali degli interessati»⁶⁹. In altre

⁶³ Cfr. Vaiano, 2013, 598. Si ricorda che «il momento in cui va verificata la sussistenza del requisito della regolarità contributiva e previdenziale è quello di presentazione della domanda di partecipazione alla gara, e che l'eventuale regolarizzazione successiva, se vale a eliminare il contenzioso tra l'impresa e l'ente previdenziale, non comporta *ex post* il venir meno della causa di esclusione»: recentemente, cfr. Cons. Stato 13 febbraio 2013, n. 890.

⁶⁴ D'Herin, 2012, 914.

⁶⁵ Cfr., infatti, Cons. Stato 30 giugno 2011, n. 3912; Cons. Stato 12 ottobre 2011, n. 5531.

⁶⁶ L'attribuzione del requisito della “gravità” alle violazioni consistenti in uno scostamento superiore al 5% fra le somme dovute e quelle versate, ovvero uno scostamento superiore ad 100,00 euro, previsto dalla legislazione, ha comportato la compressione di ogni spazio valutativo sul punto per la stazione appaltante, che è tenuta ad applicare la sanzione di esclusione dalla gara in danno alle imprese che siano incorse in siffatte violazioni (Pagani 2012, 1316 ss.). Tar Lombardia ord. 12 luglio 2012, n. 1969, ha rimesso alla Corte di Giustizia la questione della legittimità della previsione in questione, poiché è stato rilevato che questa disposizione (che è funzionale alla trasposizione – in senso rigido – dell'art. 45, Dir. n. 2004/18, ove è previsto che possa – e non debba – essere escluso dalla partecipazione all'appalto l'operatore economico «che non sia in regola con gli obblighi relativi al pagamento dei contributi previdenziali e assistenziali secondo la legislazione del paese dove è stabilito o del paese dell'amministrazione aggiudicatrice»), sebbene tesa a salvaguardare contemporaneamente i diritti dei lavoratori, le finanze pubbliche e la concorrenza fra le imprese (nell'ottica di un corretto sviluppo dell'economia e del mercato), finisce per violare i principi di proporzionalità, ragionevolezza, non discriminazione e tutela della concorrenza, impedendo alla stazione appaltante di valutare altri profili oggettivamente espressivi dell'affidabilità del concorrente come controparte contrattuale della pubblica amministrazione (e ciò vale anche negli appalti “sotto soglia” che, pur se formalmente esclusi dall'applicazione della Dir. n. 18/2004, sono soggetti – come abbiamo già avuto modo di rilevare – al rispetto delle norme fondamentali del Tfu: Pagani 2012, 1317).

⁶⁷ Cfr. D'Herin, 2012, 915; Gotti, 2012, par. 6; Vaiano, 2013, 597. In merito, cfr. anche determinazione AVCP, 16 maggio 2012, n. 1.

⁶⁸ D'Herin, 2012, 916.

⁶⁹ Cgce 9 febbraio 2006, procedimenti riuniti C-226/04 e C-228/04, *La Cascina Soc. Coop. a r.l. e Consorzio G. f. M.*, par. 38. Al par. 40, la Corte di Giustizia afferma inoltre che la Dir. 2004/17/CE (ma il medesimo ragionamento può valere per la Dir. 2004/18/CE) «non si oppone ad una normativa o ad una prassi amministrativa nazionali in base alle quali un prestatore di servizi che, alla data di scadenza per la presentazione della domanda di partecipazione alla gara, non ha adempiuto, effettuando integralmente il pagamento corrispondente, i suoi obblighi in materia di contributi previdenziali e di imposte e tasse, può regolarizzare la sua situazione successivamente, in forza di misure di condono fiscale o di sanatoria adottate dallo Stato, o in forza di un concordato al fine di una rateizzazione

parole, ai fini dell'estromissione da una gara d'appalto, è necessario che la causa di esclusione sia stata accertata definitivamente, nel senso che «la determinazione espulsiva non può essere legittimamente assunta qualora la contestazione dell'infrazione sia ancora soggetta a gravame, amministrativo o giurisdizionale, o i relativi termini siano pendenti»⁷⁰. Ed in questo senso si esprimono anche le nuove proposte di direttiva europea in materia di appalti pubblici, che, addirittura vanno oltre, prevedendo che ogni candidato o offerente possa fornire all'amministrazione aggiudicatrice la prova che dimostri la sua affidabilità, nonostante l'esistenza di un motivo di esclusione⁷¹.

3.1.1. La congruità del costo della manodopera

Come accennato in precedenza, il DURC attesta non soltanto la regolarità contributiva delle imprese che partecipano alle gare pubbliche, ma anche, ai sensi dell'art. 118, c. 6 bis, del Codice degli Appalti, la congruità della incidenza della manodopera relativa allo specifico contratto affidato. E proprio la congruità del costo del lavoro rappresenta un parametro tutelato in differenti "disposizioni sociali", che riguardano fasi diverse dell'appalto pubblico.

Da un lato, si può ricordare che l'art. 86, c. 3 *bis*, del Codice degli Appalti⁷², sancisce che nella predisposizione delle gare di appalto di lavori pubblici, di servizi e di forniture, gli enti aggiudicatori sono tenuti a valutare che il valore economico sia adeguato e sufficiente rispetto al costo del lavoro⁷³ e al costo relativo alla sicurezza, il quale deve essere specificamente indicato e risultare congruo rispetto all'entità e alle caratteristiche dei lavori. In altri termini, l'art. 86, c. 3 *bis*, del Codice sebbene deputato a determinare criteri per l'individuazione delle offerte anormalmente basse (e quindi destinato a trovare applicazione nella fase di selezione degli imprenditori), prevede che le stazioni appaltanti tengano adeguatamente in conto i minimi di trattamento

o di una riduzione dei debiti, o mediante la presentazione di un ricorso amministrativo o giurisdizionale, a condizione che provi, entro il termine stabilito dalla normativa o dalla prassi amministrativa nazionali, di aver beneficiato di tali misure o di un tale concordato, o che abbia presentato un tale ricorso entro questo termine».

⁷⁰ Sticchi Damiani, 2010, 439. Per quanto riguarda l'estromissione dalle gare per la concessione di appalti e concessioni pubbliche, il principio della definitività dell'accertamento è esplicitamente affermato all'art. 38, c. 1, lett. g, del Codice degli Appalti, con riferimento alle violazioni rispetto agli obblighi di pagamento delle imposte e tasse, mentre, come abbiamo già avuto modo di vedere, non in riferimento alle "gravi infrazioni debitamente accertate alle norme in materia di sicurezza", di cui alla lett. i, della medesima disposizione.

⁷¹ Cfr. art. 55, COM(2011) 896 def.; art. 36, COM(2011) 897 def. In merito, pare anche significativo l'intervento del legislatore italiano, che, con l'art. 31, c. 8, d.l. n. 69/2013, ha stabilito che «ai fini della verifica per il rilascio del documento unico di regolarità contributiva, in caso di mancanza dei requisiti per il rilascio di tale documento gli Enti preposti al rilascio, prima dell'emissione del DURC o dell'annullamento del documento già rilasciato, invitano l'interessato, mediante posta elettronica certificata o con lo stesso mezzo per il tramite del consulente del lavoro nonché degli altri soggetti di cui all'art. 1, l. 11 gennaio 1979, n. 12, a regolarizzare la propria posizione entro un termine non superiore a quindici giorni, indicando analiticamente le cause della irregolarità».

⁷² La disposizione richiamata è stata introdotta dall'art. 1, c. 909, lett. a, l. 27 dicembre 2006, n. 296, e poi sostituita dall'art. 8, c. 1, l. 3 agosto 2007, n. 123.

⁷³ La disposizione in esame specifica che il costo del lavoro deve essere «determinato periodicamente, in apposite tabelle, dal Ministro del lavoro e della previdenza sociale, sulla base dei valori economici previsti dalla contrattazione collettiva stipulata dai sindacati comparativamente più rappresentativi, delle norme in materia previdenziale ed assistenziale, dei diversi settori merceologici e delle differenti aree territoriali». In assenza di contratto collettivo applicabile, il costo del lavoro deve essere «determinato in relazione al contratto collettivo del settore merceologico più vicino a quello preso in considerazione».

economico già in sede di predisposizione dell'appalto, con ciò richiamando l'art. 89, c. 3, del Codice degli Appalti⁷⁴, e risultando, rispetto a questa disposizione, (parzialmente) pleonastico⁷⁵.

Dall'altro lato, la congruità del costo del lavoro rappresenta un parametro rilevante nella valutazione delle offerte presentate per l'aggiudicazione di un appalto pubblico.

Come noto, per l'aggiudicazione di un appalto pubblico, l'ente appaltante può optare per due criteri di scelta per le offerte: il criterio del prezzo più basso, che «presume che l'oggetto del contratto sia definito in modo puntuale e che dunque sia possibile mettere a confronto le offerte unicamente sotto il profilo del prezzo»⁷⁶, ed il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, che consente all'amministrazione di tenere conto non solo del prezzo ma anche di ogni altra caratteristica del bene o del servizio da appaltare⁷⁷.

In questa sede, non è necessario soffermarsi sulle differenze fra i due sistemi di aggiudicazione⁷⁸; piuttosto, è interessante segnalare che qualsiasi sia il metodo adottato, nel caso in cui debbano essere verificate offerte anormalmente basse (essendo principio consolidato il fatto che un'offerta anormalmente bassa non può essere di per se stessa esclusa⁷⁹), non siano «ammesse giustificazioni in relazione a trattamenti salariali minimi inderogabili stabiliti dalla legge o da fonti autorizzate dalla legge» (art. 87, c. 3), e, in ogni caso, i partecipanti alle gare pubbliche oggi non possano più addurre giustificazioni ad offerte anormalmente basse riguardanti i costi della sicurezza⁸⁰ ovvero, più in generale, il costo del lavoro. Infatti, il richiamo che l'art. 87, c. 2, lett. e, del

⁷⁴ Ove è sancito che «nella predisposizione delle gare di appalto le stazioni appaltanti sono tenute a valutare che il valore economico sia adeguato e sufficiente rispetto al costo del lavoro».

⁷⁵ Cfr. Minganti, 2011, 779.

⁷⁶ Fonderico, 2010, 452.

⁷⁷ Fonderico, 2010, 458. Si segnala che nel *final compromise text (First reading)* della *Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on public procurement (Classical Directive)*, approvato il 12 luglio 2013, il criterio del "prezzo più basso" appare quale criterio di aggiudicazione residuale degli appalti pubblici: l'art. 66, infatti, dispone che «without prejudice to national laws, regulations or administrative provisions concerning the price of certain supplies or the remuneration of certain services, contracting authorities shall base the award of public contracts on the most economically advantageous tender [...] Member States may provide that contracting authorities may not use price only or cost only as the sole award criterion or restrict their use to certain categories of contracting authorities or certain types of contracts».

⁷⁸ Fra i due criteri, contemplati all'art. 81 del Codice degli Appalti non è stabilita alcuna prevalenza, per cui sono da considerarsi «perfettamente equivalenti»: «la scelta del criterio, effettuata con il bando di gara, è rimessa all'apprezzamento discrezionale della amministrazione, con il limite dell'adeguatezza, della logicità e della ragionevolezza del sistema prescelto in relazione alle caratteristiche dell'appalto» (Dipace, 2013, 527). In proposito, è stato rilevato che il criterio del prezzo più basso «richiede la definizione puntuale dell'oggetto contrattuale», mentre quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa si rivela più adatto in quelle situazioni in cui «vi sia un ventaglio di soluzioni tecniche astrattamente in grado di soddisfare i bisogni dell'amministrazione», ovvero «quando l'amministrazione voglia avvalersi della procedura proprio per definire in modo più puntuale i suoi bisogni e le soluzioni a disposizione»: Fonderico, 2010, 459. Sul punto, cfr. anche Caranta, 2012, 479 ss.

⁷⁹ Cfr., recentemente, Cgue 29 marzo 2012, C-599/10, *SAG ELV Slovensko a.s.*, in cui è affermato che «l'articolo 55, Dir. 2004/18/CE osta alla posizione di un'amministrazione aggiudicatrice che consideri di non essere obbligata a chiedere al candidato chiarimenti su un prezzo anormalmente basso». Si ricorda che, ai sensi dell'art. 122, c. 9, del Codice degli appalti, per i lavori "sotto soglia" d'importo inferiore o pari a 1 milione di euro, quando il criterio di aggiudicazione è quello del prezzo più basso, la stazione appaltante può prevedere nel bando l'esclusione automatica dalla gara delle offerte che presentano una percentuale di ribasso pari o superiore alla soglia di anomalia individuata ai sensi dell'art. 86 del Codice degli Appalti; in tal caso non si applica l'art. 87, c. 1, relativo ai criteri di verifica delle offerte anormalmente basse (la facoltà di esclusione automatica non è esercitabile quando il numero delle offerte ammesse è inferiore a dieci). In merito, si rinvia a Paparo, 2010, 958 ss., e Varva, 2011d, 371.

⁸⁰ A controprova, si ricorda che l'art. 86, c. 3 *ter*, del Codice degli Appalti stabilisce che il costo della sicurezza «non può essere comunque soggetto a ribasso d'asta». L'art. 87, c. 4, del Codice degli Appalti specifica, invece, che «non sono ammesse giustificazioni in relazione agli oneri di sicurezza [...] In relazione a servizi e forniture, nella valutazione dell'anomalia la stazione appaltante tiene conto dei costi relativi alla sicurezza, che devono essere specificamente indicati nell'offerta e risultare congrui rispetto all'entità e alle

Codice degli Appalti faceva al «rispetto delle norme vigenti in tema di sicurezza e condizioni di lavoro», in riferimento alle ragioni che le imprese concorrenti in una gara d'appalto avrebbero potuto portare per giustificare un'offerta anormalmente bassa, è stato abrogato dall'art. 1, c. 909, lett. b, l. n. 296/2006; e così pure è stato abrogato dal d.l. n. 70/2011 (convertito dalla l. n. 106/2011) il riferimento che l'art. 87, c. 2, lett. g, del Codice degli Appalti faceva al «costo del lavoro»⁸¹.

Queste previsioni di legge appaiono significativamente distanti da quelle della disciplina europea che traspongono: l'art. 55, c. 1, lett. d, Dir. 2004/18/CE, infatti, stabilisce che «se, per un determinato appalto, talune offerte appaiono anormalmente basse rispetto alla prestazione, l'amministrazione aggiudicatrice, prima di poter respingere tali offerte, richiede per iscritto le precisazioni ritenute pertinenti in merito agli elementi costitutivi dell'offerta in questione»; e dette precisazioni «possono riguardare in particolare [...] il rispetto delle disposizioni relative alla protezione e alle condizioni di lavoro vigenti nel luogo in cui deve essere effettuata la prestazione». Peraltro, ai sensi dell'art. 27, par. 2, Dir. 2004/18/CE, agli offerenti o ai candidati in una procedura di aggiudicazione d'appalti l'amministrazione aggiudicatrice può chiedere, al momento della presentazione dell'offerta, di indicare di aver tenuto conto, in sede di preparazione della propria offerta, degli obblighi in materia di sicurezza e di condizioni di lavoro in vigore nel luogo in cui la prestazione deve essere effettuata.

È evidente la differente impostazione fra la disciplina europea e quella italiana: in quest'ultima è stato costruito un impianto teso ad escludere che le imprese possano addurre giustificazioni ad offerte anormalmente basse facendo riferimento al costo del lavoro (tendenzialmente) parametrato sui minimi di trattamento economico e normativo previsti nei contratti collettivi nazionali e/o territoriali vigenti (ma su questo aspetto, *infra*, par. 3.2)⁸².

Nella disciplina europea, invece, per le imprese aggiudicatriche è possibile giustificare un'offerta anormalmente bassa, anche facendo riferimento ai trattamenti salariali e normativi vigenti nello Stato membro, nella regione o nella località in cui deve essere effettuata la prestazione.

Peraltro, questa possibilità trova conferma in quanto stabilito dalla Corte di Giustizia, nella sentenza Cgce 27 novembre 2001, C-285/99 e C-286/99, *Impresa Lombardini S.p.A. e Impresa Ing. Mantovani S.p.A.*, in cui, ai punti 78-85, è stata affermata (con riferimento alle previsioni della direttiva 93/37/CE, del 14 giugno 1993, in materia di procedure di aggiudicazione di appalti di lavori pubblici)⁸³ «l'importanza del principio secondo cui, prima che l'amministrazione

caratteristiche dei servizi o delle forniture». Sulle differenze fra il disposto dell'art. 86, c. 3 *bis*, del Codice degli Appalti, e l'art. 87, c. 4, del medesimo Codice, cfr. Cons. Stato 9 ottobre 2013, n. 4964.

⁸¹ Il costo del lavoro indicato dalla disposizione ora richiamata era quello «determinato periodicamente in apposite tabelle dal Ministro del lavoro e delle politiche sociali, sulla base dei valori economici previsti dalla contrattazione collettiva stipulata dai sindacati comparativamente più rappresentativi, delle norme in materia previdenziale e assistenziale, dei diversi settori merceologici e delle differenti aree territoriali» (*supra*, nt. 73). Come ha ricordato la determinazione AVCP, 8 luglio 2009, n. 6, le ministeriali di definizione del costo del lavoro «sono redatte in base ai valori ricavabili dalla contrattazione collettiva dalle norme previdenziali ed assistenziali tenendo conto dei diversi settori merceologici delle differenti aree territoriali. Si tratta di valori "medi", che oltre alle voci salariali, previdenziali e assicurative minime inderogabili, contemplano altre voci [...] la cui entità è determinata in termini "statistici"».

⁸² Cfr. Fonderico, 2010, 509. Nessun dubbio di legittimità, invece, in merito alle giustificazioni alle offerte, ritenute anormalmente basse, che si basano su un costo del lavoro complessivamente inferiore, dovuto alla peculiare organizzazione del lavoro del (potenziale) appaltatore: cfr. Cons. Stato 3 Settembre 2013, n. 4398, relativo all'impiego, nella commessa, di dipendenti impiegati altrove, con lo sfruttamento di «economia di scala» (da intendersi «come abbattimento del costo attraverso l'uso ottimale di risorse già pagate *aliunde*»).

⁸³ Ma il ragionamento può senz'altro valere anche in riferimento alla successiva Dir. 2004/18/CE. Cfr. Fonderico, 2010, 508.

aggiudicatrice possa respingere un'offerta come anormalmente bassa, l'offerente deve poter far valere, utilmente e in contraddittorio, il suo punto di vista su ciascuno dei vari elementi di prezzo proposti». E «dato che, nella prospettiva dello sviluppo di una concorrenza effettiva nel settore degli appalti pubblici, è essenziale che questa facoltà sia la più ampia e completa possibile, l'offerente deve poter presentare a sostegno della sua offerta tutte le giustificazioni [...] che, tenuto conto della natura e delle caratteristiche dell'appalto di cui trattasi, ritiene utili, senza alcuna limitazione al riguardo».

Da ciò discende il principio per cui, nelle direttive europee relative alle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici, gli elenchi delle giustificazioni che possono essere presentate non devono essere considerati esaustivi, ma, piuttosto, devono essere ritenuti meramente esemplificativi di motivazioni che l'offerente può presentare al fine di dimostrare la serietà dei vari elementi di prezzo proposti: e, in proposito, si rinvengono proprio disposizioni che non autorizzano l'esclusione di taluni tipi di giustificazioni, quali quelle sui trattamenti salariali e normativi destinati ai lavoratori dipendenti dalle imprese appaltatrici⁸⁴.

Merita peraltro di essere sottolineato il fatto che, sebbene modificata nella lettera, anche nelle nuove proposte di direttiva è stata salvaguardata, per le imprese che partecipano ad un pubblico appalto, la possibilità di giustificare un'offerta anormalmente bassa, adducendo non più «il rispetto delle disposizioni relative alla protezione e alle condizioni di lavoro vigenti nel luogo in cui deve essere effettuata la prestazione», ma, piuttosto, «la conformità, perlomeno in forma equivalente, con gli obblighi stabiliti dalla legislazione dell'Unione in materia di diritto del lavoro e di previdenza sociale»⁸⁵.

3.1.2. La giustificazione delle offerte anormalmente basse, con riferimento ai minimi di trattamento economico dei lavoratori dipendenti

È possibile allora considerare compatibile con il dettato delle direttive europee il testo dell'art. 87 del Codice degli Appalti?

Si può rispondere a questo interrogativo in senso affermativo considerando esemplificativo e non esaustivo (in ossequio alla giurisprudenza europea) l'elenco delle giustificazioni che l'impresa può addurre per giustificare un'offerta anormalmente bassa, indicato dal vigente art. 87, c. 2, del Codice degli Appalti (in cui non figurano più, come sopra ricordato, il rispetto delle norme vigenti in

⁸⁴ Cfr. ampiamente Fonderico, 2010, 508-510.

⁸⁵ Art. 69, par. 3, lett. d, COM(2011) 896 def. In merito, si segnala che la proposta di direttiva europea sugli appalti COM(2011) 896 def. è giunta in discussione al Parlamento Europeo nel mese di dicembre 2012. Il testo uscito dal voto del Comitato parlamentare per il mercato interno (IMCO) ha riformulato l'art. 69, stabilendo che le imprese che partecipano ad un appalto pubblico possono giustificare un'offerta anormalmente bassa adducendo la conformità con le disposizioni, tese alla tutela dei lavoratori vigenti nel luogo in cui deve essere effettuata la prestazione, indicate: dalle convenzioni internazionali allegata all'allegato XI alla proposta di direttiva; dalle direttive europee e dalle leggi nazionali; dai contratti collettivi, stipulati in conformità e nel rispetto dei limiti rispetto del diritto dell'Unione Europea (*infra*, par. 3.2.2.). L'art. 69, è stato riformulato nuovamente e nella versione contemplata nel *final compromise text* del 12 luglio 2013, dispone che «*contracting authorities shall require economic operators to explain the price or costs proposed in the tender where tenders appear to be abnormally low in relation to the works, supplies or services. The explanations referred to in paragraph 1 may in particular relate to: [...] compliance with obligations referred to in Art. 15, par. 2*». E all'art. 15, par. 2, è sancito che «*Member States shall take appropriate measures to ensure that in the performance of public contracts economic operators comply with applicable obligations in the fields of [...] social and labour law established by Union law, national law, collective agreements or by the international [...] social and labour law provisions listed in Annex XI*».

tema di sicurezza del lavoro ed il costo del lavoro); in altri termini, per rispondere in senso affermativo occorre affermare che l'inammissibilità di giustificazioni relative ai trattamenti salariali minimi inderogabili stabiliti dalla legge o da fonti autorizzate dalla legge, di cui all'art. 87, c. 3, non può essere intesa, in caso di offerta anormalmente bassa, «come divieto di instaurare il contraddittorio per verificare se quegli stessi minimi siano stati rispettati»⁸⁶.

Questa opzione interpretativa, peraltro, si incanala nel solco di quella copiosa giurisprudenza del Consiglio di Stato, che, in più occasioni (sia in riferimento all'impianto della normativa antecedente l'emanazione del Codice degli Appalti, sia in riferimento all'attuale impianto del Codice⁸⁷), ha affermato che l'esclusione automatica di un'impresa da una gara, la cui offerta sia stata formulata in modo difforme rispetto al mero costo complessivo della manodopera, calcolato sui minimi tabellari ministeriali ovvero indicati dalla contrattazione collettiva, è contrastante con i principi di diritto europeo in vista dello sviluppo di un'effettiva concorrenza nel settore degli appalti pubblici. Il concorrente deve poter far valere, utilmente e in contraddittorio, il suo punto di vista su ciascuno dei vari elementi di prezzo proposti, prima che l'amministrazione possa respingere un'offerta perché ritenuta anormalmente bassa: non può dunque essere considerata legittima l'aprioristica inammissibilità di qualsiasi tipo di giustificazione in merito allo scostamento fra costo del lavoro indicato in offerta e costo del lavoro complessivo calcolato sui minimi previsti dalla contrattazione collettiva o dalle tabelle ministeriali⁸⁸.

È proprio sulla base di questi principi che si è sviluppata una copiosa giurisprudenza, in cui è stata ritenuta illegittima l'esclusione dalle gare di appalto di imprese che avevano presentato offerte contraddistinte da un costo complessivo della manodopera inferiore rispetto a quello calcolato sui minimi previsti dai contratti collettivi di riferimento (o contemplati nelle tabelle ministeriali di determinazione del costo del lavoro), dal momento che quelle medesime imprese (a mero titolo esemplificativo):

a) potevano fruire di particolari sgravi contributivi e fiscali⁸⁹;

⁸⁶ Fonderico, 2010, 508-510. Cfr. anche Caranta, 2012, 502. In TAR Toscana 28 gennaio 2013, n. 133, si afferma esplicitamente che «l'esclusione in via automatica di un'offerta a causa del superamento del costo della manodopera come stimato dalla stazione appaltante, senza possibilità che il singolo operatore economico giustifichi in concreto le ragioni dello scostamento, è da ritenere in contrasto con il diritto comunitario e deve conseguentemente essere disapplicata dal giudice nazionale», per contrasto con il disposto di cui all'art. 55, Dir. n. 2004/18/CE.

⁸⁷ Fra le molte pronunce, riguardanti la disciplina antecedente l'emanazione del Codice degli Appalti, cfr. per tutte Cons. Stato 11 ottobre 2002, n. 5497. Dopo l'entrata in vigore del Codice degli Appalti, cfr. Cons. Stato 7 ottobre 2008, n. 4847; Cons. Stato 7 marzo 2011, n. 1419; Cons. Stato 18 Febbraio 2013, n. 973 (ove è stato stabilito che il giudizio di anomalia dell'offerta per l'aggiudicazione di una gara d'appalto, con riferimento al costo della manodopera, presuppone necessariamente l'esame dell'offerta stessa nella globalità del servizio appaltato, e non su singole parti di esso).

⁸⁸ Nel parere AVCP, 15 gennaio 2009, n. 40, è stato affermato che i dati risultanti dalle tabelle ministeriali di determinazione del costo del lavoro «non costituiscono parametri inderogabili, ma si configurano quali indici del giudizio di adeguatezza del valore economico dell'appalto». Un eventuale scostamento dai predetti minimi «non può costituire *ex se* motivo di esclusione automatica di queste ultime, ma impone alla stazione appaltante di richiedere all'offerente le pertinenti giustificazioni in merito ai relativi elementi costitutivi delle offerte stesse». Cfr., analogamente, la determinazione AVCP n. 6/2009. In giurisprudenza, *ex multis*, cfr. Cons. Stato 2 settembre 2011, n. 3865; Cons. Stato 28 maggio 2012, n. 3134; Cons. Stato 14 giugno 2013, n. 3314; Cons. Stato 4 settembre 2013, n. 4431.

⁸⁹ Cfr. Cons. Stato 20 aprile 2009, n. 2364, secondo cui «in base ai principi comunitari i concorrenti devono avere la possibilità di allegare e dimostrare qualunque circostanza che, in relazione allo specifico contratto [...] permetta la riduzione dei costi, dal momento che il costo del lavoro è suscettibile di oscillazioni in rapporto ai benefici contributivi e fiscali di cui l'impresa (nel caso di specie, una cooperativa sociale: *n.d.r.*) può usufruire». Ne consegue che le tabelle ministeriali non possono assumere «il valore di un parametro

- b) applicavano accordi integrativi, che permettevano una riduzione del costo del lavoro⁹⁰;
- c) avevano una parte cospicua della forza lavoro impiegata con legittimi contratti di lavoro a progetto e non di lavoro dipendente⁹¹.

Al contrario, è stata ritenuta legittima l'esclusione dalle gare d'appalto di imprese cooperative, che avevano determinato il costo del lavoro non basandosi sui parametri previsti dai contratti collettivi sottoscritti dalle organizzazioni datoriali e sindacali comparativamente più rappresentative a livello nazionale nella categoria, ma da altre organizzazioni sindacali, con ciò contravvenendo al disposto dell'art. 7, c. 4, l. 28 febbraio 2008, n. 31⁹².

assoluto ed inderogabile, assolvendo unicamente ad una funzione indicativa e, pertanto, trascurabile in presenza di convincenti giustificazioni dell'offerente». In proposito, cfr. anche TAR Lazio 14 febbraio 2013, n. 1648. Cons. Stato 21 maggio 2009, n. 3143, tuttavia, ha avuto modo di precisare che le giustificazioni basate sui benefici fiscali di cui può godere l'impresa (con particolare riferimento all'imposta sul reddito ed a quella sulle attività produttive) non possono essere ricondotte alla complessiva posizione fiscale dell'impresa, ma devono riguardare il costo delle singole commesse, «atteso che si tratta di oneri che vanno distribuiti necessariamente sulle singole commesse, trovando copertura mediante le entrate di ciascuna commessa». Il fatto che la connessione fra costo del lavoro ed (eventuali) benefici fiscali e contributivi di cui un'impresa può godere deve essere rapportato alla singola commessa e non alla situazione complessiva del soggetto appaltante emerge anche in TAR Umbria 26 gennaio 2007, n. 45. Nello specifico, infatti, un'impresa esclusa da una gara d'appalto aveva affermato «che le agevolazioni derivanti dalla natura di cooperativa sociale, formata quindi per almeno il trenta per cento da soggetti svantaggiati consentirebbero di per sé una riduzione del costo del lavoro»; l'assunto, secondo il giudice amministrativo, però, non poteva essere condiviso, «perché è l'effettiva utilizzazione nel servizio dei soggetti svantaggiati, quindi un elemento relativo, specifico alla prestazione da espletare, che consente di abbassare i costi, non anche, in assoluto, la natura della cooperativa concorrente all'affidamento del servizio stesso». Interessanti considerazioni sull'impatto delle agevolazioni previste per le cooperative sociali di tipo b) sulla valutazione del costo del lavoro in sede di offerta si trovano in Cons. Stato 23 giugno 2011, n. 3807. Sulla legittimità delle giustificazioni alle offerte anormalmente basse, relative all'utilizzo di sgravi contributivi, ai sensi della l. 29 dicembre 1990, n. 407, cfr. TAR Campania 10 settembre 2013, n. 4212.

⁹⁰ Cons. Stato 13 febbraio 2009, n. 784, ove è stato messo in luce che, in sede di verifica dell'anomalia dell'offerta, l'impresa esclusa ha giustificato il prezzo particolarmente basso tramite l'applicazione, al personale impiegato nel servizio, di un accordo integrativo al contratto collettivo nazionale relativo alle cd. "attività discontinue", per cui il compenso complessivo per i dipendenti poteva essere conteggiato su 45 ore settimanali di lavoro, anziché su 40. Su questa pronuncia, ampiamente Varva, 2011d, 373. Interessante, in proposito, appare anche TRGA Trento 17 aprile 2013, n. 123, in cui è stato stabilito che un eventuale contratto collettivo aziendale derogatorio, che consenta una riduzione del costo del lavoro all'interno dell'impresa che lo applichi, debba essere stato stipulato in data anteriore alla presentazione dell'offerta, dal momento che l'effettiva sottoscrizione non è nella disponibilità dell'impresa medesima, «essendo evidentemente condizionato alla condivisione della controparte sindacale, la cui volontà in merito non può certamente essere data per acquisita, prima che sia manifestata». Si segnala che, ad oggi (a quanto consta), né i TAR, né il Cons. Stato siano stati ancora chiamati a pronunciarsi sulla legittimità di offerte "particolarmente basse", con riguardo al costo del lavoro, formulate sulla base di accordi collettivi stipulati ex art. 8, l. 14 settembre 2011, n. 148.

⁹¹ Cons. Stato 25 novembre 2010, n. 8229, secondo cui è da ritenersi illegittimo escludere da una gara di appalto per asserita anomalia di offerta un'impresa che corrisponda ai lavoratori a progetto un compenso inferiore ai minimi del contratto collettivo previsti per il lavoro subordinato. In merito, cfr. Inglese, 2011, 243 ss.

⁹² Cons. Stato 28 maggio 2012, n. 521. In generale, sull'art. 7, c. 4, l. n. 31/2008, cfr. Imberti, 2012, 187 ss. Per quanto riguarda le cooperative appare dubbio se possa essere addotto a giustificazione di un'offerta contraddistinta da un costo della manodopera inferiore a quello previsto dai contratti collettivi di riferimento lo stato di crisi, che legittima, ai sensi dell'art. 6, c. 1, lett. e, l. n. 142/2001, l'adozione di un piano aziendale (su cui Costantini, 2010, 299 ss.), che può contemplare la riduzione dei trattamenti economici e retributivi destinati ai soci lavoratori, in deroga ai minimi previsti nei contratti collettivi applicati (ma non la deroga al minimale contributivo giornaliero di cui all'art. 1, c. 2, d.l. 9 ottobre 1989, n. 338: cfr. interpello Ministero del Lavoro e della Previdenza Sociale 5 giugno 2009, n. 48) e/o la sospensione del rapporto di lavoro con i soci lavoratori (cfr. interpello Ministero del Lavoro e della Previdenza Sociale 24 gennaio 2013, n. 1). Come abbiamo visto in precedenza (*supra*, nt. 46), infatti, l'art. 38 del Codice degli appalti sancisce l'esclusione dalla partecipazione alle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti di lavori, forniture e servizi, i soggetti che si trovano in stato di fallimento, di liquidazione coatta, di concordato preventivo, o nei cui riguardi sia in corso un procedimento per la dichiarazione di una di tali situazioni. Lo stato di crisi, tuttavia, può anche non coincidere con alcuna delle ipotesi di cui all'art. 38 del Codice degli Appalti e, perciò, qualora non si ricada in nessuna delle fattispecie contemplate nella disposizione in ultimo citata, potrebbe essere ritenuta legittima l'offerta presentata da una cooperativa che stia adottando al suo interno un piano aziendale per fronteggiare la crisi (anche se è di tutta evidenza che l'offerta presentata da un soggetto che si dichiara in "stato di crisi" sia di per sé poco appetibile agli occhi del soggetto appaltante).

Il costo del lavoro, tuttavia, sembra dover essere considerato un parametro rigido ed anelastico quando la stazione appaltante abbia assunto come criterio di aggiudicazione quello del prezzo più basso. L'art. 82, c. 3 *bis*, del Codice degli Appalti, introdotto dall'art. 32, c. 7 *bis*, l. 9 agosto 2013, n. 98, dispone che «il prezzo più basso è determinato al netto delle spese relative al costo del personale, valutato sulla base dei minimi salariali definiti dalla contrattazione collettiva nazionale di settore tra le organizzazioni sindacali dei lavoratori e le organizzazioni dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, delle voci retributive previste dalla contrattazione integrativa di secondo livello e delle misure di adempimento alle disposizioni in materia di salute e sicurezza nei luoghi di lavoro».

Il legislatore, con questa disposizione, ha imposto la salvaguardia del valore del costo del personale (da intendersi comprensivo degli oneri sociali e contributivi), quale costo non negoziabile e, perciò, sottratto alla disponibilità delle imprese in sede di gara ed alle strategie concorrenziali. Tale previsione di legge, tuttavia, appare di difficile armonizzazione con il quadro sopra ricostruito (oltre che di difficile applicazione)⁹³.

La difficoltà di conformare il vigente art. 82, c. 3 *bis*, del Codice degli Appalti alla possibilità di ammettere giustificazioni relative ai trattamenti economici minimi inderogabili stabiliti dalla legge o da fonti autorizzate dalla legge è acuita dal fatto che una disposizione dall'identica formulazione era già contemplata nell'impianto nel Codice degli Appalti, all'art. 81, c. 3 *bis* (disposizione che ha avuto breve vita⁹⁴), ma era stata interpretata nel senso che le offerte dei concorrenti (ed in particolare quella del concorrente risultato aggiudicatario) non potevano essere basate sul mancato rispetto dei livelli e dei minimi contrattuali del personale (come già prevede l'art. 87, c. 3, del Codice) e l'eventuale ribasso poteva essere giustificato soltanto da specificità proprie dell'organizzazione imprenditoriale⁹⁵.

Tale interpretazione, tuttavia, non appare ora più riproponibile, considerato che la disposizione non è stata innestata in una disposizione dal carattere generale, come era accaduto con l'art. 81 del Codice degli Appalti (o poteva avvenire con l'inserimento all'interno dell'art. 87, relativo ai criteri di valutazione delle offerte anormalmente basse): la disposizione, invece, è stata inserita nella disciplina delle gare in cui il criterio di aggiudicazione è quello del prezzo più basso ed è evidente che lo scopo del legislatore sia quello di porre uno stringente vincolo legislativo al

⁹³ Cfr. Tomasini, 2013, 1256, il quale afferma che la complessità applicativa di tale disposizione (dovuta a diversi fattori: anzitutto, la determinazione in modo parametrico dei costi del lavoro richiede a monte la definizione di costi standardizzati, differenziati per tipologie di opere; in secondo luogo, le stazioni appaltanti devono entrare a conoscenza di informazioni estremamente difficoltose da reperire quali quelle relative al contratto di integrativo di secondo livello, vista e considerata anche l'esperienza della contrattazione "in deroga" di cui all'art. 8, l. n. 148/2011, di cui alla precedente nt. 90), «potrebbe in molti casi indurre ad una sua disapplicazione».

⁹⁴ L'art. 81, c. 3 *bis*, del Codice degli Appalti introdotto dall'art. 4, c. 2, lett. i *bis*, l. n. 106/2011, che ha convertito con modifiche il d.l. n. 70/2011, è stato abrogato dall'art. 44, c. 2, d.l. 6 dicembre 2011, n. 201, convertito dalla l. 22 dicembre 2011, n. 214: Romoli, 2013, 1163 ss.

⁹⁵ Cfr. parere AVCP, 4 aprile 2012, n. 17. Sempre l'AVCP (audizione 29 settembre 2011) aveva sottolineato che era particolarmente difficile interpretare l'art. 81, c. 3 *bis*, del Codice degli Appalti, nel senso che le stazioni appaltanti, oltre a tenere adeguatamente in conto i minimi di trattamento economico in fase di predisposizione della gara, ex art. 86, c. 3 *bis*, del Codice degli appalti avrebbero dovuto determinare *ex ante* nel bando di gara l'importo del costo del lavoro. Non appariva chiaro, infatti, se per "costo del personale" dovesse intendersi il costo complessivo (interpretazione più coerente con il testo complessivo della disposizione) ovvero il costo unitario della manodopera: se il costo unitario del lavoro può essere determinato anche in modo aprioristico, non così il costo complessivo, che dipende dal tempo di impiego del personale, dalla natura della prestazione e dalla organizzazione e dalle specificità dell'impresa. Peraltro, analoghe problematiche (oltre a quelle di cui alla nt. precedente) si ripropongono per il vigente art. 82, c. 3 *bis*, del Codice degli Appalti.

frequente eccessivo ribasso delle offerte formulate dagli operatori economici nelle procedure aggiudicate con il criterio del prezzo più basso, con rischi più accentuati di violazioni di regolarità nella gestione del personale sia in termini di giusto trattamento economico e previdenziale sia, in alcuni casi, in termini di sfruttamento eccessivo delle maestranze.

Appare, dunque, dubbia la legittimità dell'art. 82, c. 3 *bis*, del Codice degli Appalti rispetto al principio più generale (di derivazione europea) che può consentire che i partecipanti alle gare possano presentare giustificazioni relative ai trattamenti economici minimi inderogabili stabiliti dalla legge o da fonti autorizzate dalla legge.

3.2. Le norme a tutela delle condizioni di lavoro, le “clausole sociali” e la concorrenza “all’interno del mercato”

Come abbiamo appena avuto modo di vedere, nella fase di definizione dei requisiti dell'appalto ed in quella di selezione dei fornitori e dei prestatori di beni e servizi di una stazione appaltante, sia la legislazione europea, sia quella italiana sugli appalti presentano disposizioni finalizzate ad impedire agli enti pubblici di aggiudicare appalti ad offerenti che non raggiungano determinati *standards* di comportamento sociale⁹⁶.

Scopo della legislazione, in altri termini, è quello di garantire la *par condicio* fra una pluralità di offerenti, evitando che un soggetto, in una procedura di gara, possa risultare avvantaggiato rispetto ad altri competitori avvalendosi del mancato rispetto della normativa lavoristica. In particolare, nel caso delle ipotesi di estromissione dalle gare d'appalto e di esclusione delle offerte anormalmente basse, è evidente che la volontà del legislatore (europeo ed italiano) sia quella di limitare la concorrenza fra le imprese, sottraendo loro la possibilità di competere sul terreno del costo del lavoro. In entrambe le ipotesi, dunque, vi è una restrizione della concorrenza “all’interno del mercato”, nel senso che la disciplina europea e quella italiana pongono dei limiti all'estensione del mercato degli appalti pubblici, predeterminando regole in merito al trattamento dei lavoratori, sottratte alla competizione fra gli operatori e valide per tutti nella stessa misura.

La medesima funzione di restrizione della concorrenza “all’interno del mercato” è riconosciuta anche a quelle clausole sociali, poste a tutela delle condizioni di lavoro dei dipendenti degli appaltatori e dei concessionari di opere e servizi pubblici nella fase di esecuzione dell'appalto⁹⁷: il riferimento è all'art. 36, l. 20 maggio 1970, n. 300, e all'art. 118, c. 6, del Codice degli Appalti, che, sebbene simili nella formulazione, non si sovrappongono.

L'art. 36, l. n. 300/1970, che implementa quanto già disposto dall'art. 2, Convenzione OIL n. 94/1949, “*Labour clauses (public contracts) convention*”⁹⁸ (ratificata dalla l. 2 agosto 1952, n. 1305)⁹⁹, impone agli enti pubblici diversi dallo Stato l'obbligo d'inserire nei capitolati d'appalto

⁹⁶ Cfr. Commissione europea, *Acquisti sociali*, 7; 21.

⁹⁷ Cfr. Scarpelli, 2006a, 772.

⁹⁸ Ove è previsto che nei bandi per l'assegnazione di appalti e concessioni pubblici, devono essere contenute «clausole che garantiscano ai lavoratori interessati salari (includere le indennità) durata di lavoro e altre condizioni di lavoro non meno favorevoli di quelle stabilite per un lavoro dello stesso genere nella professione o nell'industria interessate della stessa regione».

⁹⁹ Nella legislazione italiana (come nella legislazione di altri paesi europei: cfr. Balandi, 1973, 698 ss.) disposizioni riconducibili alla nozione di “clausola sociale” erano diffuse già prima dell'emanazione della Convenzione OIL n. 94/1949: cfr. Carnelutti, 1909, 416 ss.; Napoletano, 1953, 267 ss.

per l'esecuzione delle opere pubbliche la clausola determinante l'onere per l'appaltatore «di applicare o far applicare nei confronti dei lavoratori dipendenti condizioni non inferiori a quelle risultanti dai contratti collettivi di lavoro della categoria e della zona»¹⁰⁰. Questa previsione normativa si rivolge sia alla stazione appaltante, che è gravata dell'obbligo di inserire nel bando di gara disposizioni che garantiscano ai lavoratori¹⁰¹ il rispetto, da parte dei soggetti appaltatori, di condizioni di lavoro non inferiori a quelle risultanti dai contratti collettivi di lavoro della categoria e della zona¹⁰²; sia ai soggetti che si sono aggiudicati la gara ad evidenza pubblica, che quelle condizioni di lavoro devono garantire¹⁰³.

L'art. 36, l. n. 300/1970, secondo la dottrina, rappresenta un campione significativo di quelle tecniche di «regolazione dei comportamenti economici», che mirano «al condizionamento della logica "naturale" di mercato, e in particolare della logica concorrenziale», sottraendo dal terreno di confronto aspetti relativi al trattamento economico e normativo spettanti ai dipendenti degli appaltatori (e degli eventuali subappaltatori)¹⁰⁴. Proprio la funzione di restrizione della concorrenza "all'interno del mercato" svolta dall'art. 36, l. n. 300/1970, emerge chiaramente dalla sentenza della Corte Costituzionale 19 giugno 1998, n. 226¹⁰⁵, con cui questa disposizione è stata dichiarata incostituzionale per contrasto con l'art. 3, c. 1, Cost., nella parte in cui l'obbligatorietà delle clausole di equo trattamento, contemplata nella disciplina dei contratti relativi all'assegnazione degli appalti pubblici, non era estesa anche a quella dei contratti aventi ad oggetto la concessione di pubblici servizi. Nella sentenza ora ricordata, la Corte Costituzionale ha indicato chiaramente che la clausola sociale, rappresentata dall'art. 36, l. n. 300/1970, è funzionale alla scelta del contraente secondo i principi della concorrenza fra imprenditori e della parità di trattamento dei concorrenti nella gara¹⁰⁶. In sostanza, le imprese che partecipano ad una gara per un appalto pubblico ovvero per la concessione di un pubblico servizio possono liberamente concorrere, ma non possono utilizzare come fattore competitivo il trattamento economico e normativo destinato ai lavoratori, che deve essere pari al minimo previsto dai contratti collettivi di lavoro e che, pertanto, rappresenta un limite inderogabile nell'elaborazione delle strategie competitive¹⁰⁷.

La presenza di tale limite si ricollega, da una parte, alle finalità essenziali dell'ente pubblico, che gli impongono di essere il *model employer*¹⁰⁸ e, dall'altra parte, all'esigenza del soggetto pubblico

¹⁰⁰ L'art. 36, l. n. 300/1970, impone il medesimo obbligo anche per i bandi relativi alla «concessione di benefici accordati ai sensi delle vigenti leggi»: cfr. Romeo, 1983, 254 ss.; Tullini, 1990, 33 ss. (già citati in nt. 17).

¹⁰¹ Sulla natura delle clausole, che la maggioranza della dottrina riconduce alla fattispecie del contratto con clausola a favore di terzi, indeterminati ma determinabili, per tutti, cfr. Centofanti, 1975, 1224 ss. Sulla mancata inserzione delle clausole sociali nelle fonti negoziali o provvedimentali ed il loro possibile inserimento in virtù dell'art. 1339 c.c., cfr. Centofanti, 1975, 1218-1219; Bortone, 1979, 649; Vincenti, 2010, 914.

¹⁰² In dottrina, è dibattuto se le condizioni di lavoro previste nei contratti collettivi da prendere in considerazione ai fini del rispetto dell'art. 36, l. n. 300/1970, siano quelle retributive e normative (Ghera, 2001, 136), ovvero se sia sufficiente il rispetto dei soli contenuti retributivi (Ichino, 2000, 213): *infra*, nt. 145.

¹⁰³ La letteratura sull'art. 36, l. n. 300/1970, è imponente, considerate le molteplici problematiche che presenta l'interpretazione di questa disposizione: sugli ulteriori aspetti problematici non presi in considerazione nelle note precedenti, cfr. senza alcuna presunzione di completezza Assanti, 1972, 419 ss.; Centofanti, 1975, 1194 ss., e Bortone, 1979, 646 ss.; più recentemente, Vincenti, 1999, 429 ss., nonché Faleri, 2009, 859 ss., e Luciani V., 2010, 909 ss.

¹⁰⁴ Scarpelli, 2006a, 757.

¹⁰⁵ In *Giur. Cost.*, 1998, 2426.

¹⁰⁶ Cfr. Maresca, 2001, 38.

¹⁰⁷ Sul punto, sia consentito il rinvio a Costantini, 2011, 216 ss.

¹⁰⁸ Cfr. Carnelutti, 1909, 416.

di selezionare le imprese contraenti, contrastando forme di concorrenza sleale ed evitando che siano avvantaggiate, con il concorso dello Stato ed in violazione dell'obbligo di buon andamento della pubblica amministrazione, le imprese che non garantiscono ai lavoratori trattamenti economici e normativi minimi (e, perciò, dignitosi)¹⁰⁹.

A differenza dell'art. 36, l. n. 300/1970, l'art. 118, c. 6, del Codice degli Appalti sancisce che «l'affidatario è tenuto ad osservare integralmente il trattamento economico e normativo stabilito dai contratti collettivi nazionale e territoriale in vigore per il settore e per la zona nella quale si eseguono le prestazioni»¹¹⁰. Dunque, questa disposizione, che riproduce i contenuti dell'oggi abrogato art. 18, l. 19 marzo 1990, n. 55¹¹¹, e si può ricondurre ai principi sanciti all'art. 26, Dir. 2004/18/CE¹¹², impone direttamente in capo al soggetto appaltatore l'obbligo di applicare integralmente il trattamento economico e normativo stabilito dai contratti collettivi nazionale e territoriale in vigore per il settore e per la zona nella quale si eseguono le prestazioni¹¹³.

La formulazione dell'art. 118, c. 6, del Codice degli Appalti può dar luogo ad alcuni problemi applicativi, di cui il più rilevante è quello del coordinamento con le altre disposizioni del Codice degli Appalti: in particolare, appare stretto il legame fra l'art. 118, c. 6, e l'art. 87, c. 3, del Codice degli Appalti, ai cui sensi, come già rilevato in precedenza, non sono ammesse giustificazioni in relazione a trattamenti salariali minimi inderogabili stabiliti dalla legge o da fonti autorizzate dalla legge nella valutazione delle offerte anormalmente basse. Sono significative, in merito, le pronunce del giudice amministrativo che hanno portato all'esclusione del concorrente da una gara, in quanto questi, nella determinazione del costo del lavoro, non aveva preso a riferimento il contratto collettivo previsto per la specifica attività dedotta nell'appalto, disattendendo la previsione dell'art. 2070 cod. civ.¹¹⁴, e, soprattutto, non aveva dato prova della sufficienza e della proporzionalità del livello retributivo previsto nel diverso contratto collettivo cui voleva vincolarsi¹¹⁵.

¹⁰⁹ Cfr. Ghera, 2001, 137. In senso contrario, cfr. Pera, 1998, 2427, secondo cui le clausole sociali troverebbero giustificazione soltanto nella volontà, da parte dell'ente pubblico, di evitare l'insorgere di conflitti collettivi tali da rallentare il compimento di un'opera pubblica ovvero l'erogazione di un servizio pubblico. In particolare, la *ratio* delle clausole sociali non potrebbe essere individuata nella volontà, da parte del soggetto pubblico di promuovere la «parità di trattamento tra gli imprenditori concorrenti alla gara», perché le pubbliche amministrazioni potrebbero avere interesse «a stipulare l'appalto con imprese praticanti trattamenti inferiori rispetto a quelli sindacalmente previsti», questo consentendo alle medesime amministrazioni di chiudere i contratti a condizioni più favorevoli.

¹¹⁰ La disposizione prevede altresì che l'affidatario sia responsabile in solido dell'osservanza del trattamento economico e normativo stabilito dai contratti collettivi nazionale e territoriale in vigore per il settore e per la zona nella quale si eseguono le prestazioni da parte dei subappaltatori nei confronti dei loro dipendenti per le prestazioni rese nell'ambito del subappalto». In questa ricerca non ci si soffermerà su questa previsione dell'art. 118, c. 6, del Codice degli Appalti. In generale, sul problema della responsabilità solidale all'interno degli appalti pubblici, cfr. Varva, 2011e, 387 ss.; Bricchi, Ferrante, 2012, 480 ss.; Maiellaro, 2013, 277 ss.

¹¹¹ Cfr. Scarpelli, 2006, 772; Varva, 2011a, 341.

¹¹² Ove è stabilito che «le amministrazioni aggiudicatrici possono esigere condizioni particolari in merito all'esecuzione dell'appalto purché siano compatibili con il diritto comunitario e siano precisate nel bando di gara o nel capitolato d'oneri. Le condizioni di esecuzione di un appalto possono basarsi in particolare su considerazioni sociali e ambientali». Si sottolinea che l'art. 118 del Codice degli Appalti è dedicato al subappalto, come peraltro, la disposizione che traspone nell'ordinamento italiano: l'art. 25 Dir. 2004/18/CE.

¹¹³ Cfr. Alvino, 2010, 281.

¹¹⁴ Come noto, l'art. 2070 cod. civ. non è applicabile, in via generale, ai contratti collettivi di diritto comune (cfr. Cass. Sez. Un. 26 marzo 1997, n. 2665, in *Giust. Civ.*, 1997, 1199). Permangono (angusti) spazi di applicazione residuale proprio nella disciplina delle clausole sociali, ove all'art. 2070 cod. civ. è riconosciuta la funzione di individuare il contratto collettivo di categoria cui l'art. 36, l. n. 300/1970, e l'art. 118, c. 6, del Codice degli Appalti rinviano: cfr. Bellavista, 1999, 462 ss.; Ballestrero, 2012, 258. In presenza di una pluralità di contratti collettivi per il medesimo settore merceologico, l'art. 4, c. 1, d.P.R. n. 207/2010, identifica nei contratti stipulati dalle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative i contratti collettivi di cui all'art. 118, c. 6, del Codice degli Appalti.

¹¹⁵ Cfr. Cons. Stato 30 marzo 2010, n. 1813 (in merito, cfr. le osservazioni critiche di Bellomo, 2010, 57 ss.) e Cons. Stato 18 agosto 2010, n. 5820.

Come evidente, la formulazione dell'art. 118, c. 6, del Codice degli Appalti ed il suo collegamento con l'art. 87, c. 3, del medesimo Codice pongono problemi di legittimità costituzionale rispetto ai principi di libertà sindacale di cui all'art. 39 Cost. e di libertà di concorrenza di cui all'art. 41 Cost.

Infatti, la disposizione in esame non richiede, a differenza dell'art. 36, l. n. 300/1970, che siano applicate (o fatte applicare) nei confronti dei lavoratori dipendenti dagli appaltatori condizioni non inferiori a quelle risultanti dai contratti collettivi di lavoro della categoria e della zona, ma impone direttamente l'applicazione di un ben determinato contratto collettivo: quello in vigore per il settore e per la zona nella quale si eseguono le prestazioni. L'art. 118, c. 6, del Codice degli Appalti appare allora di dubbia legittimità rispetto ai principi «della libertà sindacale negativa e della libertà di scelta del contratto collettivo»¹¹⁶ ed al principio di libertà di concorrenza, in quanto finisce per sottrarre, ai partecipanti alla gara, un fattore competitivo, quale può essere il costo del lavoro determinato sulla base di un contratto collettivo legittimamente applicato dall'(aspirante) appaltante¹¹⁷.

Al fine di fugare i dubbi di legittimità costituzionale dell'art. 118, c. 6, del Codice degli Appalti, in dottrina, è stato affermato che questa disposizione non comprime la libertà dell'imprenditore, né dal punto di vista del diritto sindacale, né dal punto di vista della libertà d'iniziativa economica: l'impresa, infatti, può «scegliere se partecipare o meno alle procedure selettive: è insomma il soggetto che decide di vincolarsi al rispetto delle previsioni collettive». La disposizione in esame, perciò, non sarebbe configurabile quale gergo per la libertà sindacale e per la libertà di concorrenza, «ma piuttosto quale condizione per l'accesso al mercato degli appalti pubblici»¹¹⁸.

3.2.1. Le "clausole sociali" e la concorrenza "nell'accesso al mercato"

La tesi appena descritta non convince pienamente. Infatti, l'art. 118, c. 6, del Codice degli Appalti si può ritenere compatibile (così come l'art. 36, l. n. 300/1970) con il principio di libera concorrenza "all'interno del mercato" (in virtù delle medesime argomentazioni – sopra richiamate – sviluppate nella sentenza Corte Cost. n. 226/1998), ma non appare compatibile con la nozione di libertà di concorrenza "nell'accesso al mercato" (al pari dell'art. 36, l. n. 300/1970). Come precisato in precedenza (*supra*, par. 2), l'esplicarsi del principio di libera concorrenza implica che le imprese possano concorrere in una situazione di parità di condizioni (che la normativa posta a tutela del lavoro dipendente e, in particolare, quella a condizioni di trattamento economico e normativo minimo, tende ad assicurare) ma, al contempo, non può prescindere dall'apertura dei mercati, e ciò comporta l'eliminazione delle barriere all'entrata e la riduzione dei vincoli al libero esplicarsi della competizione.

Diviene allora necessario valutare la legittimità delle clausole sociali inserite nei bandi per l'assegnazione degli appalti e delle concessioni pubblici, nell'ottica dell'apertura dei mercati e della possibilità di accesso a questi, non soltanto per le imprese stabilite sul territorio nazionale, ma

¹¹⁶ Bellomo, 2010, 56. Analogamente, cfr. Scarpelli, 2006a, 772; Alvino, 2010, 282. Secondo la giurisprudenza maggioritaria, l'art. 36, l. n. 300/1970, è pienamente compatibile con il principio di libertà sindacale di cui all'art. 39 Cost., in quanto configura soltanto un meccanismo di rinvio *per relationem* degli accordi collettivi, con l'assunzione di questi ultimi alla stregua di meri parametri di riferimento per la determinazione di un trattamento economico-normativo minimo: ampi riferimenti in Ghera, 2001.

¹¹⁷ Cfr. Bellomo, 2010, 57.

¹¹⁸ Le citazioni di questo capoverso sono tratte da Varva, 2011a, 342.

anche sul territorio degli altri Stati membri. Se si adotta quest'ottica, non è possibile prescindere dai principi che emergono dalla nota sentenza Cgce 3 aprile 2008, C-346/2006, *Dirk Rüffert*¹¹⁹, in cui è stata sancita l'illegittimità di una clausola sociale contemplata nella legislazione tedesca (del tutto simile a quella contemplata all'art. 36, l. n. 300/1970) con la direttiva 1996/71/CE, del 16 dicembre 1996, in relazione al distacco dei lavoratori nell'ambito di un appalto transnazionale di servizi, interpretata alla luce del principio della libera prestazione di servizi, di cui all'art. 49 Tce (ora art. 56 Tfeue).

La Corte di Giustizia parte dal presupposto secondo cui il principio di libera circolazione dei servizi comporta necessariamente sia l'eliminazione di qualsiasi discriminazione nei confronti del prestatore di servizi a causa della sua nazionalità, sia la soppressione di qualsiasi restrizione che, seppur applicabile indistintamente ai prestatori nazionali ed a quelli degli altri Paesi membri, sia tale da ostacolare, in uno Stato, la prestazione di servizi da parte di un soggetto stabilito in un altro Stato ove fornisce servizi analoghi¹²⁰. E sempre secondo la giurisprudenza della Corte di Giustizia, anche se la tutela dei lavoratori rappresenta una ragione d'interesse generale tale da legittimare una restrizione della libertà di prestare servizi, le disposizioni di legge e di contratto collettivo, destinate alla tutela dei lavoratori, non possono essere aprioristicamente sottratte alle regole del mercato interno¹²¹. Queste disposizioni, infatti, possono rappresentare un ostacolo alla libera circolazione dei servizi, se le restrizioni che ad essa impongono non sono necessarie, adeguate e proporzionali rispetto ai fini di tutela perseguiti: in questo caso, le disposizioni di legge o di contratto collettivo, anche se tese alla tutela dei lavoratori, possono aumentare i costi di fornitura dei servizi, creando un impedimento o un disincentivo all'accesso al mercato¹²².

Applicando questi principi, la Corte di Giustizia ha stabilito che, qualora una disposizione contemplata nella legislazione di uno Stato membro imponga di prendere a riferimento i minimi di trattamento economico e normativo previsti in uno specifico contratto collettivo, al fine della concessione dell'appalto (o di altri benefici di legge), un'impresa straniera, che presta servizi in quello Stato e che non è tenuta all'applicazione di quel contratto collettivo, trova un ostacolo illegittimo alla libertà di prestare servizi in quegli stessi minimi di trattamento, se superiori a quelli applicati ai propri dipendenti (e se superiori al salario minimo obbligatorio, eventualmente previsto dal contratto collettivo di categoria dotato di efficacia generale)¹²³.

¹¹⁹ Molti in dottrina i commenti alla sentenza *Dirk Rüffert*: senza pretesa di esaustività, cfr. Borelli, 2008, 358; Brino, 2008, 479; De Salvia, 2008, 1415; Rodríguez-Piñero Y Bravo-Ferrer, 2008, 83; Bruun, Jacobs, Schmidt, 2009, 649; Rödl, 2009, 131.

¹²⁰ Cfr. par. 12, Cgce 25 luglio 1991, C-76/1990, *Manfred Säeger*. Sull'evoluzione della giurisprudenza della Corte di Giustizia, in merito alle misure ritenute non compatibili con l'art. 56 Tfeue, cfr. Giubboni, Orlandini, 2007, 88-89; Lo Faro, 2008, 75.

¹²¹ Cfr. Giubboni, Orlandini, 2007, 91; Bano, 2009, 104 ss.

¹²² Cfr. nuovamente Giubboni, Orlandini, 2007, 92.

¹²³ All'art. 3, par. 1, Dir. 1996/71/CE, è sancito che gli Stati membri devono garantire «ai lavoratori distaccati nell'ambito di una prestazione di servizi transnazionale le tariffe salariali previste da disposizioni legislative, regolamentari o amministrative, ovvero da contratti collettivi o da arbitrati dichiarati di applicazione generale» a norma dell'art. 3, par. 8, della direttiva medesima (in merito, si rinvia a Carabelli, 2009, 129). Nel caso di specie (ma queste considerazioni potrebbero valere anche con riferimento al caso italiano), la Corte di Giustizia ha ritenuto che il contratto collettivo indicato nella clausola sociale non potesse essere ricondotto alle previsioni di cui agli art. 3, par. 1, e 3, par. 8, Dir. 1996/71/CE, dal momento che questo non aveva efficacia *erga omnes* e che il suo effetto vincolante si estendeva solamente ad una parte del settore edilizio, in particolare a quello degli appalti pubblici e non già anche a quello degli appalti privati (sul punto, cfr. Orlandini, 2008, 16, e Orlandini, 2009, 65). Il livello retributivo contemplato nel contratto collettivo, preso a riferimento in base alla clausola sociale, ma non applicato volontariamente dall'impresa straniera, non poteva essere perciò considerato alla stregua di un "minimo di trattamento", ai sensi dell'art. 3, par. 1, Dir. 1996/71/CE: ciò poiché tale

Resta da spiegare perché, nell'ambito di un appalto relativo ad una prestazione di servizi transnazionale, ai lavoratori distaccati non possano essere applicate condizioni di lavoro più favorevoli rispetto a quelle dello Stato d'origine, se eccedenti il livello minimo di tutela. In merito, si devono sviluppare due argomentazioni distinte.

Da un lato, bisogna ricordare l'interpretazione che, negli ultimi anni, la Corte di Giustizia ha fornito costantemente dell'art. 3, par. 7, Dir. 1996/71/CE: secondo la Corte, questa disposizione deve essere interpretata nel senso che è vietato «allo Stato membro ospitante di subordinare l'effettuazione di una prestazione di servizi sul suo territorio al rispetto di condizioni di lavoro e di occupazione che vadano al di là delle norme imperative di protezione minima»¹²⁴. La Corte precisa tuttavia che i par. 1-6 dello stesso art. 3 non ostano all'applicazione di condizioni di lavoro e di occupazione più favorevoli per i lavoratori distaccati nell'ambito di una prestazione di servizi transnazionale, rispetto al livello di protezione loro assicurato dalla legislazione dello Stato membro di origine, qualora tale livello sia inferiore a quello di protezione minima riconosciuto nello Stato membro ospitante.

Questa lettura "minimalista" dell'art. 3, par. 7, Dir. 1996/71/CE¹²⁵, non è fondata sul dato letterale della disposizione (che, anzi, sembra indicare la soluzione opposta¹²⁶), ma, piuttosto, sul concetto di "effetto utile" della direttiva¹²⁷. Secondo la Corte di Giustizia, infatti, una lettura dell'art. 3, n. 7, Dir. 1996/71/CE, tale da permettere agli Stati membri di subordinare lo svolgimento di una prestazione di servizi nel proprio territorio al rispetto di condizioni di lavoro che vanno oltre le norme di protezione minima, «finirebbe per privare di effetto utile la direttiva in esame»¹²⁸. Da questa impostazione discende che, se uno Stato membro imponesse «condizioni più gravose di quelle rientranti nella protezione minima, il prestatore di servizi stabilito in uno Stato membro *new comer* vedrebbe drasticamente ridotto il vantaggio competitivo assicuratosi dai più bassi costi del lavoro: dunque, l'imposizione di condizioni più favorevoli ai lavoratori impedisce o comunque ostacola la libera circolazione dei servizi»¹²⁹.

trattamento era più favorevole rispetto a quello spettante, in ragione del contratto collettivo applicato nel paese d'origine, ai lavoratori distaccati (e superiore al livello minimo individuato dal contratto collettivo di categoria dotato di efficacia generale). Ma poiché, secondo la Corte di Giustizia, è soltanto quanto previsto all'art. 3, par. 1, Dir. 1996/71/CE, a determinare ciò che gli Stati Membri sono autorizzati a fornire come massimo di tutela da applicarsi ai lavoratori distaccati, la clausola sociale è stata ritenuta incompatibile con l'impianto e le finalità della Dir. 1996/71/CE sul distacco dei lavoratori (e, in ultima istanza, con il principio della libertà di prestare servizi all'interno del mercato dell'Unione europea, che è alla base della Dir. 1996/71/CE: cfr. Rödl, 2009, 137).

¹²⁴ Par. 79 ss., sentenza Cgce 18 dicembre 2007, C-341/2005, *Laval un Partneri Ltd*; par. 33, sentenza Cgce *Rüffert*. Da questa interpretazione dell'art. 3, par. 1, Dir. 1996/71/CE, deriva un incremento della pressione concorrenziale sulle imprese, basata sui differenziali del costo del lavoro, poiché devono essere prese in considerazione non soltanto le differenze fra i vari Paesi dell'Unione, ma anche il differenziale di costo, per la parte in cui «si contrappone un trattamento pieno a un trattamento minimo» (cfr. Gottardi, 2010, par. 2).

¹²⁵ Lettura che ha trovato ulteriore conferma nella sentenza Cgce 19 giugno 2008, C-319/2006, *Commissione delle Comunità Europee c. Granducato di Lussemburgo*.

¹²⁶ Cfr. Ballestrero, 2008, 387 ss.

¹²⁷ Cfr. Rödl, 2009, 138.

¹²⁸ Par. 33, sentenza Cgce *Rüffert* (nonché par. 80, sentenza Cgce *Laval*).

¹²⁹ Ballestrero, 2008, 387. Sulla base di queste considerazioni può apparire di dubbia applicabilità la disciplina del DURC nel caso di un appalto pubblico, al quale partecipi un'impresa stabilita in un diverso Stato membro, ove il costo del lavoro sia inferiore: si ricorda, infatti, che il DURC è comprensivo della verifica della congruità dell'incidenza della manodopera relativa allo specifico contratto affidato (*supra*, par. 3.1). Peraltro, sull'applicabilità della disciplina del DURC alle imprese straniere, cfr. interpello Ministero del Lavoro e della Previdenza Sociale 3 settembre 2007, n. 24, e già in precedenza, Cons. Stato 1° marzo 2006, n. 928 (relativo alla compatibilità

Dall'altro lato, è necessario precisare che l'art. 3, par. 10, Dir. 1996/71/CE, consentirebbe allo Stato ospitante di estendere alle imprese straniere le norme (di legge e contrattuali) applicate alle imprese nazionali, anche se eccedenti il livello minimo di tutela: ma tale estensione dovrebbe essere finalizzata alla protezione di esigenze di "ordine pubblico".

Con specifico riferimento alle clausole sociali che tutelano le condizioni minime di trattamento economico e normativo, si potrebbe sostenere che le esigenze di ordine pubblico risiedono nella salvaguardia dell'organizzazione sociale ed economica dello Stato membro e, in particolare, nella necessità che in una procedura di assegnazione pubblica di appalti, le risorse pubbliche non siano destinate ad imprese che non garantiscono ai lavoratori trattamenti economici e normativi dignitosi¹³⁰. Tuttavia, la Corte di Giustizia, nelle più recenti sentenze, ha adottato una nozione di "ordine pubblico" particolarmente ristretta, interpretando l'ordine pubblico non nei termini di "ordine pubblico sociale" in ambito nazionale, ma piuttosto come "ordine pubblico internazionale". Infatti, secondo la Corte di Giustizia, le disposizioni di "ordine pubblico" devono intendersi come le disposizioni vincolanti cui non si può derogare e che, per natura ed obiettivo, rispondono a valori fondamentali riconosciuti dalla comunità internazionale¹³¹: «il che esclude vi rientri la normativa lavoristica per il solo fatto di essere considerata "imperativa" ed "inderogabile" per il diritto interno ed *a fortiori* esclude possa invocarsi il generico principio del *favor* per estendere l'intero sistema del diritto del lavoro nazionale ai lavoratori stranieri»¹³².

3.2.2. Le "clausole sociali" e l'impianto delle direttive europee sugli appalti pubblici

La Corte di Giustizia, dunque, nella sentenza *Rüffert* ha sancito che, nell'ambito di un pubblico appalto interessato da un distacco transnazionale di lavoratori, siano illegittime quelle clausole sociali che impongono l'applicazione di contratti collettivi più favorevoli rispetto alle condizioni di trattamento economico e retributivo minime stabilite dai contratti collettivi generalmente obbligatori: ciò, a causa della prevalenza assegnata, nel processo di bilanciamento fra le ragioni di tutela della concorrenza e quelle di tutela del lavoro dipendente, alla necessità di apertura del mercato degli appalti.

Sulla necessità di ricorrere ad un tale bilanciamento per valutare la legittimità delle clausole sociali, tuttavia, è necessario interrogarsi. Secondo parte della dottrina, infatti, nella sentenza *Cgce Rüffert*, sarebbe stato trascurato il fatto che l'art. 26, Dir. 2004/18/CE, prevede la possibilità per le amministrazioni aggiudicatrici di esigere condizioni particolari basate su considerazioni sociali, in merito all'esecuzione dell'appalto¹³³: questa disposizione, dunque, potrebbe delimitare una "zona franca", nella quale le condizioni sociali non debbono essere bilanciate con le ragioni della concorrenza.

Tali considerazioni, però, non convincono pienamente, tenuto presente che lo stesso art. 26, Dir. 2004/18/CE, nel momento in cui stabilisce che le condizioni particolari in merito all'esecuzione dell'appalto debbono essere «compatibili con il diritto comunitario», comporta una valutazione di compatibilità dei contratti collettivi con le regole del mercato interno: e tale valutazione appare

dell'obbligo di iscrizione alle Casse Edili per imprese stabilite in altri Stati membri che non siano l'Italia, rispetto ai principi di libera circolazione dei servizi).

¹³⁰ Cfr. Robin Olivier, 2008, 492 ss.; Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, 2008, 102.

¹³¹ Cfr. (in senso critico) Pallini, 2009, 204 ss.; De Mozzi, 2011, 48 ss.

¹³² Giubboni, Orlandini, 2007, 120.

¹³³ De Salvia, 2008, 1425.

ancor più necessaria se si guarda l'impianto generale della direttiva, dove è stabilito esplicitamente (considerando n. 34) che «durante l'esecuzione di un appalto pubblico si applicano le leggi, le regolamentazioni e i contratti collettivi, sia nazionali che comunitari, in vigore in materia di condizioni di lavoro e sicurezza sul lavoro, purché tali norme, nonché la loro applicazione, siano conformi al diritto comunitario».

Quindi (almeno fino a quando la Corte di Giustizia manterrà ferma l'interpretazione dei concetti di "minimo di trattamento economico" e di "ordine pubblico", adottata nelle più recenti sentenze in materia di distacco transnazionale, e descritta nel paragrafo precedente), appare condivisibile la posizione di quella parte della dottrina secondo cui, dalla normativa europea in materia di appalti pubblici, ben difficilmente può ricavarsi un argine agli effetti della sentenza *Rüffert*, in merito all'illegittimità delle clausole sociali¹³⁴. Ciò, peraltro, emerge con ancora maggiore evidenza nelle nuove proposte di direttive europee sugli appalti.

A riprova di quanto affermato si può ricordare il considerando n. 44, COM(2011) 896 def., che, riprendendo sostanzialmente quanto stabilito nella sentenza *Rüffert*, recita: «durante l'esecuzione di un appalto si applicano le leggi, le regolamentazioni e i contratti collettivi in vigore in materia di condizioni di lavoro e sicurezza sul lavoro, sia a livello nazionale che a livello dell'Unione, purché tali norme, nonché la loro applicazione, siano conformi al diritto dell'Unione europea»¹³⁵. Un'ulteriore riprova di quanto sopra asserito è data dalla formulazione dell'art. 55, par. 3, lett. a, COM(2011) 896 def.¹³⁶, in cui è stabilito che «un'amministrazione aggiudicatrice può escludere dalla partecipazione a un appalto pubblico qualsiasi operatore economico se [...] essa ha conoscenza di qualsiasi violazione degli obblighi stabiliti dalla legislazione dell'Unione in materia di diritto del lavoro o della sicurezza sociale o di diritto ambientale oppure dalla legislazione internazionale in materia di previdenza sociale e di diritto ambientale elencata nell'allegato XI». All'allegato XI, COM(2011) 896 def., fra le convenzioni OIL a tutela dei lavoratori citate

¹³⁴ Orlandini, 2009, 70.

¹³⁵ La formulazione votata dall'IMCO (*retro*, nt. 85) differisce nella forma, ma non nella sostanza da quella originaria descritta nel testo. L'attuale versione del considerando n. 44, infatti, stabilisce che, durante l'esecuzione dell'appalto, si applicano le disposizioni tese alla tutela dei lavoratori vigenti nel luogo in cui deve essere effettuata la prestazione, indicate: dalle convenzioni internazionali allegare all'allegato XI alla proposta di direttiva; dalle direttive europee e dalle leggi nazionali; dai contratti collettivi, stipulati in conformità e nel rispetto dei limiti rispetto del diritto dell'Unione Europea. Nel considerando citato è specificato altresì che «nelle situazioni transfrontaliere, in cui lavoratori di uno Stato membro forniscono servizi in un altro Stato membro per la realizzazione di un appalto pubblico, la direttiva 1996/71/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio, del 16 dicembre 1996, relativa al distacco dei lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi, stabilisce le condizioni minime che devono essere rispettate nel paese ospitante nei confronti di detti lavoratori distaccati». Anche il *final compromise text* del 12 luglio 2013 si inserisce nello stesso solco, nonostante una formulazione leggermente differente: al considerando n. 14c, infatti, è previsto che «*in view of an appropriate integration of [...] social and labour requirements in public procurement procedures it is of particular importance that Member States and contracting authorities take relevant measures to ensure compliance with obligations in the fields of [...] social and labour law that apply at the place where the works are executed or the services provided and result from laws, regulations, decrees and decisions, at both national and Union level, as well as from collective agreements, provided that such rules, and their application, comply with Union law. Equally, obligations stemming from international agreements ratified by all Member States and listed in Annex XI should apply during contract performance. However, this should in no way prevent the application of terms and conditions of employment which are more favourable to workers. The relevant measures should be applied in conformity with the basic principles of European Union law, notably with a view to ensure equal treatment. Such relevant measures should be applied in accordance with Directive 1996/71/EC of the European Parliament and of the Council of 16 December 1996 concerning the posting of workers in the framework of the provision of services and in a way that ensures equal treatment and does not discriminate directly or indirectly against economic operators and workers from other Member States*» (cfr. anche i considerando nn. 44a e 44b).

¹³⁶ Cfr. anche art. 79, par. 3, lett. d, COM(2011) 895.

figurano quelle riguardanti: la libertà d'associazione e la tutela del diritto di organizzazione (n. 87); il diritto di organizzazione e di negoziato collettivo (n. 98); il lavoro forzato (n. 29); l'abolizione del lavoro forzato (n. 105); l'età minima di accesso al lavoro (n. 138); la discriminazione nell'ambito del lavoro e dell'occupazione (n. 111); la parità di retribuzione (n. 100); le forme di lavoro infantile (n. 182)¹³⁷.

L'aspetto più interessante (e più evidente) di questa proposta di revisione della disciplina europea degli appalti è senza dubbio rappresentato dal fatto che, nell'elencazione delle convenzioni OIL che i partecipanti ad una gara per l'aggiudicazione di un appalto o una concessione pubblica sono tenuti a rispettare, non figura la Convenzione n. 94/1949, ovvero la unica convenzione internazionale che regola i contratti stipulati da un'autorità pubblica e che, come abbiamo visto, consente al soggetto pubblico di limitare il gioco concorrenziale fra i partecipanti ad una gara d'appalto, imponendo loro il rispetto di condizioni di lavoro non meno favorevoli di quelle stabilite per un lavoro dello stesso genere nella professione o nell'industria interessate della stessa regione.

Il mancato richiamo, all'interno delle nuove proposte di direttive sugli appalti pubblici, alla Convenzione OIL n. 94/1949, che già da tempo è caduta in un cono d'ombra¹³⁸ ed è stata addirittura additata come «superata ed inutilizzabile»¹³⁹, probabilmente trova spiegazione proprio nel possibile conflitto fra la disciplina delle clausole sociali (spesso presenti negli ordinamenti nazionali a seguito della ratifica della Convenzione n. 94/1949) e la disciplina europea della concorrenza, alla luce dei principi che sono emersi dalla sentenza *Rüffert*¹⁴⁰. È pur vero che l'art. 351 Tfeue stabilisce,

¹³⁷ Nella nuova proposta di direttiva, gli obblighi stabiliti dalle disposizioni internazionali in materia di previdenza sociale e di diritto ambientale elencate nell'allegato XI legislazione dell'Unione in materia di diritto del lavoro non appaiono in assoluto inderogabili: cfr. art. 69, COM(2011) 896 def. (*supra*, nt. 85).

¹³⁸ Bruun, Jacobs, Schmidt, 2009, 659, ricordano che, già nel rapporto 2008 elaborato dalla Commissione di esperti per l'applicazione delle Convenzioni e delle Raccomandazioni OIL, era stato evidenziato il fatto che la Convenzione OIL n. 94/1949 avesse «sofferto negli ultimi anni di una sostanziale mancanza di interesse».

¹³⁹ Cfr. Bruun, Jacobs, Schmidt, 2009, 661, che riportano il giudizio espresso dalle associazioni datoriali a proposito della Convenzione OIL n. 94/1949 (dovuto anche al limitato numero di Stati che l'ha recepita), nel corso della 97ª sessione della Conferenza internazionale del lavoro del maggio/giugno 2008.

¹⁴⁰ La versione della COM(2011) 896 def. sottoposta al vaglio dell'IMCO conteneva in proposito un emendamento, fortemente voluto dalla Confederazione Europea dei Sindacati, che introduceva espressamente (in linea di continuità con i principi dettati dalla Convenzione OIL n. 94/1949) l'obbligo di rispettare «i contratti collettivi vigenti nel luogo di prestazione del lavoro, del servizio o della fornitura», quale condizione di aggiudicazione degli appalti (cfr. Orlandini, 2013, 6). La formulazione che è uscita dal voto dell'IMCO, tuttavia, si attesta sull'impianto originario della proposta di direttiva: infatti, com'è stato rilevato (cfr. nuovamente Orlandini, 2013, 6), l'art. 15 (ma anche il considerando n. 44) prevede che «*Member State should ensure that economic operators comply with the environmental, social and labour law provisions which apply at the place where the works are executed, services provided or goods produced or supplied, as set out in international conventions listed in Annex XI and in Union and national law as well as in collective agreements concluded in accordance with national law and practices which respect Union law*». Il fatto che l'allegato XI, COM(2011) 896 def., non sia stato modificato, nel senso di includere fra le convenzioni OIL di cui sia necessario il rispetto per l'aggiudicazione degli appalti pubblici, anche la Convenzione OIL n. 94/1949, e la constatazione che l'art. 15 preveda l'obbligo per le imprese appaltatrici di rispettare la disciplina dettata dai contratti collettivi, ma soltanto nel rispetto e nei limiti dettati dal diritto europeo, implicano che (in virtù di quanto stabilito dalla Corte di Giustizia nella sentenza *Rüffert*) restino invariati i dubbi circa la possibilità, per le stazioni appaltanti, di imporre «l'applicazione di contratti collettivi privi di efficacia generale alle imprese aggiudicatrici» (Orlandini, 2013, 6). Anche il *final compromise text* del 12 luglio 2013 non comprende la Convenzione OIL n. 94/1949 nell'allegato XI: rispetto alle formulazioni precedenti, è stato previsto soltanto (art. 54, par. 6) che «*the Commission shall be empowered to adopt delegated acts in accordance with Art. 89 to amend the list in Annex XI, where necessary, to add new international agreements that have been ratified by all Member States or where the existing international agreements referred to are no longer ratified by all Member States or they are otherwise changed, for instance in respect of their scope, content or denomination*».

in via di principio, che le disposizioni dei trattati europei «non pregiudicano i diritti e gli obblighi derivanti da convenzioni concluse, anteriormente al 1° gennaio 1958 o, per gli Stati aderenti, anteriormente alla data della loro adesione, tra uno o più Stati membri da una parte e uno o più Stati terzi dall'altra» (e la maggior parte degli Stati membri hanno ratificato la convenzione prima del 1958)¹⁴¹. Tuttavia, la medesima disposizione sancisce altresì che, nella misura in cui tali convenzioni non siano compatibili con i trattati, lo Stato o gli Stati membri interessati devono ricorrere «a tutti i mezzi atti ad eliminare le incompatibilità constatate».

Alla luce di quanto stabilito nella sentenza *Rüffert*, ci si può chiedere allora se, a prescindere dalla denuncia della Convenzione OIL n. 94/1949 da parte dello Stato che l'ha recepita¹⁴², qualora in una procedura di appalto pubblico un'impresa stabilita in uno Stato membro diverso da quello in cui presta servizi trovi un ostacolo all'accesso al mercato nei minimi di trattamento (diversi e superiori a quelli legittimamente applicati ai propri dipendenti), indicati in un contratto collettivo che una clausola sociale impone di prendere a riferimento, quest'impresa abbia il diritto a vedere disapplicata (in sede amministrativa o giudiziale) la clausola in questione, in quanto illegittima¹⁴³.

E, addirittura, rimane aperto l'interrogativo se le imprese nazionali possano rivendicare il diritto a non vedersi poste in condizioni di svantaggio rispetto alle loro concorrenti europee, chiedendo la disapplicazione di tali clausole: in particolare, «vi è il rischio che attraverso l'appello al divieto di discriminazioni "al rovescio" anche le imprese stabilite in uno Stato membro - motivatamente lamentando di esser discriminate e poste in una posizione sfavorevole rispetto alle imprese che, pur stabilite in altri Stati membri, sono loro dirette concorrenti in quel mercato nazionale - possano sottrarsi all'applicazione delle disposizioni del diritto del lavoro nazionale» non ricomprese nell'elencazione di cui all'art. 3, par. 1, Dir. 1996/71/CE¹⁴⁴.

3.3. Le disposizioni poste a tutela dei livelli occupazionali

Come abbiamo visto nei paragrafi precedenti, sia nella disciplina europea, sia nella disciplina italiana degli appalti, è previsto che le stazioni appaltanti inseriscano (o possano inserire) clausole poste a tutela delle condizioni economiche e normative dei lavoratori dipendenti: nel corso del tempo, tuttavia, a queste clausole ne sono state affiancate altre, di differente natura, poste a tutela della continuità occupazionale dei lavoratori impiegati negli appalti pubblici. Infatti, a partire (soprattutto) dagli anni '90 del secolo scorso, nella disciplina degli appalti e delle concessioni,

¹⁴¹ Cfr. Bruun, Jacobs, Schmidt, 2009, 667. L'Italia, come già ricordato in precedenza (par. 3.2), ha ratificato la Convenzione OIL n. 94/1949 nel 1952.

¹⁴² Sulla procedura di denuncia della Convenzione OIL n. 94/1949, prevista all'art. 14 della medesima convenzione, cfr. Bruun, Jacobs, Schmidt, 2009, 668.

¹⁴³ Ovviamente ciò potrebbe valere per le imprese stabilite in uno Stato membro dell'Unione europea diverso da quello in cui è eseguita la prestazione. La clausola sociale, invece, manterrebbe la sua applicabilità nei confronti delle imprese stabilite in Stati *extra* Unione europea.

¹⁴⁴ Cfr. e cit. Pallini, 2009, 204. Analoghe considerazioni anche in Orlandini, 2009, 70, Barnard, 2011, 269, e Mc Crudden, 2011, 48, che afferma «*after Rüffert, it is not clear at all economic operators (German and Polish) are being treated equally and not-discriminately, given the clear disadvantage to the German firms of being required under domestic law to pay higher wages than their (foreign) competitors*». Restando all'interno dei confini nazionali, si può rilevare come i giudici amministrativi inizino ad essere chiamati a decidere sulla legittimità delle clausole sociali finalizzate ad imporre un determinato contratto collettivo, rispetto ai principi della concorrenza nel mercato e all'apertura dei mercati degli appalti: in merito, cfr. TAR Puglia 13 settembre 2013, n. 1928, ove è stabilito che «l'imposizione dello specifico contratto precedentemente applicato avrebbe [...] iniquamente beneficiato il progresso gestore, con effettiva distorsione nella concorrenza tra le imprese partecipanti».

sono state introdotte disposizioni finalizzate a garantire i livelli occupazionali, in una «prospettiva di tutela di tipo [...] collettivo e non più (solo) individuale dell'interesse dei lavoratori»: la dottrina, in proposito, ha parlato di “mutazione funzionale delle clausole sociali”¹⁴⁵.

Queste clausole sociali “di nuova generazione” si possono oggi ricondurre ad una “norma-archetipo” contemplata nel Codice degli Appalti: il riferimento è all'art. 69 del Codice degli Appalti (intitolato “Condizioni particolari di esecuzione del contratto prescritte nel bando o nell'invito”)¹⁴⁶, in cui è sancito (cc. 1 e 2) che le stazioni appaltanti possano esigere condizioni particolari per l'esecuzione del contratto, attinenti a esigenze sociali o ambientali, «purché siano compatibili con il diritto comunitario e, tra l'altro, con i principi di parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, e purché siano precisate nel bando di gara, o nell'invito in caso di procedure senza bando, o nel capitolato d'onori»¹⁴⁷.

In virtù di questa disposizione, che traspone fedelmente l'art. 26, Dir. 2004/18/CE¹⁴⁸, le stazioni appaltanti spesso inseriscono nei bandi di gara per la gestione di servizi “ad alta intensità di manodopera” clausole finalizzate a garantire, nel passaggio dal precedente al nuovo gestore del servizio, il mantenimento dei livelli di occupazione e la continuità occupazionale ai dipendenti, imponendo al gestore entrante la riassunzione di tutti i lavoratori impiegati dal gestore uscente.

Tali clausole, di cui si rinvergono esempi (anche risalenti nel tempo) nella disciplina legale di alcuni settori economici¹⁴⁹, sono al centro di un significativo contenzioso in sede amministrativa: le stazioni appaltanti, infatti, devono adeguatamente pubblicizzarle, al fine della realizzazione di un mercato trasparente, nel quale i concorrenti siano messi in condizione di conoscere, prima della presentazione dell'offerta, quali oneri si assumono con la partecipazione alla gara¹⁵⁰. Ma proprio perché il contenzioso s'incentra soprattutto sull'adeguatezza delle forme di pubblicità delle clausole sociali tese alla salvaguardia dei livelli occupazionali, molto spesso i giudici non si soffermano

¹⁴⁵ Ghera, 2001, 145 ss. In proposito si deve ricordare che le clausole sociali modellate sull'art. 36, l. n. 300/1970, non risultavano (e risultano tuttora) *ex se* utili al fine di garantire i livelli occupazionali. Come ha affermato la dottrina (per un riepilogo sul punto, cfr. Faleri, 2009, 861), il contenuto dell'obbligo imposto dall'art. 36, l. n. 300/1970, «non coincide con il rispetto delle singole disposizioni del contratto collettivo» (Bortone, 1979, 650), ma riguarda soltanto «i diritti di credito derivanti dall'applicazione dei trattamenti economici e normativi non inferiori al contratto collettivo di categoria» (Ghera, 2001, 136). In altri termini, l'art. 36, l. n. 300/1970, si riferisce al trattamento dei dipendenti dell'appaltatore e questa disposizione non può essere invocata ai fini dell'applicazione delle eventuali clausole della contrattazione collettiva che prevedano l'obbligo dell'appaltatore di assumere i lavoratori già dipendenti da precedente appaltatore (Cass. 22 aprile 2002, n. 5828 in *Mass. Giur. Lav.*, 2002, 594).

¹⁴⁶ Riconduce esplicitamente le clausole sociali finalizzate alla tutela dei livelli occupazionali al disposto dell'art. 69 del Codice degli Appalti, Cons. Stato, Ad. Plen., 6 agosto 2013, n. 19.

¹⁴⁷ Ai sensi dell'art. 69, c. 3, del Codice degli Appalti, la stazione appaltante che prevede tali condizioni particolari può comunicarle all'AVCP, che ha l'onere di pronunciarsi entro trenta giorni sulla compatibilità delle condizioni con il diritto europeo. Al comma 4, invece, è previsto che gli operatori economici debbano dichiarare «di accettare le condizioni particolari, per l'ipotesi in cui risulteranno aggiudicatari» già in sede di offerta.

¹⁴⁸ *Retro*, nt. 112. La disposizione in esame risulta sostanzialmente immutata (per ciò che rileva in questa sede) nella nuova proposta di direttiva (anche per come emendata dopo il voto dell'IMCO): cfr. art. 70, COM(2011) 896 def.

¹⁴⁹ Il legislatore, a partire dalla fine degli anni '20 del XX secolo, ha disciplinato le conseguenze dei fenomeni di mera successione cronologica fra imprenditori: è il caso (a mero titolo esemplificativo) della disciplina relativa al personale delle ferrovie, tranvie e linee di navigazione interna in regime di concessione (cfr. art. 26, regolamento R.D. 8 gennaio 1931, n. 148).

¹⁵⁰ Cfr. Cons. Stato, Ad. Plen., n. 19/2013, che interviene sulla annosa questione relativa alla possibilità, per la stazione appaltante, di contemplare le clausole sociali finalizzate alla tutela dei livelli occupazionali nelle “sollecitazioni alla gara” ovvero nei bandi, piuttosto che in una fase successiva, nelle c.d. “lettere di invito”.

sul tema della legittimità delle clausole sociali, dandola per acquisita¹⁵¹. Al contrario, la legittimità di siffatte clausole è tutta da dimostrare, considerati i pesanti limiti che impongono alla libertà di iniziativa economica ed alla libertà di concorrenza.

In proposito, però, si può rilevare come, recentemente, in alcune decisioni sia stato affrontato il rapporto fra clausole sociali tese al mantenimento dei livelli occupazionali e libertà di mercato e sia stato stabilito che tali clausole non vanno a comprimere né la libertà d'iniziativa economica, né quella della concorrenza¹⁵².

Per sostenere la legittimità di questo particolare tipo di clausole sociali i giudici hanno fatto riferimento all'art. 41 Cost. e, in particolare, al comma 2, ove è sancito che la legge possa porre limiti alla libertà d'iniziativa economica, qualora vengano perseguiti "fini sociali"¹⁵³. Ciò, peraltro, troverebbe conferma proprio in una fattispecie simile (anche se non perfettamente coincidente) a quella della mera successione fra appaltatori e concessionari: la fattispecie del trasferimento d'azienda: l'art. art. 2112, c. 1, cod. civ., infatti, dispone che, «in caso di trasferimento d'azienda, il rapporto di lavoro continua con il cessionario ed il lavoratore conserva tutti i diritti che ne derivano»¹⁵⁴.

Si tratta tuttavia di affermazioni assai discutibili. Anzitutto, nelle decisioni in esame, non sono stati presi in considerazione i limiti entro cui la finalità sociale di salvaguardare i livelli occupazionali nei pubblici appalti può comprimere la libertà d'iniziativa economica del soggetto *new comer*. Il generico riferimento ai "fini sociali", di cui all'art. 41, c. 2, Cost., perciò, non appare sufficiente a legittimare restrizioni alla libertà di dimensionamento e scelta del personale impiegato nell'azienda, che caratterizzano uno dei nuclei essenziali della libertà d'iniziativa economica; non può essere infatti trascurato quanto affermato dalla Corte costituzionale, nelle sentenze in cui è stato affrontato il tema del rapporto fra l'obiettivo dello sviluppo dei tassi occupazionali e la libertà d'impresa¹⁵⁵.

In secondo luogo, l'accostamento fra le tutele previste in caso di trasferimento d'azienda e quelle previste in caso di mera successione fra appaltatori (o concessionari) appare improprio, dal momento che, secondo l'orientamento costante della Corte di Giustizia nell'ultimo decennio, la fattispecie della perdita di un appalto di servizi (o di una concessione) a vantaggio di un'impresa concorrente è ben distinta da quella del trasferimento d'azienda. Ad avviso della Corte, affinché la fattispecie della successione nella titolarità di un appalto o concessione di servizi (anche ad alta

¹⁵¹ Cfr., ad esempio, ord. TAR Milano 10 gennaio 2007, n. 19. Analoghe considerazioni possono valere per Cons. Stato 26 giugno 2012, n. 3764, e TAR Napoli 10 settembre 2013, n. 4216, in cui è stata affermata la legittimità della revoca di un appalto pubblico, nel caso in cui l'impresa *new comer* sia tenuta dal bando di gara a riassumere tutto il personale impiegato dall'appaltatore uscente, ma non ottemperare a questo obbligo.

¹⁵² TAR Lazio 18 giugno 2013, n. 6094 (ma anche, in precedenza, Cons. Stato n. 3764/2012, e Cons. Stato 30 aprile 2013, n. 2374 - sentenza non definitiva).

¹⁵³ "Esigenze sociali" che possono mettere anche in subordine il principio di "economicità" degli appalti, come previsto dall'art. 2, c. 2, del Codice degli Appalti.

¹⁵⁴ A supporto di questa tesi, vengono indicate le sentenze CGCE 7 marzo 1996, CC 171/1994 e 172/1994, *Merckx; Neuhuys / Ford Motors Company Belgium SA*; 11 marzo 1997, C-13/1995, *Süzen*; 14 settembre 2000, C-343/1998, *Collino, Chiappero*; 26 settembre 2000, C-175/1999, *Mayeur*.

¹⁵⁵ Il riferimento è alle sentenze in cui è stata vagliata (e negata) la legittimità costituzionale del c.d. "imponibile di manodopera", rispetto ai principi di cui all'art. 41 Cost.: cfr. Ghera, 2001, 148, e, più recentemente, Costantini, 2011, 240 ss.

intensità di manodopera) possa essere ricondotta a quella della cessione d'azienda, è necessario che si configuri il trasferimento di un'entità economica organizzata, che conservi la propria identità nel passaggio da un imprenditore all'altro¹⁵⁶. In altri termini, la successione fra appaltatori non sempre costituisce trasferimento d'azienda, perché può difettare l'elemento base della cessione, e cioè il trasferimento di un'entità che, per quanto "de-materializzata", «deve comunque conservare una propria identità di soggetto economico, di organizzazione di beni e di persone, anche se assemblati in proporzioni pur molto diverse, tale da consentire l'esercizio di un'attività d'impresa»¹⁵⁷. Alla luce di quanto appena rilevato, la fattispecie della successione nell'esecuzione di un appalto, tutelata dalle clausole sociali che prevedono a carico dell'impresa *new comer* la riassunzione dei lavoratori impiegati dal precedente soggetto appaltatore o concessionario, non è sempre riconducibile a quella del trasferimento d'azienda: è ben possibile, infatti, che la successione fra un imprenditore ed un altro nel compimento di un'opera o nella gestione di un servizio non sia caratterizzata dal transito di alcuna "entità economica produttiva organizzata"¹⁵⁸. Pare allora necessario interrogarsi ancora sulla legittimità delle clausole sociali tese alla salvaguardia dei livelli occupazionali¹⁵⁹⁻¹⁶⁰: una risposta (negativa) a questo interrogativo può essere

¹⁵⁶ Ad esempio, cfr. i riferimenti in Carinci, 2007, 335 ss., e Bano, 2008, 16.

¹⁵⁷ Cfr. e cit. Romei, 1999, par. 4.3 e par. 8. Sull'art. 29, c. 3, d.lgs. n. 276/2003, secondo cui l'acquisizione del personale già impiegato nell'appalto a seguito di subentro di un nuovo appaltatore non costituisce trasferimento d'azienda, cfr. Speciale, 2006, par. 6.

¹⁵⁸ Dal momento che si tratta di "riassunzione", è evidente che i rapporti di lavoro presso l'appaltatore o il gestore uscente debbano considerarsi comunque cessati e non possano produrre effetto fino al momento dell'effettiva nuova assunzione presso il nuovo assegnatario dell'appalto (cfr. Marinelli, 2011, 230 ss.). E dal momento che si tratta di obbligo di riassunzione in capo al gestore *new comer* e non di continuazione del rapporto di lavoro nel passaggio dal precedente appaltatore al successore, è possibile fornire una risposta negativa al quesito se la protezione accordata dalle clausole sociali qui in esame possa essere ricondotta ad un "trattamento di miglior favore" ai sensi dell'art. 8, direttiva 2001/23/CE, del 12 marzo 2001, relativa al mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimenti d'impresa. Considerato che la regola del trattamento più favorevole di cui all'art. 8, «trova il suo presupposto funzionale [...] nella circostanza che i trattamenti posti a confronto siano comparabili sotto il profilo quantitativo», se «si esce dai termini del confronto "quantitativo"», il rischio è che si possa procedere al raffronto fra il *melius* ed il *pejus* soltanto attraverso valutazioni soggettive circa i (presunti) interessi dei destinatari della disciplina (Novella, Vallauri, 2005, 184 ss.): e, nel caso in esame, mancano i requisiti minimi per poter procedere al test del *favor*, perché le clausole sociali non prevedono l'estensione della disciplina di cui all'art. 2112 cod. civ., ma un tipo di tutela affatto diversa. L'estensione della disciplina del trasferimento d'azienda è invece prevista in alcuni casi specifici: basti ricordare il Regolamento (CE) n. 1370/2007, del 23 ottobre 2007, relativo ai servizi pubblici di trasporto di passeggeri su strada e per ferrovia. Infatti, all'interno di questo regolamento, finalizzato a promuovere «una concorrenza regolamentata» nel settore del trasporto passeggeri (ed affinché questo presenti requisiti di sicurezza, efficacia, elevata qualità, trasparenza ed efficienza dei servizi), si rinviene, all'art. 4, la previsione secondo cui «fatta salva la legislazione nazionale e comunitaria, compresi i contratti collettivi tra le parti sociali, le autorità competenti possono imporre all'operatore del servizio pubblico prescelto di garantire al personale precedentemente assunto per fornire i servizi i diritti di cui avrebbe beneficiato se avesse avuto luogo un trasferimento ai sensi della Dir. 2001/23/CE». In questo caso, dunque piuttosto, che in presenza di una clausola sociale simile a quelle al centro della presente analisi, siamo di fronte ad un'estensione della disciplina del trasferimento d'azienda (cfr. Inglese, 2012, 249 ss.). Simili contenuti presenta l'art. 10, par. 2, della proposta di Regolamento del Parlamento e del Consiglio per l'istituzione di un quadro normativo per l'accesso al mercato dei servizi portuali e la trasparenza finanziaria dei porti COM(2013) 296 final.

¹⁵⁹ In verità, i giudici amministrativi hanno utilizzato altri due "indici", oltre al già ricordato rinvio ai principi di cui all'art. 41, c. 2, Cost., per rafforzare la tesi della legittimità delle clausole sociali tese alla salvaguardia dei livelli occupazionali. Infatti, è stato fatto richiamo al protocollo d'intesa trilaterale, sottoscritto il 10 dicembre 2010 fra il Ministero per i Beni e le Attività Culturali e le organizzazioni sindacali, ove è stato pattuito che «in caso di subentro di un imprenditore ad un altro nella titolarità di una concessione di servizi al pubblico nei luoghi di cultura statali, il subentrante si obbliga a garantire la continuità dei rapporti di lavoro in essere al momento del subentro, con esclusione di ulteriori periodi di prova [...] ferma restando la facoltà di armonizzare l'organizzazione del lavoro [...] con le proposte e le esigenze dell'impresa subentrante» (in merito, cfr. la deliberazione AVCP, 6 marzo 2013, n. 10). È forse superfluo rimarcare che la stipulazione del protocollo non implica *ex se* che i suoi contenuti siano leciti (in riferimento alle libertà del mercato ed alle leggi che ne regolano il funzionamento).

¹⁶⁰ Il terzo "indice" di legittimità delle clausole sociali utilizzato dai giudici amministrativi è rappresentato dalla sentenza della Corte Cost. 3 marzo 2011, n. 68 (in *Quad. Reg.*, 2011, 704). In questa sentenza, alcune disposizioni della l. reg. Puglia 3 agosto 2007, n. 25

tratta dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia.

3.3.1. Le clausole sociali nella giurisprudenza della Corte di Giustizia

La Corte di Giustizia ha avuto modo di pronunciarsi in due distinte occasioni sulle clausole sociali poste a protezione dei livelli occupazionali: il riferimento è alle sentenze Cgce 9 dicembre 2004, C-460/2002, *Commissione delle Comunità Europee c. Repubblica italiana*, e 14 luglio 2005, C-386/2003, *Commissione delle Comunità Europee c. Repubblica federale di Germania*, entrambe relative al recepimento nazionale della direttiva 1996/67/CE, del 15 ottobre 1996, riguardante l'accesso al mercato dell'*handling* aeroportuale e finalizzata a garantirne il libero accesso ai prestatori dei servizi (art. 6).

In entrambi i casi, sono state sottoposte al vaglio della Corte di Giustizia clausole sociali tese alla salvaguardia della continuità occupazionale nel settore dell'*handling* aeroportuale, in caso di successione fra appaltatori: clausole che i legislatori nazionali avevano adottato in base alle previsioni contenute nell'art. 18, Dir. 1996/67/CE, relativo alla possibilità di adottare misure dirette alla tutela dei diritti dei lavoratori¹⁶¹. In particolare, la disciplina italiana e quella tedesca avevano previsto a carico delle imprese *new comers* nel mercato dei servizi di assistenza a terra di un aeroporto nazionale (nel caso in cui non si configurasse un trasferimento di azienda), «l'onere di assumere alle proprie dipendenze il personale impiegato dal precedente gestore in misura proporzionale alla quota di traffico o di attività acquisita»¹⁶². E, in modo speculare, la disciplina italiana

(come modificata dalla l. reg. Puglia 25 febbraio 2010, n. 4), relative alla stabilizzazione (di più ruoli) del personale sanitario sono state ritenute costituzionalmente illegittime per violazione (fra gli altri) dell'art. 97 Cost.: ciò che qui interessa rilevare è il fatto che la Corte Costituzionale abbia affermato che l'art. 25, c. 1, l. reg. Puglia n. 25/2007, non poteva considerarsi legittimo poiché stabiliva «in modo automatico e generalizzato l'assunzione a tempo indeterminato» del personale già «utilizzato» dalla precedente impresa o società affidataria dell'appalto». Una siffatta disposizione non rappresenta una clausola sociale («in quanto non si limita a prevedere il mantenimento in servizio di personale già assunto, ma stabilisce in modo automatico e generalizzato l'assunzione a tempo indeterminato» del personale già «utilizzato» dalla precedente impresa o società affidataria dell'appalto») e viola l'art. 97 Cost. «per l'assenza di criteri di trasparenza, pubblicità e imparzialità per il reclutamento di personale delle società a partecipazione pubblica totale o di controllo, sia perché il maggior onere derivante dall'obbligo posto all'affidatario di assumere «a tempo indeterminato» il personale già utilizzato si riflette [...] sui principi di legalità e di buon andamento della pubblica amministrazione affidante in termini di non conformità alle disposizioni sulla «clausola sociale», di minore apertura dei servizi alla concorrenza e di maggiori costi, considerato che l'obbligo eccede i limiti temporali dell'affidamento del servizio». Qui è importante sottolineare che la Corte Costituzionale non si è pronunciata sulla legittimità delle clausole sociali tese alla salvaguardia dei livelli occupazionali, ma a queste ha fatto riferimento soltanto per meglio inquadrare i meccanismi di promozione dell'occupazione introdotti dall'art. 30, l. reg. Puglia n. 4/2010. Interessante evidenziare altresì che Cons. Stato 5 aprile 2013, n. 1896, sulla base delle motivazioni della sentenza Corte Cost. n. 68/2011, ha affermato che la clausola sociale che impone al soggetto *new comer* l'assunzione a tempo indeterminato dei dipendenti prima impiegati dal soggetto gestore dell'appalto o della concessione, al fine di garantire «le condizioni economiche e contrattuali già in essere», non può essere considerata legittima, in quanto vi può essere contrasto fra durata del contratto di lavoro e durata dell'appalto (o della concessione).

¹⁶¹ L'art. 18, Dir. 1996/67/CE (intitolato «Protezione sociale e dell'ambiente»), stabilisce che «fatta salva l'applicazione delle disposizioni della presente direttiva e nel rispetto delle altre disposizioni del diritto comunitario, gli Stati membri possono adottare le misure necessarie per garantire la tutela dei diritti dei lavoratori e il rispetto dell'ambiente». Oltre al riferimento all'art. 18, Dir. 1996/67/CE, i governi italiano e tedesco, a difesa delle proprie discipline nazionali, avevano addotto proprio la riconducibilità della fattispecie della successione fra appaltatori a quella del trasferimento d'azienda: tale riconducibilità è stata, però, negata dalla Corte di Giustizia, in conformità all'orientamento giurisprudenziale descritto nel paragrafo precedente.

¹⁶² Pallini, 2006, 344, ha messo in rilievo che mentre nella disciplina italiana l'obbligo di assunzione trovava applicazione in ogni caso, nella disciplina tedesca era attribuita «all'originario gestore-monopolista dei servizi a terra di ciascun aeroporto la facoltà di decidere se esigere dalle imprese neoentrate la riassunzione» dei dipendenti o se ricevere, invece, «dalle stesse imprese un corrispettivo compensativo dei costi, per incentivi all'esodo incentivato, licenziamenti, ammortizzatori sociali» che il gestore uscente avrebbe sopportato «a seguito della mancata assunzione dei suoi dipendenti in esubero».

e quella tedesca sono state dichiarate non compatibili con le finalità della Dir. 1996/67/CE, proprio in ragione della «non proporzionalità degli effetti restrittivi della concorrenza tra imprese nel mercato dei servizi aeroportuali, rispetto al fine di garantire la stabilità occupazionale dei lavoratori»¹⁶³.

Secondo la Corte di Giustizia (e queste considerazioni ben si attagliano al più ampio settore degli appalti pubblici), le clausole adottate dal legislatore italiano e da quello tedesco dovevano ritenersi illegittime, poiché consentivano di esercitare una pressione sulle imprese che avessero voluto entrare nel mercato dell'*handling*, vincolandole ad assumere i lavoratori già impiegati nei servizi di assistenza a terra e rendendo onerosa l'immissione di nuovi prestatori di servizi nel mercato¹⁶⁴.

La dottrina ha affermato che la Corte di Giustizia non ha adeguatamente motivato tali decisioni: infatti, «sarebbe stato lecito attendersi un giudizio di ragionevolezza esplicito sulle scelte compiute» dai legislatori nazionali, «in modo da valutare il contemperamento realizzato tra le contrapposte esigenze, entrando anche nel merito degli obiettivi perseguiti e degli strumenti individuati», per la salvaguardia della continuità occupazionale nel settore di mercato di riferimento¹⁶⁵. Sarebbe stato altrettanto legittimo attendersi che la Corte valutasse le clausole sociali non solo in ragione della loro funzione di tutela dei posti di lavoro dei lavoratori occupati da un operatore in procinto di uscire dal mercato, ma anche in ragione dell'«ulteriore obiettivo di favorire la mobilità tra le imprese, nell'indubbio interesse dell'imprenditore uscente (di risolvere agevolmente i contratti di lavoro con il personale interessato), ma anche [...] di quello subentrante (di reclutare personale già esperto)»¹⁶⁶.

Non si può però negare che, specie nei segmenti di mercato contraddistinti da “alta intensità di manodopera”, il costo del lavoro rappresenti la voce di spesa che maggiormente incide sulle imprese che vogliono affacciarsi su tali segmenti: in quest'ottica, l'obbligo di mantenere il personale già in forza presso il precedente gestore del servizio (*rectius*, l'obbligo di doverlo riassumere), riduce fortemente (fino quasi ad azzerarle) le armi competitive dei potenziali *new comers*. Se, inoltre, si considera che, oltre all'eventuale obbligo di riassunzione dei lavoratori impiegati dal precedente appaltatore, vi può essere l'obbligo di applicare lo stesso trattamento economico e normativo riconosciuto dal gestore uscente, in forza dell'art. 36, l. n. 300/1970, e dell'art. 118, c. 6, del Codice degli Appalti, si arriva alla conclusione che il costo del lavoro dipendente, nei settori *labour intensive*, rischia di divenire un parametro rigido (determinato nella quantità e nel costo), svincolato dalle scelte dei potenziali entranti ed inutilizzabile come fattore concorrenziale nelle gare per l'aggiudicazione di appalti e servizi¹⁶⁷.

¹⁶³ Pallini, 2006, 345.

¹⁶⁴ Par. 26 ss. sentenza Cgce C-386/2003 e 34 ss. sentenza C-460/2002.

¹⁶⁵ Mutarelli, 2005, 275. Cfr. anche Pallini, 2006, 48; Aimo, 2007, 117 e 118. Per quanto riguarda il caso italiano, però, considerazioni simili a quelle sviluppate dalla Corte di Giustizia erano state proposte in precedenza dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM): cfr. par. 39, segnalazione AGCM 5 febbraio 2004, “Liberalizzazione e privatizzazione delle attività aeroportuali”. Sul punto, cfr. Maffeo, 2007, 386, nt. 8.

¹⁶⁶ Aimo, 2007, 107.

¹⁶⁷ Cfr. Giroto, 2012, 62 ss. In merito, però, cfr. Cons. Stato n. 3764/2012, secondo cui l'interesse delle imprese a non assumere il personale già in servizio non deve restare un assunto generalizzato ed indimostrato. Le imprese, al fine di contestare l'illegittimità di

3.3.2. Contrattazione collettiva e tutela dei livelli occupazionali

Il disposto dell'art. 118, c. 6, del Codice degli Appalti, appena richiamato, può avere un ruolo determinante anche nella disciplina delle clausole sociali tese alla salvaguardia dell'occupazione dei lavoratori impiegati negli appalti pubblici.

È ben possibile, infatti, che la legge, o la *lex specialis* della gara, non contengano alcuna clausola sociale finalizzata ad imporre al nuovo gestore la riassunzione dei lavoratori impiegati dal precedente imprenditore: ma non è affatto escluso che una siffatta previsione possa essere contenuta nel contratto collettivo di settore¹⁶⁸, di cui l'art. 118, c. 6, del Codice degli Appalti, impone l'applicazione. In altri termini, il ruolo di tutela dell'occupazione, ricoperto usualmente da apposite disposizioni presenti all'interno dei bandi di gara, può essere affidato anche alla contrattazione collettiva: certo non è la stessa cosa, ma anche il contratto collettivo è fonte di obbligazioni, specialmente quando l'applicazione del contratto è condizione necessaria per poter accedere al mercato (come accade nel caso della disciplina degli appalti pubblici)¹⁶⁹.

Il fatto che l'obbligo di riassumere i lavoratori, in caso di successione fra appaltatori, discenda dal contratto collettivo, piuttosto che dalla legge, non fa venir meno i dubbi sulla compatibilità di un siffatto obbligo con i principi dell'Unione europea in materia di concorrenza.

Una parte della dottrina¹⁷⁰ ritiene che questi dubbi possano essere fugati partendo da quanto affermato dalla Corte di Giustizia, che ha riconosciuto che la contrattazione collettiva possa contenere clausole aventi effetti limitativi della concorrenza fra le imprese¹⁷¹, purché i contratti collettivi «siano volti a conseguire gli obiettivi di miglioramento delle condizioni di occupazione e di lavoro posti dagli artt. 2 e 3, lett. g, i, TCE»¹⁷².

Secondo questa dottrina, è vero che la «necessaria correlazione dell'oggetto della contrattazione collettiva rispetto agli obiettivi di protezione sociale individuati dal Trattato [...] non mette autonomamente al riparo i prodotti dell'autonomia collettiva dall'osservanza della logica mercantile, sottoponendoli [...] "ad un controllo sul merito dei fini, dei risultati e della congruità del rapporto tra questi"»¹⁷³. Tuttavia, gli obblighi di riassunzione di natura contrattuale godrebbero dell'*anti-trust immunity*, perché sono finalizzati e necessari a conseguire un obiettivo d'interesse generale (il miglioramento delle condizioni di lavoro) e perché rappresentano il risultato di un processo di

una clausola sociale che imponga la riassunzione dei lavoratori impiegati dal gestore uscente, devono provare che la libera scelta dei propri dipendenti può comportare una riduzione dei costi da far valere nella fase di presentazione dell'offerta.

¹⁶⁸ A mero titolo esemplificativo, cfr. art. 37, Ccnl cooperative del settore socio-sanitario, assistenziale-educativo e di inserimento lavorativo, 2010-2012, stipulato il 16 dicembre 2011.

¹⁶⁹ Problemi di tutt'altra natura si verificano nel caso degli appalti privati (dunque, dove non vi sia per legge l'obbligo di applicare un determinato contratto collettivo). Infatti, l'efficacia di una clausola sociale, prevista in un contratto collettivo, tesa al riassorbimento dei lavoratori impiegati dal precedente appaltante (esempi di queste clausole si trovano in Marinelli, 2011, 220, nt. 6 e 11; Giroto, 2012, 62 ss.; Scolastici 2013) sarebbe circoscritta dal (limitato) campo di applicazione soggettivo del contratto: gli obblighi derivanti dalla contrattazione collettiva, infatti, sono cogenti esclusivamente nei confronti delle aziende aderenti alle associazioni stipulanti il contratto collettivo ovvero a quelle cui tale contratto sia applicabile per recezione (implicita o esplicita). Sul punto, cfr. Vallebona, 1999, 217; più recentemente, cfr. interpello Ministero del Lavoro e della Previdenza Sociale 1° agosto 2012, n. 22.

¹⁷⁰ Cfr. Aimo, 2007, 121.

¹⁷¹ Il richiamo è al par. 59, Cgce 21 settembre 1999, C-67/1996, *Albany International BV*.

¹⁷² Pallini, 2000, 241.

¹⁷³ Aimo, 2007, 121 e 122.

contrattazione in grado di garantire correlazione ed equilibrio fra il fine della tutela dell'occupazione ed i sacrifici imposti alle libertà di mercato¹⁷⁴. Infatti, a differenza di quanto accade con le clausole sociali previste *ex lege*, dove il sacrificio della libertà d'impresa e di concorrenza a vantaggio dei diritti occupazionali dei lavoratori è unilateralmente determinato dal legislatore, in questo caso l'equilibrio fra libertà di mercato e diritto all'occupazione sarebbe liberamente determinato dalle parti sociali.

Dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia, però, affiorano più forti argomenti che portano ad affermare l'illegittimità delle clausole sociali tese alla salvaguardia dei livelli occupazionali nella successione fra appaltatori, già emersi, peraltro, sia nelle sentenze di giudici nazionali¹⁷⁵, sia nella giurisprudenza di altri Paesi appartenenti all'Unione europea¹⁷⁶. La legittimità delle disposizioni poste a tutela dei lavoratori, introdotte dalla contrattazione collettiva, non deve essere infatti valutata (soltanto) con riferimento alla nozione di concorrenza "all'interno del mercato", ma (anche) con riferimento alla nozione di concorrenza "nell'accesso al mercato", con il conseguente scivolamento del piano d'analisi dal principio della libera concorrenza sul mercato a quello della libertà di accesso al mercato (e, dunque, della libera prestazione di servizi).

In particolare, nella sentenza Cgue 15 luglio 2010, C-271/2008, *Commissione Europea c. Repubblica federale di Germania*¹⁷⁷, la Corte di Giustizia ha affermato che, sebbene gli accordi collettivi conclusi tra le organizzazioni rappresentative dei datori di lavoro e dei lavoratori (nonostante gli effetti restrittivi della concorrenza) non ricadano sotto le previsioni dell'art. 101, n. 1, Tfeue, ciò non implica *ex se* che siffatti accordi siano compatibili con le norme dell'Unione riguardanti l'applicazione delle libertà di stabilimento e di prestazione dei servizi. Se, infatti, l'«esercizio della libertà delle parti sociali e del diritto di negoziazione collettiva» non comporta, di per sé, «come inevitabile corollario, una lesione [...] alla libertà di stabilimento e alla libera prestazione dei servizi», «il fatto che un accordo o un'attività siano sottratti all'ambito applicativo delle disposizioni del Trattato in materia di concorrenza non ha come conseguenza automatica che tale accordo o tale attività siano altresì esonerati dal rispettare gli obblighi imposti dalle disposizioni» del Trattato in materia di libera prestazione dei servizi, «dal momento che questi due ordini di disposizioni rispondono ciascuno a specifici presupposti di applicazione»¹⁷⁸.

¹⁷⁴ Cfr. Aimo, 2007, 123. Le considerazioni dell'Autrice sono riferite alla disciplina del mercato dell'*handling* aeroportuale ed alle formulazioni dell'art. 14, d.lgs. n. 18/1999, successive a quella originaria (necessarie a seguito delle censure di legittimità effettuate dalla Corte di Giustizia: ripercorre queste vicende Costantini, 2011, 245 ss.), ma si adattano bene anche al mercato degli appalti pubblici e all'impianto del Codice degli Appalti, e, per questo motivo, sono state utilizzate ai fini della presente trattazione.

¹⁷⁵ Cfr. i riferimenti presenti in Mazzeo, 2007, 391.

¹⁷⁶ Brino, 2012, 112 ss., ricorda che, in Francia, «il *Conseil d'État* è più volte intervenuto in materia di accordi collettivi che impongono il trasferimento di una parte di lavoratori dal precedente al nuovo concessionario di un servizio pubblico». Secondo il *Conseil d'État*, la clausola negoziale che obbliga i nuovi gestori a riassumere i lavoratori impiegati dal precedente gestore dissuade i concorrenti, provocando una distorsione della concorrenza: tale disposizione, anche se finalizzata a preservare l'occupazione, apporterebbe un pregiudizio eccessivamente sproporzionato al principio della libera concorrenza.

¹⁷⁷ In questa sentenza, la Corte di Giustizia ha stabilito l'illegittimità di una normativa in materia di previdenza integrativa aziendale che consentiva alle pubbliche amministrazioni tedesche di stipulare accordi quadro con alcuni enti previdenziali, individuati da un contratto collettivo anziché scelti con gara d'appalto a livello europeo, al fine di garantire ai propri dipendenti servizi di previdenza complementare: cfr. De Salvia, 2012, 5 ss.

¹⁷⁸ Par. 46-48, sentenza Cgue C-271/2008. Cfr. anche i par. 65-67 delle conclusioni dell'Avv. Gen. V. Trstenjak alla sentenza Cgue C-271/2008, presentate il 14 aprile 2010 (su cui, cfr. Carabelli, 2011a, 231 ss.).

Alla luce dell'orientamento espresso dalla Corte di Giustizia non pare possibile sostenere che le clausole di garanzia di continuità occupazionale siano legittime, per il solo fatto che trovano la loro fonte in un contratto collettivo, anziché nella legge. Gli obblighi di riassunzione sono stati ritenuti dalla Corte di Giustizia incompatibili con il diritto dell'Unione europea, perché in grado di compromettere l'apertura dei mercati, scoraggiando potenziali *new comers* a causa del profilarsi di costi (elevati) di manodopera, non determinati dalle proprie scelte imprenditoriali (con conseguente compressione della libertà d'impresa e di prestare servizi)¹⁷⁹. Le previsioni dei contratti collettivi, al pari di qualsiasi altra disposizione (contenuta nella legge o nella *lex specialis* della gara), tesa alla protezione sociale dei lavoratori, che «preveda il riassorbimento da parte dei nuovi entranti di personale del precedente gestore, ancorché non fondata, su un obbligo legale ma derivante da una imposizione in via di fatto», sembrano allora, e allo stato, incompatibili con il diritto europeo nella misura in cui, in concreto, sono in grado di produrre «l'effetto di porre a carico dei nuovi operatori i costi di gestione di chi li ha preceduti»¹⁸⁰.

Naturalmente questo non esclude che gli orientamenti della Corte di Giustizia possano cambiare, in futuro: ma occorrerebbe una svolta in senso “sociale” delle politiche dell'Unione europea, che spingesse anche la Corte verso interpretazioni più aperte alla considerazione delle implicazioni sociali che l'attuale rigida tutela della concorrenza comporta.

4. Le “clausole sociali” e la promozione di standards sociali elevati

Come abbiamo appena avuto modo di vedere l'art. 69 del Codice degli Appalti, consente alle stazioni appaltanti di esigere il rispetto di condizioni sociali (in merito alla tutela di condizioni di lavoro dignitose ed alla tutela dei livelli occupazionali), durante la fase di esecuzione dell'appalto, purché compatibili con il diritto europeo; in particolare, le condizioni richieste (che devono riguardare non l'oggetto dell'appalto, ma le sue modalità di realizzazione): non devono violare il principio di parità di trattamento; non devono essere discriminatorie; non devono rappresentare un ostacolo alla libertà di stabilimento delle imprese e alla libera circolazione dei servizi, imponendo restrizioni che non siano necessarie, adeguate e proporzionali rispetto ai fini di protezione dei lavoratori perseguiti¹⁸¹.

¹⁷⁹ Cfr. par. 34, sentenza Cgce C-460/2002.

¹⁸⁰ Maffeo, 2007, 388. Se le disposizioni (contenute nella legge, nella *lex specialis* di gara, o nel contratto collettivo di cui è richiesta l'applicazione), che impongono la riassunzione dei lavoratori impiegati dal precedente appaltatore (ovvero dal gestore uscente del servizio), appaiono illegittime rispetto ai principi del diritto europeo, non altrettanto si può sostenere circa le disposizioni che stabiliscono ai lavoratori impiegati in un appalto il diritto di precedenza (delimitato nel tempo ed attivabile in caso di sostanziale equivalenza fra le qualifiche ricercate dall'impresa e quelle possedute dal lavoratore) nelle assunzioni che effettuerà l'imprenditore *new comer*: sul punto, ampiamente, Costantini, 2011, 256 ss. A sostegno di queste considerazioni, cfr. parere AVCP, 13 marzo 2013, nn. AG19/13, e AG 20/13, nonché parere AVCP, 23 gennaio 2013, n. 41, secondo cui le clausole sociali poste a tutela dei livelli occupazionali non possono prevedere, a favore dei lavoratori impiegati dall'appaltatore uscente, un diritto soggettivo alla riassunzione presso il *new comer*, ma, piuttosto, possono contemplare (al massimo) una priorità nella loro riassunzione «escludendo un obbligo assoluto di totale riassorbimento dei lavoratori del pregresso appalto, senza che si tengano in considerazione le mutate condizioni del nuovo appalto, il contesto sociale e di mercato o il contesto imprenditoriale in cui dette maestranze si inseriscono». In altre parole, l'appaltatore subentrante può essere tenuto ad assumere prioritariamente «gli stessi addetti che operavano alle dipendenze dell'appaltatore uscente, a condizione che il loro numero e la loro qualifica siano armonizzabili con l'organizzazione d'impresa prescelta dall'imprenditore subentrante» (Cons. Stato 16 giugno 2009, n. 3900).

¹⁸¹ Per un riepilogo, cfr. Dettori, 2013, 1001 ss.

Compatibili con i principi del diritto europeo devono risultare anche quelle clausole sociali che, nel corso del tempo, le amministrazioni pubbliche hanno iniziato (e continuano) ad inserire nei bandi di gara, e che sono relative al raggiungimento di obiettivi sociali “avanzati”, quali: il reinserimento nel mercato del lavoro di persone svantaggiate e/o escluse; la realizzazione di piani di azioni positive per la promozione dell’uguaglianza sostanziale (specialmente in un’ottica di genere); la promozione dell’occupabilità di soggetti con disabilità¹⁸².

In questa sede è interessante non tanto soffermarsi sui limiti di legittimità di siffatte clausole sociali (poiché valgono le considerazioni sviluppate nei paragrafi precedenti), quanto, piuttosto, interrogarsi sulla possibilità per le stazioni appaltanti di valorizzare la promozione di *standards* sociali avanzati non solo nella fase di esecuzione dell’appalto o della concessione, ma anche nel momento della definizione dei criteri di aggiudicazione, quando la stazione appaltante abbia optato per il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa (a scapito di quello dell’offerta economicamente più bassa)¹⁸³.

Per dare una risposta al quesito posto, è necessario partire dall’art. 53, Dir. 2004/18/CE, che disciplina il criterio di aggiudicazione degli appalti e delle concessioni dell’offerta economicamente più vantaggiosa. Questa disposizione (così come l’art. 83 del Codice degli Appalti, che traspone fedelmente l’art. 53 della direttiva), prevede che nei bandi di gara possano essere stabiliti criteri di valutazione dell’offerta legati a: prezzo; qualità; pregio tecnico; caratteristiche estetiche e funzionali; caratteristiche ambientali e contenimento dei consumi energetici e delle risorse ambientali; costo di utilizzo e manutenzione; redditività; servizio successivo alla vendita; assistenza tecnica; data di consegna o termine di consegna o di esecuzione; impegno in materia di pezzi di ricambio; sicurezza di approvvigionamento.

Come evidente, le disposizioni richiamate, a differenza dell’art. 26, Dir. 2004/18/CE, e dell’art. 69 del Codice degli Appalti, relativi alle condizioni di esecuzione degli appalti, nulla dicono in merito alla legittimità dell’utilizzo di criteri sociali nella fase di valutazione delle offerte¹⁸⁴.

La dottrina, tuttavia, ha rilevato che l’elenco di cui all’art. 53, par. 1, lett. a, Dir. 2004/18/CE (e, di conseguenza, anche quello di cui all’art. 83 del Codice degli Appalti), è esemplificativo e non tassativo e che, inoltre, la legittimità dell’utilizzo di “criteri socialmente avanzati” nella valutazione delle offerte può trovare sostegno in altre disposizioni contemplate nella disciplina italiana ed europea degli appalti pubblici¹⁸⁵. Nelle direttive europee sugli appalti, infatti, al considerando n. 46, Dir. 2004/18/CE (ma anche al considerando n. 55, Dir. 2004/17/CE), è stato esplicitamente previsto che «al fine di garantire la parità di trattamento, i criteri di aggiudicazione dovrebbero consentire di raffrontare le offerte e di valutarle in maniera oggettiva. Se tali condizioni sono soddisfatte, criteri di aggiudicazione economici e qualitativi, come quelli relativi al rispetto di requisiti

¹⁸² *Supra*, par. 1.1.

¹⁸³ *Retro*, par. 3.1.1.

¹⁸⁴ Nel processo di riformulazione dell’art. 53, Dir. 2004/18/CE, in origine, non figuravano i “criteri sociali”, quali condizioni aggiuntive che le stazioni appaltanti possono prendere in considerazione nelle fasi di aggiudicazione degli appalti: cfr. art. 76, COM(2011) 895 def.; art. 66, COM(2011) 896 def.; art. 39, COM(2011) 897 def. Il *final compromise text* del 12 luglio 2013, invece, all’art. 66, par. 2, prevede che «*the most economically advantageous tender from the point of view of the contracting authority shall be identified on the basis of the price or cost, using a cost-effectiveness approach [...] and may include the best price-quality ratio, which shall be assessed on the basis of -criteria including qualitative, environmental and/or social aspects linked to the subject-matter of the public contract in question*».

¹⁸⁵ Cfr. Contessa, 2010, par. 4.

ambientali, possono consentire all'amministrazione aggiudicatrice di rispondere ai bisogni della collettività pubblica interessata, quali espressi nelle specifiche dell'appalto. Alle stesse condizioni un'amministrazione aggiudicatrice può utilizzare criteri volti a soddisfare esigenze sociali, soddisfacenti, in particolare, bisogni – definiti nelle specifiche dell'appalto – propri di categorie di popolazione particolarmente svantaggiate a cui appartengono i beneficiari/utilizzatori dei lavori, forniture e servizi oggetto dell'appalto».

Sulla base di queste previsioni, il legislatore italiano ha stabilito la legittimità del ricorso a criteri sociali per l'assegnazione degli appalti proprio nelle disposizioni di apertura del Codice degli Appalti: l'art. 2, c. 2, in particolare, dispone che, nelle fasi dell'appalto (e, in particolare, quella dell'affidamento), il principio di economicità «può essere subordinato, entro i limiti in cui sia espressamente consentito dalle norme vigenti e dal presente codice, ai criteri, previsti dal bando, ispirati a esigenze sociali, nonché alla tutela della salute e dell'ambiente e alla promozione dello sviluppo sostenibile»¹⁸⁶.

È evidente, allora, che se anche nulla prevedono l'art. 53, Dir. 2004/18/CE, e l'art. 83 del Codice degli Appalti riguardo all'utilizzo di "criteri sociali" per l'aggiudicazione degli appalti pubblici, niente impedisce alle amministrazioni appaltanti «di colmare la richiamata lacuna normativa in sede di concreta predisposizione del bando, contemplando espressamente nell'ambito della *lex specialis* di gara criteri di valutazione espressivi di specifiche esigenze di carattere sociale»¹⁸⁷.

Questa considerazione è avvalorata dal fatto che i considerando della Dir. 2004/17/CE e della Dir. 2004/18/CE sopra richiamati (e, di conseguenza, anche le disposizioni contenute nel Codice degli Appalti), sono da leggere alla luce di quanto sancito dai considerando n. 1 delle rispettive direttive, ove è sancito che le medesime direttive si basano «sulla giurisprudenza della Corte di Giustizia, in particolare sulla giurisprudenza relativa ai criteri di aggiudicazione, che chiarisce le possibilità per le amministrazioni aggiudicatrici di soddisfare le esigenze del pubblico interessato, tra l'altro in materia ambientale e sociale»¹⁸⁸. Ed è proprio sulla giurisprudenza della Corte di Giustizia che è opportuno soffermarsi¹⁸⁹. La Corte, infatti, nella sentenza 20 settembre 1988, C-31/1987,

¹⁸⁶ Cfr. Cerbo, 2010, 26-27.

¹⁸⁷ Contessa, 2010, par. 4. Cfr. anche De Nictolis P., De Nictolis R., 2008, 2123 ss. Varva, 2011g, 357 e 358, sostiene che, nella prassi, «il confine tra requisito di ammissione alla selezione e condizione d'esecuzione rimane piuttosto mobile» e che «la distinzione tra requisiti di partecipazione, criteri selettivi e condizioni d'esecuzione non è priva di ambiguità ed incertezze».

¹⁸⁸ Cfr. Cassese, 2009, 375.

¹⁸⁹ La Commissione Europea, ha, nel corso del tempo, modificato la propria posizione circa la legittimità dei parametri di aggiudicazione degli appalti pubblici riguardanti criteri sociali. In un primo momento, infatti, nella COM(1996) 583 def. ("Gli appalti pubblici nell'Unione europea: spunti di riflessione per il futuro") la Commissione affermava che le disposizioni delle direttive anteriori alla Dir. 2004/17/CE ed alla Dir. 2004/18/CE non permettevano (per ciò che riguardava le pratiche di aggiudicazione degli appalti "sopra soglia") «di tener conto delle preoccupazioni di ordine sociale nel quadro della fase di verifica dell'ammissibilità degli offerenti o dei candidati, sulla base dei criteri di selezione relativi alla capacità economica, finanziaria o tecnica, né nella fase di aggiudicazione degli appalti sulla base dei criteri all'uopo previsti», che dovevano corrispondere alle qualità economiche inerenti alla prestazione oggetto dell'appalto (cfr. Calafà, 2000, 233; Varva, 2011g, 354). E, a poco tempo di distanza – COM(1998) 143 def. ("Gli appalti pubblici nell'Unione europea") – la Commissione ha affermato che «per prendere in considerazione il perseguimento di obiettivi sociali», le stazioni appaltanti hanno la possibilità d'«imporre [...] il rispetto degli obblighi a carattere sociale, volti, per esempio, a promuovere il lavoro femminile od a favorire la tutela di determinate categorie svantaggiate», ma solamente come condizione di realizzazione degli appalti aggiudicati (cfr. nuovamente Varva, 2011g, 355). Soltanto nella COM(2001) 566 def. ("Sul diritto comunitario degli appalti pubblici e le possibilità di integrare aspetti sociali negli appalti pubblici"), la Commissione ha manifestato un primo, timido, mutamento di indirizzo, affermando che i criteri che prendono in considerazione gli aspetti sociali «possono essere utilizzati ai fini

Beentjes, ha stabilito che l'impiego di lavoratori disoccupati stabili può costituire una "condizione supplementare", che può essere imposta dall'amministrazione aggiudicatrice, purché non produca effetti discriminatori e sia pubblicizzata¹⁹⁰.

La dottrina ha rilevato che dalla sentenza *Beentjes* non si possa dedurre in modo certo ed univoco la legittimità dell'utilizzo della clausola sociale come criterio di aggiudicazione: da un lato, infatti, la Corte di Giustizia ha affermato che la "condizione supplementare" presa in esame non ha alcun rapporto, «né con l'accertamento dell'idoneità degli imprenditori in base alla loro capacità economica, finanziaria e tecnica, né con i criteri di aggiudicazione dell'appalto»¹⁹¹. Dall'altro lato, però, si deve considerare che la Corte di Giustizia non ha specificato cosa dovesse intendersi per "condizione supplementare", ma, dal contesto, sembra potersi evincere che la clausola sociale rappresentasse un criterio per la scelta del contraente¹⁹².

Sulla liceità dell'uso delle clausole sociali come criteri per l'aggiudicazione degli appalti, tuttavia, la Corte di Giustizia si è espressa in modo più esplicito in occasioni successive: nella sentenza Cgce 26 settembre 2000, C-225/1998, *Commissione delle Comunità Europee c. Repubblica francese*, è stata giudicata legittima la presenza, all'interno di un bando pubblico di appalto, di una clausola che inseriva fra i parametri di aggiudicazione un criterio supplementare connesso alla lotta contro la disoccupazione¹⁹³. In particolare, secondo la Corte di Giustizia, i criteri di aggiudicazione degli appalti pubblici che non hanno natura economica possono essere legittimi, «perché anche fattori non meramente economici possono incidere sul valore di un'offerta aggiudicatrice»¹⁹⁴.

Ovviamente, la discrezionalità delle stazioni appaltanti nella definizione di parametri di aggiudicazione degli appalti pubblici, collegati a criteri sociali, non è assoluta: i criteri in questione devono essere riconducibili all'oggetto dell'appalto e devono soddisfare i requisiti essenziali di pubblicità, di parità di trattamento, di proporzionalità e di non discriminazione¹⁹⁵.

dell'individuazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa nei casi in cui essi comportino un vantaggio economico per l'amministrazione aggiudicatrice collegato al prodotto o servizio oggetto dell'appalto» (cfr., con maggior grado di dettaglio, Cerbo, 2011, 33).

¹⁹⁰ Sulla sentenza Cgce C-31/1987, cfr. (fra i molti) Calafà, 2000, 230; Lottini, 2002, 1950 ss.; Cerbo, 2010, 31; Varva, 2011g, 351.

¹⁹¹ Lottini, 2002, 1952.

¹⁹² Cerbo, 2010, 31, nt. 27, ricorda che «nella vicenda esaminata la società olandese *Beentjes* si doleva del «provvedimento dell'amministrazione aggiudicatrice con il quale, pur avendo presentato l'offerta più bassa, essa veniva esclusa dalla gara a vantaggio di un'impresa che aveva proposto il prezzo immediatamente superiore, «in quanto, fra l'altro, «essa non sembrava in grado di provvedere all'impiego di disoccupati stabili».

¹⁹³ Purché, anche in questo caso, tale clausola fosse stata adeguatamente pubblicizzata nel bando e non risultasse discriminatoria.

¹⁹⁴ Cfr. par. 55, sentenza Cgce 17 settembre 2002, C-513/1999, *Concordia Bus Finland Oy Ab* (ove i criteri assunti per la valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa erano relativi alla qualità ambientale dei beni offerti alla pubblica amministrazione). Analogamente, cfr. par. 33, sentenza Cgce 4 dicembre 2003 C-448/2001, *Wienstrom*, nonché par. 67, sentenza Trib. CE 25 febbraio 2003, T-4/2001, *Renco S.p.A.*; par. 51, sentenza Trib. CE 6 luglio 2005, T-148/2004, *TQ3 Travel Solutions Belgium SA*. Nella sentenza C-513/1999, la Corte di Giustizia ha rivisto profondamente la posizione che aveva assunto nel precedente caso Cgce 28 maggio 1995, C-324/1993, *Evans Medical Ltd* (ove il criterio di aggiudicazione individuato concerneva l'affidabilità e la continuità delle forniture alle pubbliche amministrazioni), in cui era stato affermato che «la scelta dell'offerta economicamente più vantaggiosa lascia alle amministrazioni aggiudicatrici la decisione sui criteri di attribuzione dell'appalto che intendono adottare, purché questa decisione verta unicamente su criteri rivolti a identificare l'offerta economicamente più vantaggiosa» (cfr. Cerbo, 2010, 32).

¹⁹⁵ Cfr. Lottini, 2002, 1953; Cerbo, 2010, 35, che richiamano (implicitamente) i contenuti dei considerando n. 1, Dir. 2004/17/CE e Dir. 2004/18/CE. Cfr. anche la determinazione AVCP, 24 novembre 2011, n. 7. Si ricorda che l'art. 283, c. 1, d.P.R. n. 207/2010, stabilisce che «al fine della determinazione dei criteri di valutazione, le stazioni appaltanti hanno la facoltà di concludere protocolli di intesa o protocolli di intenti con soggetti pubblici con competenze in materia di ambiente, salute, sicurezza, previdenza, ordine pubblico nonché con le organizzazioni sindacali e imprenditoriali, al fine di attuare nella loro concreta attività di committenza il principio» di cui all'art. 2, c. 2, del Codice degli Appalti.

Proprio sul principio di non discriminazione è opportuno soffermarsi: in particolare, il rischio da scongiurare è che i criteri sociali si traducano «in pretestuose cause di discriminazione fra i vari offerenti, in particolare al fine di favorire occultamente concorrenti già stabiliti su un certo territorio»¹⁹⁶. Nei bandi degli appalti pubblici, infatti, è spesso previsto che le imprese debbano assorbire una percentuale di manodopera inoccupata, disoccupata o svantaggiata, residente sul territorio ove verrà eseguita l'opera pubblica (ovvero sarà gestito o affidato in concessione il servizio pubblico), al fine di avere migliori valutazioni della propria offerta in sede di aggiudicazione dell'appalto.

Ma la Corte di Giustizia, in più occasioni, ha avuto modo di stabilire che siffatte disposizioni, contenute nella *lex specialis* della gara, possono non essere legittime, in quanto i requisiti richiesti, sebbene apparentemente neutri, possono avere l'effetto di favorire le imprese stabilite in quel determinato territorio¹⁹⁷. In altri termini, disposizioni come quelle ora descritte sono state spesso considerate illegittime perché discriminatorie *loci ratione*: l'illegittimità dell'utilizzo di criteri che favoriscano, nella fase di aggiudicazione dell'appalto, le imprese locali, emerge sia dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia appena ricordata, sia dalla giurisprudenza nazionale¹⁹⁸, come testimoniano alcune sentenze della Corte Costituzionale¹⁹⁹ e dei giudici amministrativi²⁰⁰ (e, *last but not least*, alcune determinazioni dell'AVCP²⁰¹²⁰²).

4.1. La riserva a favore dei "laboratori protetti"

La possibilità di utilizzare criteri sociali nella fase di aggiudicazione degli appalti non è l'unica strada che le stazioni appaltanti hanno di promuovere *standards* di occupazione socialmente avanzati.

Nell'impianto delle direttive europee sugli appalti pubblici, è stata contemplata la possibilità, per gli Stati membri, di «riservare la partecipazione alle procedure di aggiudicazione di appalti pubblici» a laboratori protetti o di «riservarne l'esecuzione nel contesto di programmi di lavoro

¹⁹⁶ Cerbo, 2010, 40.

¹⁹⁷ Cfr. par. 30, Cgce 20 settembre 1988, *Beentjes*, secondo cui «la condizione relativa all'impiego di disoccupati stabili potrebbe, in particolare, violare il divieto di discriminazione fondata sulla nazionalità [...] qualora risultasse che una condizione del genere può essere soddisfatta soltanto dagli offerenti dello Stato in questione o può essere più difficilmente soddisfatta da offerenti di altri Stati membri. Spetta al giudice nazionale accertare, tenuto conto di tutte le circostanze del caso di specie, se l'imposizione di una siffatta condizione abbia o meno, direttamente o indirettamente, effetti discriminatori». Queste affermazioni sono state ribadite nella successiva giurisprudenza della Corte di Giustizia, che, nella pronuncia 20 marzo 1990, C-360/1989, *Commissione delle Comunità Europee c. Repubblica italiana*, ha stabilito che una disposizione (di legge: nello specifico l'art. 2, n. 1, l. 17 febbraio 1987, n. 80) che «riservi una parte dei lavori ai subappaltatori stabiliti nella regione in cui i lavori devono essere eseguiti integra una discriminazione nei confronti delle imprese stabilite negli altri Stati membri». Infatti, benché questa disposizione escludesse «da una quota dei lavori anche le imprese stabilite in Italia ed aventi sede al di fuori della regione interessata», ciò non toglie che tutti i subappaltatori che ne risultavano favoriti erano «imprese italiane» e questo rappresentava un'illegittima restrizione al principio della libera prestazione dei servizi. Cfr. anche la sentenza Cgce 22 giugno 1993, C-243/1989, *Commissione delle Comunità Europee c. Regno di Danimarca* (in particolare, par. 4 e 45).

¹⁹⁸ Cfr. ampiamente Varva, 2011g, 364.

¹⁹⁹ Cfr. Corte Cost. 26 giugno 2001, n. 207 (in *Le Regioni*, 2002, 124) e 22 dicembre 2006, n. 440 (in *Giur. Cost.*, 2006, 4465).

²⁰⁰ Cfr. Cons. Stato 14 settembre 2006, n. 440.

²⁰¹ Cfr. comunicato AVCP, 20 ottobre 2010 (e, lì, ampi riferimenti a precedenti determinazioni della stessa AVCP), su cui Beccaria, 2011, 45 ss.

²⁰² Per interessanti considerazioni sui "miti del localismo", cfr. Guariso, 2012, 657 ss.

protetti», con una limitazione diretta del campo della concorrenza, attraverso la restrizione del novero dei possibili partecipanti alla gara²⁰³.

La fattispecie della riserva degli appalti a favore dei laboratori protetti, ontologicamente differente rispetto a quella delle clausole che valorizzano gli aspetti sociali dell'appalto nella fase di aggiudicazione²⁰⁴, è disciplinata nell'ordinamento nazionale dall'art. 52 del Codice degli Appalti. In particolare, questa disposizione prevede che, «fatte salve le norme vigenti sulle cooperative sociali e sulle imprese sociali, le stazioni appaltanti possono riservare la partecipazione alle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici, in relazione a singoli appalti, o in considerazione dell'oggetto di determinati appalti, a laboratori protetti nel rispetto della normativa vigente, o riservarne l'esecuzione nel contesto di programmi di lavoro protetti quando la maggioranza dei lavoratori interessati è composta di disabili i quali, in ragione della natura o della gravità del loro handicap, non possono esercitare un'attività professionale in condizioni normali»²⁰⁵.

L'art. 52 del Codice degli Appalti pone un evidente problema di coordinamento fra la disciplina italiana e quella europea: la nozione di "laboratorio protetto", infatti, non trova precise corrispondenze all'interno dell'ordinamento italiano. La migliore *proxy* possibile del concetto di "laboratorio protetto", nel diritto interno, è rappresentata dalla nozione di "cooperativa sociale"²⁰⁶: le due nozioni, però, non sono perfettamente sovrapponibili.

Da un lato, infatti, per essere qualificato come "laboratorio protetto", un ente deve «a) essere un soggetto giuridico, costituito nel rispetto della vigente normativa, che eserciti in via stabile e principale un'attività economica organizzata; b) prevedere nei documenti sociali, tra le finalità dell'ente, quella dell'inserimento lavorativo delle persone disabili; c) avere nel proprio ambito una maggioranza di lavoratori disabili che, in ragione della natura o della gravità del loro handicap, non possono esercitare un'attività professionale in condizioni normali»²⁰⁷.

Dall'altro lato, invece, le cooperative sociali sono società contraddistinte dallo scopo mutualistico di fornire ai soci occasioni di lavoro a condizioni più vantaggiose di quelle che otterrebbero dal mercato (relazione ministeriale al Codice Civile, n. 1025) ed hanno lo scopo di «perseguire l'interesse generale della comunità alla promozione umana e all'integrazione sociale dei cittadini attraverso: a) la gestione di servizi socio-sanitari ed educativi; b) lo svolgimento di attività diverse -

²⁰³ Cfr. art. 28, Dir. 2004/17/CE, e art. 19, Dir. 2004/18/CE. Al fine di potersi avvalere della disposizione, le stazioni appaltanti devono rendere nota la propria intenzione dandone indicazione nel bando di gara.

²⁰⁴ Cfr. Cerbo, 2010, 37-38. Sembra esservi, invece, sovrapposizione fra le due fattispecie in Battistini, 2011, 674.

²⁰⁵ Pesce, 2010, 341, rileva che nei «*sheltered workshops/imprese protette*, i dipendenti sono disabili»; nei «*sheltered employment programmes/programmi d'impiego*, invece, i lavoratori sono assunti come parte delle forze di lavoro generale». Devono essere considerati soggetti disabili i «portatori di handicap, i quali a causa della natura o della gravità della menomazione non possono esercitare un'attività professionale in condizioni normali di lavoro e ai quali è offerta la sicurezza connessa a un contratto di lavoro o di apprendistato per la riqualificazione professionale»: cfr. Relazione della Commissione giuridica e per il mercato interno del 29 ottobre 2001 sulla proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture, di servizi e di lavori - COM(2000) 275 – C5-0367/2000 – 2000/0115(COD).

²⁰⁶ Cfr. Varva, 2011f, 379. Più lontana dalla nozione di "laboratorio protetto", invece, appare la nozione di "impresa sociale": può essere qualificata come impresa sociale, ogni organizzazione privata che, ai sensi dell'art. 1, d.lgs. 24 marzo 2006, n. 155, esercita «in via stabile e principale un'attività economica organizzata al fine della produzione o dello scambio di beni o servizi di utilità sociale, diretta a realizzare finalità d'interesse generale». Sulla nozione di "impresa sociale", cfr. Fuccillo, 2007, 296 ss.

²⁰⁷ Determinazione AVCP, 23 gennaio 2008, n. 2.

agricole, industriali, commerciali o di servizi - finalizzate all'inserimento lavorativo di persone svantaggiate»²⁰⁸.

È evidente che le cooperative sociali che possono fungere da *proxy* alla nozione di "laboratorio protetto" sono quelle "di tipo b)": soltanto queste ultime, infatti, sono caratterizzate dallo scopo dell'inserimento lavorativo di persone svantaggiate. Tuttavia, fra la disciplina dei "laboratori protetti" e quella delle cooperative sociali "di tipo b)" vi è una rilevante differenza per quanto riguarda proprio i destinatari della disciplina²⁰⁹: nella prima, è fatto riferimento esclusivamente ai soggetti con disabilità; nella seconda (art. 4, c. 1, l. n. 381/1991), invece, il legislatore ha richiamato, più in generale, le "persone svantaggiate", ovvero «gli invalidi fisici, psichici e sensoriali, gli ex degenti d'istituti psichiatrici, i soggetti in trattamento psichiatrico, i tossicodipendenti, gli alcolisti, i minori in età lavorativa in situazioni di difficoltà familiare, i condannati ammessi alle misure alternative alla detenzione»²¹⁰.

Dunque, il beneficio che il legislatore europeo ha accordato ai "laboratori protetti" non può essere "traslato" *ex se* a favore delle cooperative sociali "di tipo b)"²¹¹, a causa della differente platea di lavoratori cui si riferisce l'art. 52 del Codice degli Appalti rispetto a quella di cui all'art. 4, c. 1, l. n. 381/1991²¹², e a causa del fatto che, secondo quanto previsto dall'art. 4, c. 2, l. n. 381/1991, le persone svantaggiate, all'interno di una cooperativa sociale, devono costituire almeno il trenta per cento dei lavoratori, mentre nei "laboratori protetti" la percentuale di lavoratori disabili impiegati deve essere pari almeno alla metà della forza lavoro²¹³.

²⁰⁸ Art. 1, l. 8 novembre 1991, n. 381.

²⁰⁹ Varva, 2011b, 380.

²¹⁰ Devono considerarsi inoltre, come persone svantaggiate, «i soggetti indicati con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, su proposta del Ministro del lavoro e della previdenza sociale, di concerto con il Ministro della sanità, con il Ministro dell'interno e con il Ministro per gli affari sociali, sentita la commissione centrale per le cooperative».

²¹¹ A maggior ragione, il beneficio non può essere "traslato" a favore delle cooperative sociali "di tipo a)": per riferimenti giurisprudenziali in merito, cfr. Varva, 2011b, 382. In questa sede non ci sofferma sull'art. 5, l. n. 381/1991, ove è disposto (al comma 1) che «gli enti pubblici, compresi quelli economici, e le società di capitali a partecipazione pubblica, anche in deroga alla disciplina in materia di contratti della pubblica amministrazione, possono stipulare convenzioni con le cooperative che svolgono le attività di cui all'art. 1, c. 1, lett. b, ovvero con analoghi organismi aventi sede negli altri Stati membri della Comunità europea, per la fornitura di beni e servizi diversi da quelli socio-sanitari ed educativi il cui importo stimato al netto dell'I.V.A. sia inferiore agli importi stabiliti dalle direttive comunitarie in materia di appalti pubblici, purché tali convenzioni siano finalizzate a creare opportunità di lavoro per le persone svantaggiate di cui all'art. 4, c. 1», l. n. 381/1991. Su questa disposizione, si segnala la recente sentenza Cons. Stato 29 aprile 2013, n. 2342 (su cui Dello Sbarba, 2013, 929 ss.).

²¹² Ampiamente, sul punto, cfr. Bartoli, Ranieri, Scialdone, 2008.

²¹³ In senso contrario, cfr. Leone, 2013, 776-777. L'Autrice evidenzia che, all'art. 52 del Codice degli Appalti «fra la parte relativa ai laboratori protetti e quella relativa ai programmi di lavoro protetti, con connesso riferimento numerico, c'è la disgiuntiva "o" preceduta da una virgola, che sembra ancorare l'inciso (riferito all'impiego di una maggioranza di lavoratori disabili: n.d.r.) alla sola seconda parte della norma» (e, quindi, ai programmi di lavoro protetti). Se tale interpretazione letterale della norma non viene accolta, si ingenera il conflitto fra norme descritte nel testo, poiché «la cooperativa sociale che volesse essere qualificata come laboratorio protetto dovrebbe, infatti, avere alle proprie dipendenze una percentuale ben maggiore di disabili (50% + 1) di quella fissata in generale dalla l. n. 381/1991 (cioè il 30%) per tutte le categorie di lavoratori svantaggiati». Accogliendo, invece, la tesi che "ancora" ai programmi di lavoro protetto il riferimento che l'art. 52 del Codice degli Appalti fa alla maggioranza di soggetti disabili fra i lavoratori coinvolti nell'appalto, è possibile affermare che i laboratori protetti non soltanto non devono presentare una percentuale di lavoratori disabili superiore rispetto a quella stabilita dalla l. n. 381/1991 per le cooperative sociali, ma anche che «la stessa espressione "disabili" non vincola i suddetti laboratori che, di conseguenza, non incontrerebbero alcuna limitazione di ordine soggettivo e potrebbero, invero, soddisfare esigenze di inserimento nel mercato anche di altre categorie svantaggiate». In merito, si segnala che i problemi relativi al profilo "soggettivo" delle imprese coinvolte in un appalto pubblico verrebbero superati in caso di approvazione delle nuove proposte di direttiva sugli appalti pubblici, ove è previsto che gli Stati membri possano riservare il diritto di partecipazione alle procedure di appalto a laboratori protetti e ad operatori economici il cui scopo principale sia l'integrazione sociale e professionale dei

Peraltro, non è soltanto la nozione di “laboratorio protetto” a suscitare rilevanti interrogativi: interrogativi ne pone anche la nozione di “programma di lavoro protetto”. In particolare, si può rilevare che, in questi programmi, possono essere coinvolti soggetti giuridici anche privi dei requisiti necessari per essere riconosciuti come “laboratori protetti” purché ricorrano, nell’esecuzione dello specifico appalto oggetto di bando di gara, all’impiego di lavoratori disabili in misura superiore al cinquanta per cento degli occupati. In questa nozione di “programma di lavoro protetto”, perciò, potrebbero figurare anche forme di *partnership* “privato-privato sociale” (cioè fra imprese, anche *for profit*, ed imprese e cooperative sociali), oggi non definite nel nostro ordinamento²¹⁴.

Pur senza indugiare oltre sui problemi che pone l’art. 52 del Codice degli Appalti nel recepire gli artt. 28, Dir. 2004/17/CE, e 19, Dir. 2004/18/CE, ciò che è importante sottolineare in questa sede è il fatto che «il perseguimento di un obiettivo di tipo sociale attraverso lo strumento dell’appalto pubblico avviene [...] attraverso la creazione di una riserva di partecipazione operante sia sotto il profilo soggettivo (laboratori protetti) che oggettivo (programmi protetti), in entrambi i casi caratterizzata dall’impiego maggioritario di disabili»²¹⁵. Il dato rilevante, ai fini della nostra analisi, dunque, è che sia le direttive europee, sia l’art. 52 del Codice degli Appalti consentono una deroga ai principi della concorrenza all’interno della disciplina degli appalti pubblici, consistente nella creazione di un “mercato riservato”, nel quale, comunque, deve essere garantita una competizione concorrenziale fra i vari soggetti che su quel mercato ristretto operano²¹⁶.

In altre parole, nel caso degli appalti riservati ai laboratori protetti ovvero nel contesto di programmi di lavoro protetti, il meccanismo concorrenziale, per quanto ristretto, è preservato: ed è proprio il fatto che vi sia comunque una gara riservata, non collegata ad alcun affidamento diretto ed improntata ad una logica concorrenziale, che permette di ritenere compatibile la disciplina dall’art. 52 del Codice degli Appalti con il diritto europeo della concorrenza²¹⁷.

lavoratori con disabilità e lavoratori svantaggiati o riservarne l’esecuzione nel contesto di programmi di lavoro protetti, quando oltre il 30% dei lavoratori dei suddetti laboratori, operatori economici o programmi sia composto da persone con disabilità o da lavoratori svantaggiati: cfr. art. 31, COM(2011) 895 def.; art. 17, COM(2011) 896 def.; art. 20, COM(2011) 897 def.

²¹⁴ Cfr. Bartoli, Ranieri, Scialdone, 2008.

²¹⁵ Determinazione AVCP n. 2/2008.

²¹⁶ Cfr. Ventura, 2011, 533.

²¹⁷ La garanzia dei meccanismi concorrenziali non pare essere assicurata dal disposto dell’art. 5, l. n. 381/1991, in cui è stabilita «la possibilità di affidare alle cooperative sociali “di tipo b)” per chiamata diretta o convenzione, la fornitura di beni e servizi differenti da quelli socio-sanitari ed educativi, d’importo inferiore alla soglia comunitaria» (sull’identificazione dei beni e dei servizi che possono essere appaltati tramite convenzione, cfr. Agostini, 2010, 20). Questa disposizione consente l’affidamento diretto alle cooperative sociali e per questo, in dottrina, ci si è interrogati sulla legittimità di una previsione che permette una deroga ai meccanismi concorrenziali (sebbene applicabile solamente negli appalti “sotto soglia”): cfr. Ventura, 2011, 533. In proposito, però, cfr. il Tar Lazio 26 aprile 2012, n. 3767, in cui è stata definita la portata dell’art. 5, l. n. 381/1981: il rinvio allo strumento della convenzione previsto in questa disposizione, finalizzato ad assicurare l’avviamento al lavoro di persone svantaggiate, «non può consentire una completa deroga al generale obbligo di confronto concorrenziale in caso di utilizzo di risorse pubbliche per l’individuazione di un soggetto privato cui affidare lo svolgimento di servizi pubblici, per cui occorre il ricorso ad un confronto nel rispetto dei principi generali della trasparenza e della *par condicio*». Sulla base di questo insegnamento, una parte della dottrina (riconducendosi a quanto stabilito dalla determinazione AVCP, 1° agosto 2012, n. 3) ha affermato che, una volta che la stazione appaltante abbia individuato quali esigenze di forniture e servizi possano essere garantite per mezzo di convenzioni con le cooperative sociali di tipo b) ed abbia reso nota la propria volontà di procedere in tal senso, nel caso in cui vi sia una pluralità di cooperative interessate alla stipulazione della una convenzione, la stazione appaltante dovrà esperire una procedura competitiva fra le cooperative interessate (cfr. Agostini, 2013, 13). Resta fermo che «mentre la scelta del contraente può avvenire anche in deroga alla disciplina del Codice dei contratti e del Regolamento, la fase

5. Riflessioni conclusive sulla primazia delle logiche concorrenziali sui diritti sociali dei lavoratori nella disciplina degli appalti pubblici. Spunti critici

Giunti alla conclusione dell'indagine, possiamo tentare di dare una risposta all'interrogativo da cui eravamo partiti, affermando che, alle disposizioni di finalizzazione sociale ed alle c.d. clausole sociali "in senso proprio", il legislatore europeo e quello nazionale conferiscono un rilievo nient'affatto secondario nell'impianto della disciplina degli appalti pubblici.

Tuttavia, quando si va a verificare, nel concreto, fino a che punto le "disposizioni sociali" possano spingersi a tutelare il lavoro dipendente, comprimendo la possibilità per le imprese di competere sul terreno delle condizioni di lavoro e di occupazione, ci si scontra con il fatto che gli obiettivi principali della disciplina europea (sia quella vigente, sia quella in via di approvazione) e di quella nazionale degli appalti restano pur sempre quelli della garanzia di una concorrenza effettiva fra le imprese e della maggiore apertura possibile del mercato degli appalti e delle concessioni pubbliche.

Diviene allora evidente, come ha rilevato la dottrina, che le "disposizioni sociali" aprono soltanto una breccia nell'impianto della normativa sugli appalti pubblici, finalizzata principalmente alla tutela della concorrenza e delle altre libertà economiche sancite dal Tfeue²¹⁸: si tratta di un varco significativo dunque, ma pur sempre di un varco. Ed il fatto che i margini di manovra per garantire la promozione ed il raggiungimento di obiettivi sociali negli appalti pubblici, in un quadro improntato alla garanzia ed allo sviluppo della concorrenza, siano ristretti, emerge con ancora maggiore evidenza dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia che, nelle più recenti sentenze in cui ha deciso su fattispecie riguardanti gli appalti pubblici²¹⁹, ha stabilito una sostanziale primazia delle logiche della concorrenza sui diritti sociali²²⁰.

dell'esecuzione delle prestazioni oggetto di convenzione resta sottoposta a tutte le norme non espressamente derogate e, in particolare, alle disposizioni che regolano gli appalti di servizi e forniture sotto soglia» (determinazione AVCP n. 3/2012).

²¹⁸ Cfr. Cerbo, 2011, 31.

²¹⁹ Il riferimento è alle già citate sentenze Cgce C-460/2002, Cgce C-386/2003, Cgce C-271/2008, e, soprattutto, alle sentenze Cgce C-341/2005 e Cgce C-346/2006.

²²⁰ Peraltro, secondo una parte della dottrina, la primazia della tutela della concorrenza emergerebbe anche dall'analisi della giurisprudenza della Corte Costituzionale. La Corte Costituzionale, nella sentenza n. 52/2012 (citata in nt. 41), ha ritenuto che l'art. 2, cc. 4 e 5, l. reg. Marche 4 aprile 2011, n. 4 (anche nel testo novellato dalla successiva l. reg. Marche 31 ottobre 2011, n. 20), violasse l'art. 117, c. 2, lett. e, Cost., in materia di tutela della concorrenza. Le disposizioni regionali ricordate individuavano negli «elementi di valutazione connessi con la tutela della salute e della sicurezza nel cantiere» un criterio di ammissibilità delle offerte, laddove, invece, gli artt. 86, c. 3 *bis*, e 87, c. 4, del Codice degli Appalti, stabiliscono che il costo relativo alla sicurezza debba soltanto risultare «congruo rispetto all'entità e alle caratteristiche dei lavori, dei servizi o delle forniture», essendo un semplice criterio di valutazione delle (eventuali) anomalie delle offerte. In particolare, la Corte ha stabilito che l'art. 2, cc. 4 e 5, l. reg. Marche n. 4/2011 (ove era stabilito che gli atti posti a base della procedura contrattuale dovessero prevedere «una soglia minima di ammissibilità delle offerte relativamente all'elemento o agli elementi di valutazione connessi con la tutela della salute e della sicurezza nel cantiere» e che a tale soglia minima, comunque, non potesse essere assegnato un punteggio «superiore al 20 per cento del punteggio massimo attribuito all'elemento o agli elementi di valutazione») entrasse in contrasto con l'art. 4, c. 3, del Codice degli Appalti, dove è fatto divieto alle Regioni di dettare nelle materie della qualificazione e selezione dei concorrenti e dei criteri di aggiudicazione, una disciplina differente da quella statale: questo contrasto fra disciplina regionale e nazionale avrebbe rappresentato una violazione della competenza esclusiva del legislatore nazionale in materia di tutela della concorrenza. Da questa sentenza, che riguarda il problema del riparto delle competenze fra Stato e Regioni in materia di appalti pubblici, forse è eccessivo trarre indicazioni circa l'adozione, da parte della Corte Costituzionale, di un approccio alla materia degli appalti pubblici improntato alla massima apertura del mercato, anche se a scapito dei diritti sociali dei lavoratori. Una parte della dottrina, però, ha rilevato che in tema di "qualificazione e selezione dei concorrenti" non sia stata riconosciuta la concorrente competenza delle Regioni nell'ambito della salute o della sicurezza nei cantieri, ma si sia postulato che la valorizzazione delle misure di protezione dei lavoratori possa avere effetti recessivi rispetto alla tutela della concorrenza: «tale

La libertà economica, infatti, è stata assunta dalla Corte di Giustizia «come lo scopo fondamentale e preminente che deve guidare il sindacato di legittimità» delle normative lavoristiche nazionali: queste ultime possono essere considerate legittime, ai sensi dell'art. 56 Tfeue, soltanto nel caso in cui non rappresentino un ostacolo alla libertà di stabilimento ed alla libera circolazione dei servizi e risultino necessarie, adeguate e proporzionali rispetto ai fini perseguiti di tutela dei lavoratori²²¹. Addirittura, la Corte, nei casi in cui alla fattispecie dell'appalto era connessa quella del distacco transnazionale dei lavoratori, ha interpretato in chiave "minimalista" (nel senso chiarito sopra al par. 3.2.1) l'art. 3, par. 7²²², e l'art. 3, par. 10, Dir. 1996/71/CE²²³, con il risultato di legittimare una sorta di "concorrenza fra ordinamenti giuridici"²²⁴. Ed il raffronto competitivo fra ordinamenti, improntato alla lettura "minimalista" delle normative poste a tutela dei lavoratori, ha come conseguenza quella che è stata definita "costituzionalizzazione" del *dumping* sociale²²⁵.

Tale "costituzionalizzazione", tuttavia, è contraria non soltanto agli scopi di tutela dei lavoratori distaccati, pure enunciati dalla Dir. 1996/71/CE²²⁶, ma anche alla finalità di orientare gli appalti pubblici verso obiettivi sociali (fra cui spiccano, come abbiamo avuto modo di vedere, quelli di protezione dei lavoratori impiegati in tali appalti), enunciata nelle vigenti Dir. 2004/17/CE e Dir. 2004/18/CE ed affermata, con ancora maggior forza, nelle nuove proposte di direttiva sugli appalti. E, addirittura, l'istituzionalizzazione del *dumping* entra direttamente in rotta di collisione con gli obiettivi perseguiti sia dalla Dir. 1996/71/CE²²⁷ e dalle Dir. 2004/17/CE e Dir. 2004/18/CE, relativi allo sviluppo, nel mercato europeo, di una *fair competition* fra le imprese.

Peraltro, la "costituzionalizzazione" del *dumping* sociale rappresenta solamente un discutibile esito e, non già, un approdo inevitabile dell'attività decisoria della Corte di Giustizia.

Da un lato, si arriva a tale discutibile esito perché, com'è stato rilevato dalla dottrina, la costruzione di un mercato interno egemonizzato dal valore di una libera circolazione dei servizi, sottratta al principio di territorialità nell'applicazione delle normative di tutela dei lavoratori, fa del

aprioristica graduazione di beni costituzionali appare poco convincente, soprattutto perché solo in apparenza assume rilievo esclusivamente sul piano del riparto della competenza legislativa. In realtà essa dissimula una preminenza sostanziale, idonea a cagionare l'illegittimità costituzionale non tanto perché risulti violato un ambito di competenza, ma in ragione di una preformata gerarchia assiologica in cui la concorrenza si considera poizore rispetto ad altri beni, pur costituzionalmente rilevanti» (Principato, 2012, 728 ss.).

²²¹ Cfr. e cit. Bano, 2009, 131.

²²² Nel senso che uno Stato membro non può subordinare l'effettuazione di una prestazione di servizi sul suo territorio al rispetto di condizioni di lavoro e di occupazione che siano più gravose della soglia di protezione minima dei lavoratori, perché altrimenti sarebbero sfavoriti i prestatori di servizi stabili in altri Stati, ove la normativa lavoristica sia meno rigorosa di quella dello Stato ospite: cfr. Ballestrero, 2008, 387 ss. (*retro*, nt. 126).

²²³ Nel senso che il concetto di "ordine pubblico" (che può legittimare uno Stato membro ad imporre in pari misura alle imprese nazionali ed a quelle di altri Stati condizioni di lavoro e di occupazione anche se eccedenti il livello minimo di tutela) non può essere inteso come "ordine sociale nazionale", ma deve interpretarsi alla stregua di "ordine pubblico internazionale": cfr. Giubboni, Orlandini, 2007, 120 (*retro*, nt. 132).

²²⁴ Cfr. Pallini, 2008, 9, il quale illustra il *favor* della Corte di giustizia per l'instaurazione di un rapporto competitivo fra gli ordinamenti degli Stati membri, che ha trovato un primo ambito di applicazione nell'ambito del diritto societario (cfr. il *leading case* Cgce 9 marzo 1999, C-212/1997, *Centros Ltd*) e che si è poi diffuso anche in campo lavoristico.

²²⁵ Il termine è preso a prestito da Rodríguez-Piñero Y Bravo-Ferrer, 2008. Concetti equivalenti sono espressi da Carabelli, 2011b, 225.

²²⁶ Cfr., recentemente, Zilio Grandi, 2011, 50 ss.

²²⁷ Considerando n. 5, Dir. 1996/71/CE (secondo cui lo «sviluppo della prestazione transnazionale di servizi esige un clima di leale concorrenza e misure che garantiscano il rispetto dei diritti dei lavoratori»), su cui Balandi, 1998, 116 ss.

principio della parità di trattamento una vera e propria “vittima”²²⁸. La libertà di prestare servizi transfrontalieri nel mercato interno, infatti, deve essere «rafforzata assicurando che i fornitori nazionali ed esteri siano confrontati a condizioni economiche e di mercato del lavoro analoghe a quelle del luogo di prestazione dei servizi»: «nel quadro della libertà di prestazione di servizi o di stabilimento, la cittadinanza del datore di lavoro, dei dipendenti o dei lavoratori distaccati non può giustificare ineguaglianze nelle condizioni normative, retributive o nell’esercizio dei diritti fondamentali»²²⁹.

Dall’altro lato, la “costituzionalizzazione” del *dumping* sociale rappresenta un approdo non inevitabile, dal momento che l’interpretazione in chiave “minimalista” dell’art. 3, par. 7, e (soprattutto) dell’art. 3, par. 10, Dir. 1996/71/CE (il presupposto su cui si fonda la possibilità del “raffronto competitivo” fra gli ordinamenti giuridici europei) adottata dalla Corte di Giustizia non è l’unica possibile, ed è suscettibile di fondate critiche. Infatti, come ha sottolineato una parte della dottrina, nonostante la considerazione che «il metro di valutazione delle “disposizioni di ordine pubblico” debba esser comune a tutti gli Stati membri, la differenza delle scelte sociali operate da questi può ben giustificare – utilizzando lo stesso metro valutativo – una applicazione differenziata di norme e contratti nazionali dello Stato ospitante ai lavoratori distaccati anche per materie ulteriori a quelle indicate» nell’elencazione contemplata all’art. 3, par. 1, Dir. 1996/71/CE: elencazione che «è troppo ridotta per assolvere di per sé alla funzione di preservazione dell’ordine pubblico che ogni Stato membro ha inteso edificare»²³⁰.

Si può allora mettere in evidenza il fatto che è stata la stessa Corte di Giustizia ad affermare con forza l’esigenza di scongiurare le pratiche di *dumping* sociale: la Corte ha stabilito, infatti, che «la protezione dei lavoratori dello Stato ospitante contro un’eventuale pratica di *dumping* sociale può costituire una ragione imperativa d’interesse generale, ai sensi della giurisprudenza della Corte, tale da giustificare, in linea di principio, una restrizione a una delle libertà fondamentali garantite dal Trattato»²³¹, dal momento che lo scopo di «prevenire una concorrenza sleale da parte delle imprese che retribuiscono i loro dipendenti a un livello inferiore rispetto a quello corrispondente al salario minimo [...] può essere preso in considerazione quale esigenza imperativa atta a giustificare una restrizione della libera prestazione dei servizi»²³².

Non si può, tuttavia, omettere di rilevare che a queste affermazioni, che avrebbero dovuto conferire alla necessità degli Stati «di difendere i propri sistemi di protezione sociale e di tutela del lavoro dal *dumping* sociale, cioè della concorrenza attuata dalle imprese straniere grazie al più basso costo del lavoro del quale beneficiano nei Paesi di stabilimento», la dignità di principio regolatore del mercato, non siano mai seguite coerenti valutazioni da parte della medesima Corte di Giustizia, quando è stata chiamata a giudicare «i limiti di “estensione” del sistema lavoristico nazionale ad imprese di servizi stranieri»²³³. La Corte, infatti, non ha mai chiarito in che misura e

²²⁸ Cfr. Lo Faro, 2010, 66 ss.

²²⁹ Risoluzione del Parlamento europeo 22 ottobre 2008, n. 2008/2085 (INI).

²³⁰ Cfr. e cit. Pallini, 2009, 204 ss.

²³¹ Par. 103, sentenza Cgce C-341/2005 (ma, già in precedenza, par. 77, Cgce 11 dicembre 2007, C-438/2005, *International Transport Workers’ Federation, Finnish Seamen’s Union / Viking Line ABP, OÜ Viking Line Eesti*).

²³² Par. 41, Cgce 12 ottobre 2004, C-60/2003, *Wolff & Müller GmbH & Co. KG*.

²³³ Orlandini, 2008, 43.

fino a che punto le misure di protezione dal *dumping* siano compatibili con gli equilibri del mercato interno²³⁴: anzi, nelle sentenze che abbiamo avuto occasione di prendere in considerazione nel corso di questa indagine, le ragioni della libertà di concorrenza hanno sempre finito per prevalere sulle istanze di tutela dei lavoratori e dei diritti sociali di questi.

Era inevitabile, dunque, che dal legislatore europeo ci si aspettasse, nelle proposte di riforma delle direttive sugli appalti e sul distacco transnazionale, maggiore sensibilità al tema dei diritti sociali dei lavoratori, sacrificati, nelle sentenze della Corte di Giustizia, sull'altare delle esigenze di apertura dei mercati nazionali alla concorrenza.

I risultati, tuttavia, non sembrano all'altezza delle aspettative. Da un lato, si può rilevare che, nella recente proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio concernente l'applicazione della Dir. 1996/71/CE relativa al distacco dei lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi, COM(2012) 131 def., viene perseguito lo scopo di reprimere il fenomeno (che ben interessa il sistema degli appalti pubblici) delle cosiddette "*letter box company*", ossia di quelle società create dall'imprenditore di uno Stato membro che «sposta la propria sede in altro Stato (o vi impianta un'impresa controllata subfornitrice)» ed «applica ai dipendenti assunti *in loco* il relativo trattamento, salvo poi utilizzare il medesimo personale in regime di distacco nello Stato di originaria sede, senza dover estendere al medesimo il relativo maggior trattamento normativo ed economico»²³⁵. A tale fine, nella proposta di direttiva, sono stati indicati alcuni accorgimenti (che si sostanziano nell'individuazione di una serie di "elementi di fatto") tesi ad appurare l'effettiva presenza dell'impresa distaccante nel territorio di stabilimento²³⁶.

In sostanza, questa proposta di direttiva ha come obiettivo quello di scongiurare (o, quanto meno, arginare) il fenomeno del *dumping* sociale²³⁷. Tuttavia, si deve registrare che, a fronte degli scopi perseguiti e degli strumenti messi in campo, la direttiva non affronta il problema dei limiti che la salvaguardia dei diritti sociali dei lavoratori possono porre ad una prestazione di servizi (seppur legittima) all'interno dell'Unione europea: problema, che può riproporsi «negli stessi termini in cui si è posto fino ad oggi e quindi l'eventuale applicazione delle condizioni di lavoro previste nel paese di esecuzione del distacco andrebbe valutata alla luce del principio di proporzionalità, e resterebbe verosimilmente esclusa la possibilità di applicare integralmente la normativa del paese ospitante»²³⁸.

²³⁴ Orlandini, 2008, 42.

²³⁵ Allamprese, Orlandini, 2012, 5.

²³⁶ Quali, ai sensi dell'art. 3, c. 1, lett. a-e, «il luogo in cui l'impresa ha la propria sede legale e amministrativa, utilizza uffici, paga imposte, è iscritta in un albo professionale o è registrata presso la camera di commercio; il luogo in cui i lavoratori distaccati sono assunti; la legge applicabile ai contratti stipulati dall'impresa con i suoi lavoratori e con i suoi clienti; il luogo in cui l'impresa esercita la propria attività economica principale e in cui è occupato il suo personale amministrativo; il numero anormalmente basso di contratti eseguiti e/o l'ammontare del fatturato realizzato nello Stato membro di stabilimento».

²³⁷ Il problema (come hanno rilevato Allamprese, Orlandini, 2012, 6) risiede nel fatto che «la proposta nulla dice sulle conseguenze dell'accertamento del fatto che l'impresa non esercita "attività sostanziali" o la "propria attività economica principale" nello Stato di stabilimento».

²³⁸ Allamprese, Orlandini, 2012, 6-7. In merito, cfr. Gottardi, 2010, par. 2, che ricorda come la richiesta di revisione della direttiva sul distacco avesse registrato l'opposizione dei Paesi *new comers*, che rivendicavano "politiche spregiudicate di accesso ai mercati del lavoro dell'Unione europea", contando sui differenziali retributivi e contestando la difesa dei sistemi di *welfare* e di relazioni sindacali dei Paesi di più risalente adesione, considerata alla stregua di un fenomeno di protezionismo.

Dall'altro lato, si può rilevare che nuove proposte di direttiva europea sugli appalti e sulle concessioni pubbliche, il rispetto degli obblighi discendenti dalla Convenzione OIL n. 94/1949 (l'unica convenzione internazionale che al contempo garantisce, nell'ambito degli appalti pubblici, i diritti sociali dei lavoratori impiegati dalle imprese appaltanti ed una *fair competition* fra le imprese, non giocata sul costo del lavoro), già giudicato dalla Corte di Giustizia incompatibile con il principio di libera circolazione dei servizi, ma non è stato elevato a condizione necessaria da rispettare per le imprese che partecipano alla gara, a pena di esclusione²³⁹.

Se le cose stanno così come sono state descritte, allora possiamo concordare con quella dottrina che, già da tempo, ha rilevato che, nell'ordinamento dell'Unione europea²⁴⁰, dalla volontà "politica" di promuovere politiche sociali (ed ambientali) all'interno degli appalti pubblici non discende ancora la predisposizione di adeguati strumenti, che permettano la concreta realizzazione di tali politiche²⁴¹. E l'assetto attuale della disciplina (europea e nazionale) degli appalti conferma che «*all types of policies - economic, social, political, environmental, etc.*» rappresentano soltanto "*secondary policies*", «*in contrast with the so-called "primary" objective of a procurement of obtaining goods, works or services on the best terms*»: siamo ancora lontani, cioè, dal poter considerare le politiche sociali alla stregua di "*horizontal policies*", non «*necessarily illegitimate or subservient to commercial aspects*»²⁴².

6. Riferimenti bibliografici

- Agostini S. (2010). Cooperative sociali e appalti riservati. In *Dir. Prat. Soc.*, n. 9, p. 18.
- Agostini S. (2013). Coop sociali: modalità di affidamento degli appalti pubblici. In *Cooperative e Consorzi*, n. 1, p. 11.
- Aimo M. (2007). Stabilità del lavoro e tutela della concorrenza. Le vicende circolatorie dell'impresa alla luce del diritto comunitario. In Ballestrero M.V., a cura di, *La stabilità come valore e come problema*. Torino: Giappichelli, p. 103.
- Allamprese A., Orlandini G. (2012). Note sulla proposta di direttiva concernente l'applicazione della direttiva 1996/71. All'interno della sezione giuridica del sito www.cgil.it.
- Alvino I. (2010). Appalti delle pubbliche amministrazioni e tutela dei lavoratori dipendenti da appaltatori e sub-appaltatori. In Carabelli U., Carinci M.T., a cura di, *Il lavoro pubblico in Italia*. Bari: Cacucci, p. 277.
- Arnould J. (2004). *Secondary Policies in Public Procurement: the Innovations in the new Directives*. In *Public Procurement Law Review*, p. 187.
- Arrowsmith S. (2009). *A Taxonomy of Horizontal Policies in Public Procurement*. In Arrowsmith S., Kunzlik P., edited by, *Social and Environmental Policies in EC Procurement Law New Directives and New Directions*. Cambridge University Press.

²³⁹ *Retro*, par. 3.2.2.

²⁴⁰ A differenza di quanto accade in altri ordinamenti, quali ad esempio, quello statunitense: cfr. Mc Crudden, 2004 e 2007.

²⁴¹ Cfr. Arnould, 2004, 187 ss.

²⁴² Le citazioni di quest'ultimo capoverso sono liberamente tratte da Arrowsmith, 2010, 149 ss. (ma su questi temi già ampiamente Arrowsmith, 2009, 108 ss.).

- Arrowsmith S. (2010). *Horizontal Policies in Public Procurement: a Taxonomy*. In *Journal of Public Procurement*, p. 149.
- Assanti C. (1972). Sub art. 36. In Assanti C., Pera G., *Commento allo Statuto dei diritti dei lavoratori*. Padova: Cedam, p. 419.
- Balandi G.G. (1973). Le «clausole a favore dei lavoratori» e l'estensione della applicazione del contratto collettivo. In *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, p. 698.
- Balandi G.G. (1998). La direttiva comunitaria sul distacco dei lavoratori: un passo in avanti verso il diritto comunitario del lavoro. In *Quad. Dir. Lav. Rel. Ind.*, p. 115.
- Baldassarre A. (1971). Iniziativa economica privata (voce). In *Enc. Dir.*, p. 582.
- Ballestrero M.V. (2008). Le sentenze *Viking* e *Laval*: la Corte di giustizia "bilancia" il diritto di sciopero. In *Lav. Dir.*, p. 371.
- Ballestrero M.V. (2012). *Diritto sindacale*⁴. Torino: Giappichelli.
- Bano F. (2008). La circolazione comunitaria di servizi *labour intensive*. In *Lav. Dir.*, p. 7.
- Bano F. (2009). *Diritto del lavoro e libera prestazione di servizi nell'Unione europea*. Bologna: Il Mulino.
- Barnard C. (2011). *Using Procurement Law to Enforce Labour Standards*. In Davidov G., Langille B., *edited by, The Idea of Labour Law*. Oxford University Press.
- Bartoli G., Ranieri C., Scialdone A. (2008). Modelli d'inclusione sociale ed imprese sociali elementi di *benchmark*. Le clausole sociali nel sistema degli appalti. *Report ISFOL*.
- Bastianin E. (2012). *Focus sulla giurisprudenza costituzionale in materia di contratti pubblici*. In *Istituzioni del federalismo*, p. 933.
- Battistini I. (2011). Sub art. 69. Condizioni particolari di esecuzione del contratto prescritte nel bando o nell'invito. In Carullo A., Iudica G., a cura di, *Commentario breve alla legislazione sugli appalti pubblici e privati*². Padova: Cedam, p. 674.
- Beccaria M.L. (2011). Clausole territoriali contrarie ai principi Ue. In *Guida agli enti locali*, n. 2, p. 45.
- Bellavista A. (1999). La clausola sociale dell'art. 36 St. Lav. e l'art. 2070 c.c. In *Riv. It. Dir. Lav.*, II, p. 162.
- Bellomo S. (2010). Esternalizzazioni, norme a tutela dei lavoratori e normativa speciale in materia di servizi pubblici locali. In *Lav. Giur.*, p. 52.
- Bentivogli C., Casadio P., Cullino R. (2009). I problemi nella realizzazione delle opere pubbliche: le differenze territoriali. In Banca d'Italia, *Mezzogiorno e politiche regionali*, n. 2, p. 223.
- Borrelli S. (2008). *Social Clauses in Public Contracts, the Posted Workers Directive and Article 49 EC: the Rüffert Case*. In *Transfer*, p. 358.
- Bortone R. (1979). Sub art. 36. In Giugni G., diretto da, *Lo Statuto dei lavoratori. Commentario*. Milano: Giuffrè, p. 646.

- Bricchi M., Ferrante V. (2012). Solidarietà e responsabilità del committente nella disciplina dell'appalto alla luce della più recente giurisprudenza. In *Riv. Giur. Lav.*, II, p. 463.
- Brino V. (2008). Gli equilibrismi della Corte di Giustizia: il caso *Rüffert*. In *Riv. It. Dir. Lav.*, II, p. 479.
- Brino V. (2012). Diritto del lavoro, concorrenza e mercato. Padova: Cedam.
- Bruun N., Jacobs A., Schmidt M. (2009). La Convenzione 94 dell'Ilo alla luce del caso *Rüffert*. In *Riv. Giur. Lav.*, I, p. 649.
- Calafà L. (2000). Appalti pubblici e «clausole di parità»: l'esperienza del Comune di Roma. In *Lav. Dir.*, 225.
- Carabelli U. (2009). Europa dei mercati e conflitto sociale. Bari: Cacucci.
- Carabelli U. (2011a). Unione europea e libertà economiche "sociofaghe" (ovvero, quando le libertà di circolazione dei servizi e di stabilimento si alimentano del *dumping* sociale). In Foglia R., Cosio R., a cura di, *Il diritto del lavoro nell'Unione europea*. Milano: Giuffrè, p. 229.
- Carabelli U. (2011b). Il contrasto tra le libertà economiche fondamentali e i diritti di sciopero e di contrattazione collettiva nella recente giurisprudenza della Corte di giustizia: il sostrato ideologico e le implicazioni giuridiche del principio di equivalenza gerarchica. In *Studi sull'Integrazione Europea*, p. 217.
- Caranta R. (2012). I contratti pubblici². Torino: Giappichelli.
- Carinci M.T. (2007). Gli appalti nel settore privato. La distinzione tra appalto e trasferimento d'azienda ed il trattamento dei lavoratori impiegati negli appalti. In Montuschi L., a cura di, *Un diritto in evoluzione. Studi in onore di Yasuo Suwa*. Milano: Giuffrè, p. 335.
- Carnelutti F. (1909). Sul contratto di lavoro relativo ai pubblici servizi assunti da imprese private. In *Riv. Dir. Comm.*, I, p. 416.
- Cassese S. (1995). La nuova costituzione economica. Bari: Laterza.
- Cassese S. (2009). Istituzioni di diritto amministrativo. Milano: Giuffrè.
- Centofanti S. (1975). Sub art. 36. In Prosperetti U., a cura di, *Commentario allo Statuto dei Lavoratori*. Vol. II. Milano: Giuffrè, p. 1194.
- Cerbo P. (2010). Appalti pubblici e dignità umana fra tutela della concorrenza e considerazioni sociali. In *Dignità e diritto nei rapporti economici e sociali*. Quaderni del Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università Cattolica del S. Cuore - Sede di Piacenza, n. 3, p. 21.
- Cintioli F. (2009). L'art. 41 della Costituzione tra il paradosso della libertà di concorrenza e il "diritto della crisi". In *Dir. e Soc.*, p. 375.
- Clarich M., Fiorentino L. (2007). Appalti e concessioni: regole e prassi per il mercato. In Centro Studi Confindustria, *Concorrenza bene pubblico*. Vol. II. *Appalti, elettricità e gas, università*, p. 3.
- Contessa C. (2010). L'offerta economicamente più vantaggiosa: brevi note su un istituto ancora in cerca di equilibri. All'interno del sito www.giustizia-amministrativa.it.
- Costantini S. (2010). Crisi della cooperativa e modificazione *in peius* del trattamento economico dei soci-lavoratori. In *Riv. It. Dir. Lav.*, I, p. 299.

- Costantini S. (2011). Limiti all'iniziativa economica privata e tutela del lavoratore subordinato: il ruolo delle c.d. "clausole sociali". In *Ianus*, p. 199.
- D'Alberti M. (2008). Interesse pubblico e concorrenza nel codice dei contratti. In *Dir. Amm.*, p. 297.
- D'Herin H. (2012). La Plenaria fa luce sull'efficacia del DURC ai fini dell'esclusione dalle gare d'appalto. In *Urbanistica e appalti*, p. 905.
- De Michele A. (2007). La potestà legislativa delle Regioni in materia di contratti pubblici dopo le sentenze della Corte costituzionale n. 401 e n. 431 del 2007. In *Istituzioni del Federalismo*, supp. n. 5, p. 7.
- De Mozzi B. (2011). La tutela dei lavoratori nell'appalto transnazionale. In Carinci M.T., Cester C., Mattarolo M.G., Scarpelli F., a cura di, *Tutela e sicurezza del lavoro negli appalti privati e pubblici. Inquadramento giuridico ed effettività*. Torino: Utet, p. 29.
- De Nictolis P., De Nicotlis R. (2008). Il criterio del prezzo più basso e il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa. In De Nictolis R., Garofoli R., Sandulli M.A., a cura di, *Trattato sui contratti pubblici. Le procedure di affidamento e l'aggiudicazione*. Vol III. Milano: Giuffrè, p. 2100.
- De Salvia A. (2008). Non c'è due senza tre: la corte di giustizia nel caso *Rüffert*. In *Arg. Dir. Lav.*, p. 1415.
- De Salvia A. (2012). Il bilanciamento tra le libertà economiche e i diritti sociali collettivi operato dalla Corte di Giustizia è un contemperamento tra diritti equiordinati? *WP CSDLE "Massimo D'Antona".INT – 98/2012*.
- Decarolis F., Giorgiantonio C., Giovanniello V. (2010). L'affidamento dei lavori pubblici in Italia: un'analisi dei meccanismi di selezione del contraente privato. *Questioni di Economia e Finanza*, Banca d'Italia (*Occasional paper*), n. 83.
- Dello Sbarba F. (2013). Illegittimo l'affidamento diretto mediante convenzione a cooperative sociali. In *Urbanistica e appalti*, p. 929.
- Dettori S. (2013). Sub art. 69. In Perfetti L., a cura di, *Codice dei contratti pubblici commentato*. Milano: Ipsoa, p. 999.
- Dipace R. (2013). I sistemi di aggiudicazione degli appalti. In Di Gregorio V., a cura di, *L'appalto pubblico e privato*. Torino: Utet, p. 485.
- Faioli M. (2008). Il lavoro prestato irregolarmente. Milano: Giuffrè.
- Faleri C. (2009). Sub art. 36. In Grandi M., Pera G., a cura di, *Commentario breve alle leggi sul lavoro*⁴. Padova: Cedam, p. 859.
- Ferrara M.D. (2013). *L'integrazione europea attraverso il «social test»: la clausola sociale orizzontale e le sue possibili applicazioni*. In *Riv. Giur. Lav.*, I, p. 295.
- Fonderico G. (2010). La selezione delle offerte e la verifica dell'anormalità (artt. 81-89). In Clarich M., a cura di, *Commentario al codice dei contratti pubblici*. Torino: Giappichelli, p. 449.
- Fuccillo A. (2007). Nozione (sub art. 1). *Nuove Legg. Civ. Comm.*, p. 296.

- Galgano F. (1982). Sub Art. 41. In Branca G., a cura di, *Commentario della Costituzione. Rapporti economici*. Tomo II. Art. 41-44. Bologna-Roma: Zanichelli-Società Editrice del Foro Italiano, p. 1.
- Ghera E. (2001). Le c.d. clausole sociali: evoluzione di un modello di politica legislativa. In *Dir. Rel. Ind.*, p. 133.
- Giampieretti M. (2003). Il principio costituzionale di libera concorrenza: fondamenti, interpretazioni, applicazioni. In *Dir. Soc.*, p. 439.
- Giroto R. (2012). Le successioni di appalti restano ancorate al contratto collettivo. In *Contratti Collettivi e Tabelle*, n. 9, p. 62.
- Giubboni S., Orlandini G. (2007). La libera circolazione dei lavoratori nell'Unione europea. Bologna: Il Mulino.
- Gottardi D. (2010). Tutela del lavoro e concorrenza tra imprese nell'ordinamento dell'Unione europea. In *Gior. Dir. Lav. Rel. Ind.*, p. 509.
- Gotti P. (2012). Vincolatività o meno delle risultanze in materia di regolarità contributiva nelle procedure di affidamento degli appalti pubblici, al vaglio dell'Adunanza plenaria. In *Il Foro amministrativo - CdS*, p. 2235.
- Grottanelli De' Santi G. (1996). Qualche osservazione sull'evoluzione del valore costituzionale della libertà di iniziativa economica. In *Scritti in onore di Alberto Predieri*. Vol. II. Milano: Giuffrè, p. 981.
- Guariso A. (2010). «Lavoro ai residenti»: la Corte di Giustizia, il sindaco di Roncadelle e i miti del localismo. In *Riv. Crit. Dir. Lav.*, p. 657.
- Huber P.M. (2003). Gli appalti pubblici tra meccanismo per la provvista di mezzi e strumento di direzione economica e intervento sociale. In Ferrari E., a cura di, *I contratti della pubblica amministrazione in Europa*. Torino: Giappichelli, p. 115.
- Ichino P. (2000). Il contratto di lavoro. Vol. I. Milano: Giuffrè.
- Ieva L. (2011). Durc e contratti pubblici. In *Dir. Prat. Lav.*, p. 33.
- Imberti L. (2012). Il socio lavoratore di cooperativa. Disciplina giuridica ed evidenze empiriche. Milano: Giuffrè.
- Inglese I. (2011). Legittimità del lavoro a progetto con compenso inferiore ai minimi collettivi del lavoro subordinato e congruità dell'offerta negli appalti pubblici. In *Lav. Giur.*, p. 243.
- Inglese I. (2012). Trasporto pubblico: subentro e trasferimento d'azienda. In *Dir. Prat. Lav.*, p. 249.
- Irti N. (1998). L'ordine giuridico del mercato. Roma-Bari: Laterza.
- Lamberti C. (2011). La tutela dei lavoratori e la regolarità contributiva. In De Nictolis R., Garofoli R., Sandulli A., diretto da, *Il regolamento di attuazione. Trattato sui contratti pubblici*. Vol. VIII. Milano: Giuffrè.
- Leone G. (2013). Sub art. 52. In Perfetti L., a cura di, *Codice dei contratti pubblici commentato*. Milano: Ipsoa, p. 771.
- Libertini M. (2010). Concorrenza (voce). In *Enc. Dir.*, p. 192.

- Lippolis V. (2010). Il Durc negli appalti pubblici e il contenzioso amministrativo. In *Il giurista del lavoro*, n. 10, p. 2.
- Lo Faro A. (2008). Diritti sociali e libertà economiche del mercato interno: considerazioni minime in margine ai casi *Laval* e *Viking*. In *Lav. Dir.*, p. 63.
- Lo Faro A. (2010). Diritto al conflitto e conflitto di diritti nd mercato unico: lo sciopero al tempo della libera circolazione. In *Rass. Dir. Pub. Eur.*, p. 45.
- Lottini M. (2002). Appalti comunitari: sulla ammissibilità di criteri di aggiudicazione non prettamente economici. In *Il Foro amministrativo - CdS*, p. 1950.
- Lottini M. (2004). La libertà d'impresa come diritto fondamentale. In *Il Foro amministrativo - TAR*, p. 541.
- Luciani M. (1983). La produzione economica privata nel sistema costituzionale. Padova: Cedam.
- Luciani V. (2010). La clausola sociale di equo trattamento nell'art. 36. In *Dir. Lav. Mer.*, p. 909.
- Maffeo D. (2007). Liberalizzazione dell'*handling*, clausola sociale e contrattazione collettiva. In *Dir. Trasp.*, p. 383.
- Maiellaro G.F. (2013). Il nuovo quadro normativo della responsabilità solidale negli appalti pubblici. In *Urbanistica e appalti*, p. 277.
- Maresca A. (2001). Appunti preliminari su contrattazione collettiva e "liberalizzazione" dei servizi pubblici. In *Quad. Agens*, n. 1, p. 26.
- Marinelli F. (2011). La tutela del posto di lavoro in caso di cessazione dell'appalto. In Carinci M.T., Cester C., Mattarolo M.G., Scarpelli F., a cura di, *Tutela e sicurezza del lavoro negli appalti privati e pubblici. Inquadramento giuridico ed effettività*. Torino: Utet, p. 219.
- Mattarolo M.G. (2011). Tutela della salute e sicurezza dei lavoratori negli appalti pubblici e nei cantieri temporanei o mobili: il ruolo della committenza. In Carinci M.T., Cester C., Mattarolo M.G., Scarpelli F., a cura di, *Tutela e sicurezza del lavoro negli appalti privati e pubblici. Inquadramento giuridico ed effettività*. Torino: Utet, p. 321.
- Mc Crudden C. (2004). *Using Public Procurement to Achieve Social Outcomes*. In *Natural Resources Forum*, n. 4, p. 257.
- Mc Crudden C. (2007). *Buying Social Justice. Equality, Government Procurement, & Legal Change*. Oxford: Oxford University Press.
- Mc Crudden C. (2011). *The Rüffert Case and Public Procurement*. In Cremona M., edited by, *Market Integration and Public Services in the European Union*. Oxford: Oxford University Press, p. 117.
- Mele G. (2007). La dimensione economica e il funzionamento del mercato degli appalti pubblici. In Centro Studi Confindustria, *Concorrenza bene pubblico*. Vol. II. *Appalti, elettricità e gas, università*, p. 27.
- Minganti L. (2011). Art. 86. In Carullo A., a cura di, *Commentario breve alla legislazione sugli appalti pubblici e privati*. Padova: Cedam, p. 767.
- Morbidelli G. (1989). Iniziativa economica privata (voce). In *Enc. Giur. Trec*.

- Mutarelli M.M. (2005). Protezione del lavoro vs. protezione della concorrenza nella sentenza della Corte di Giustizia sui servizi aeroportuali: una decisione di grande rilievo motivata in modo insoddisfacente. In *Riv. It. Dir. Lav.*, II, p. 271.
- Napoletano D. (1953). Appalto di opere pubbliche e tutela dei diritti del lavoratore. In *Riv. Giur. Lav.*, I, p. 267.
- Niro R. (2006). Art. 41. in Bifulco R., Celotto A., Olivetti M., a cura di, *Commentario alla Costituzione*. Torino: Utet, p. 846.
- Novella M., Vallauri M.L. (2005). Il nuovo art. 2112 c.c. e i vincoli del diritto europeo. In *Gior. Dir. Lav. Rel. Ind.*, p. 177.
- Occhiocupo N. (2010). Costituzione, persona umana, mercato concorrenziale. In *Riv. Ass. It. Cost.*, n. 0.
- Oppo G. (1988). L'iniziativa economica. In *Riv. Dir. Civ.*, I, p. 328.
- Orlandini G. (2008). Autonomia collettiva e libertà economiche: alla ricerca dell'equilibrio perduto in un mercato aperto e in libera concorrenza. *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".INT – 66/2008*.
- Orlandini G. (2009). *Viking, Laval e Rüffert*: i riflessi sul diritto di sciopero e sull'autonomia collettiva nell'ordinamento italiano. In Vimercati A., a cura di, *Il conflitto sbilanciato. Libertà economiche e autonomia collettiva tra ordinamento comunitario e ordinamenti nazionali*. Bari: Cacucci, p. 55.
- Orlandini G. (2013). Le clausole sociali nella proposta di Direttiva in materia di appalti pubblici. All'interno della sezione giuridica del sito www.cgil.it.
- Pace A. (1993). Libertà "del" mercato e libertà "nel" mercato. In *Pol. Dir.*, p. 327.
- Pace A. (1997). Problematica delle libertà costituzionali. Parte speciale². Padova: Cedam.
- Pagani I. (2012). I parametri di valutazione di gravità degli inadempimenti contributivi e previdenziali al vaglio della Corte di Giustizia. In *Urbanistica e appalti*, p. 1310.
- Pallini M. (2000). Il rapporto problematico tra diritto della concorrenza e autonomia collettiva nell'ordinamento comunitario e nazionale. In *Riv. It. Dir. Lav.*, II, p. 225.
- Pallini M. (2006). Il diritto del lavoro e libertà di concorrenza: il caso dei servizi aeroportuali. In *Riv. Giur. Lav.*, II, p. 44.
- Pallini M. (2008). *Law Shopping* e autotutela sindacale nell'Unione Europea. In *Riv. Giur. Lav.*, II, p. 3.
- Pallini M. (2009). La tutela dell' "ordine pubblico sociale" quale limite alla libertà di circolazione dei servizi nel mercato UE. In Vimercati A., a cura di, *Il conflitto sbilanciato. Libertà economiche e autonomia collettiva tra ordinamento comunitario e ordinamenti nazionali*. Bari: Cacucci, p. 197.
- Paparo T. (2010). I contratti sotto soglia (artt. 121-125). In Clarich M., a cura di, *Commentario al codice dei contratti pubblici*. Torino: Giappichelli, p. 943.
- Pera G. (1998). Il rispetto della contrattazione collettiva nelle concessioni di pubblici servizi. In *Giust. Civ.*, I, p. 2426.

- Perulli A. (1999). Diritto del lavoro e globalizzazione. Clausole sociali, codici di condotta e commercio internazionale. Padova: Cedam.
- Perulli A. (2013). Diritti sociali fondamentali e regolazione del mercato nell'azione esterna dell'Unione Europea. In *Riv. Giur. Lav.*, I, p. 321.
- Pesce G. (2010). Requisiti di partecipazione, accesso alle gare pubbliche e riflessi sulla tutela della concorrenza tra le imprese (artt. 34-52). In Clarich M., a cura di, *Commentario al codice dei contratti pubblici*. Torino: Giappichelli, p. 277.
- Principato L. (2012). L'ipostatizzazione della concorrenza: da situazione giuridica soggettiva ed ambito di competenza legislativa a strumento di politica economica. In *Giur. Cost.*, p. 728.
- Robin Olivier S. (2008). *Libre prestation de services, marchés publics et régulation sociale: le droit européen privilégie la concurrence fondée sur le coût du travail*. In *Rev. Trim. Droit Eur.*, p. 485.
- Robles M. (2007). Il contratto di appalto nella disciplina italo-comunitaria. In *Studi sull'integrazione europea*, p. 55.
- Rödl F. (2009). La Corte di giustizia e il caso *Rüffert*: quali possibilità per una concorrenza «non distorta» in materiale salariale nell'esperienza tedesca. In Vimercati A., a cura di, *Il conflitto sbilanciato. Libertà economiche e autonomia collettiva tra ordinamento comunitario e ordinamenti nazionali*. Bari: Cacucci, p. 131.
- Rodríguez-Piñero Y Bravo-Ferrer M. (2008). *El caso Rüffert ¿una constitucionalización del dumping social?*. In *Rel. Lab.*, n. 15-16, p. 83.
- Romei R. (1999). Cessione di ramo d'azienda e appalto. In *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, p. 325.
- Romeo C. (1983). Sul raccordo tra benefici all'impresa privata e tutela del lavoro. In *Riv. It. Dir. Lav.*, I, p. 254.
- Romoli F. (2013). Sub art. 86. In Perfetti L., a cura di, *Codice dei contratti pubblici commentato*. Milano: Ipsoa, p. 1152.
- Scarpelli F. (2006a). Regolarità del lavoro e regole della concorrenza: il caso degli appalti pubblici. In *Riv. Giur. Lav.*, I, p. 753.
- Scarpelli F. (2006b). Il Codice degli Appalti pubblici: un'occasione per promuovere la regolarità del lavoro. In *Note Informativa CGIL*, n. 36, p. 22.
- Scarpelli F. (2011). La dimensione sociale nella regolamentazione degli appalti pubblici. In Carinci M.T., Cester C., Mattarolo M.G., Scarpelli F., a cura di, *Tutela e sicurezza del lavoro negli appalti privati e pubblici. Inquadramento giuridico ed effettività*. Torino: Utet, p. 307.
- Scolastici R. (2013). Le clausole sociali sul cambio di appalto: quali tutele per i lavoratori? In *Boll. ADAPT*, 3 giugno 2013, n. 21.
- Spagnuolo Vigorita V. (1959). L'iniziativa economica privata nel diritto pubblico. Napoli: Jovene.
- Speciale V. (2006). Appalti e trasferimento d'azienda. *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 41/2006*.
- Sticchi Damiani S. (2010). I requisiti di ordine generale. In Franchini C., a cura di, *I contratti di appalto pubblico*. Milano: Wolters Kluwer Italia, p. 423.

Tomasini C. (2013). Costo del personale: prime indicazioni per l'applicazione dell'art. 82, comma 3-bis codice dei contratti pubblici. In *Urbanistica e appalti*, p. 1252.

Tullini P. (1990). Finanziamenti pubblici alle imprese e «clausole sociali». In *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, p. 33.

Vaiano D. (2013). Sub art. 38. In Perfetti L., a cura di, *Codice dei contratti pubblici commentato*. Milano: Ipsoa, p. 564.

Vallebona A. (1999). Successione nell'appalto e tutela dei posti di lavoro. In *Riv. It. Dir. Lav.*, II, p. 217.

Varva S. (2011a). Le clausole sociali. In Carinci M.T., Cester C., Mattarolo M.G., Scarpelli F., a cura di, *Tutela e sicurezza del lavoro negli appalti privati e pubblici. Inquadramento giuridico ed effettività*. Torino: Utet, p. 321.

Varva S. (2011b). Definizioni e ambito di applicazione della normativa. In Carinci M.T., Cester C., Mattarolo M.G., Scarpelli F., a cura di, *Tutela e sicurezza del lavoro negli appalti privati e pubblici. Inquadramento giuridico ed effettività*. Torino: Utet, p. 329.

Varva S. (2011c). Gli istituti di rilevanza lavoristica. In Carinci M.T., Cester C., Mattarolo M.G., Scarpelli F., a cura di, *Tutela e sicurezza del lavoro negli appalti privati e pubblici. Inquadramento giuridico ed effettività*. Torino: Utet, p. 321.

Varva S. (2011d). L'offerta anomala. In Carinci M.T., Cester C., Mattarolo M.G., Scarpelli F., a cura di, *Tutela e sicurezza del lavoro negli appalti privati e pubblici. Inquadramento giuridico ed effettività*. Torino: Utet, p. 369.

Varva S. (2011e). La responsabilità solidale. In Carinci M.T., Cester C., Mattarolo M.G., Scarpelli F., a cura di, *Tutela e sicurezza del lavoro negli appalti privati e pubblici. Inquadramento giuridico ed effettività*. Torino: Utet, p. 387.

Varva S. (2011f). I lavoratori svantaggiati. In Carinci M.T., Cester C., Mattarolo M.G., Scarpelli F., a cura di, *Tutela e sicurezza del lavoro negli appalti privati e pubblici. Inquadramento giuridico ed effettività*. Torino: Utet, p. 377.

Varva S. (2011g). Requisiti di partecipazione, criteri di scelta, condizioni di esecuzione. In Carinci M.T., Cester C., Mattarolo M.G., Scarpelli F., a cura di, *Tutela e sicurezza del lavoro negli appalti privati e pubblici. Inquadramento giuridico ed effettività*. Torino: Utet, p. 347.

Ventura F. (2011). Sub art. 52. Appalti riservati. In Carullo A., Iudica G., a cura di, *Commentario breve alla legislazione sugli appalti pubblici e privati*². Padova: Cedam, p. 532.

Vincenti E. (1999). Origine ed attualità della c.d. "clausola sociale" dell'art. 36 dello Statuto dei Lavoratori. In *Dir. Lav.*, I, p. 429.

Zilio Grandi G. (2011). Il *dumping* sociale intracomunitario alla luce della più recente giurisprudenza CGE. Quando la libertà economica prevale sui diritti sociali. In Balducci C., Serrano M.L., a cura di, *Nuovi assetti delle fonti del diritto del lavoro*. Caspur - Ciber publishing, p. 47.

Società partecipate, successione d'appalto e recessi: quali diritti per i lavoratori coinvolti; quale ruolo per il giudice del lavoro?*

Marco Cuttone

1. Premessa	61
2. La gestione dei servizi pubblici essenziali tra società partecipate ed enti privatizzati.	63
3. Il trasferimento d'azienda tra privatizzazione dei servizi pubblici essenziali e società partecipate: quali conseguenze per il personale coinvolto?	65
3.1 Trasferimento d'azienda e profili dinamici nella privatizzazione dei servizi pubblici essenziali.	66
3.2 Società partecipate, successione nella titolarità di servizio d'appalto e trasferimento d'azienda	67
3.3 Il dissenso dei lavoratori trasferiti e la configurazione di un diritto di opposizione.	70
4. Licenziamenti collettivi e norme di salvaguardia occupazionale: interventi chirurgici a tutela del personale coinvolto in una successione d'appalto.	71
5. Quale Ruolo per il giudice del lavoro?	76

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 197/2014

1. Premessa

Le questioni relative ai diritti dei lavoratori che prestano il proprio servizio presso le c.d. «società partecipate» si inseriscono in un dibattito in pieno svolgimento in cui si è lontani dal poter pervenire a conclusioni certe e condivise dalla dottrina e dalla giurisprudenza

In particolare, il fenomeno dell'esternalizzazione di attività prima gestite in proprio dagli enti locali e il conseguente affidamento delle attività medesime in regime di appalto, ha spesso determinato un avvicinarsi di diversi soggetti nello svolgimento del medesimo servizio, con l'emergere di connessi problemi in punto di gestione del relativo personale. Le riflessioni oggetto di questo articolo prendono spunto da una lunga e non ancora conclusa vicenda giurisprudenziale nel territorio catanese²⁴³ avente come protagonisti i lavoratori coinvolti nella successione degli appalti dei servizi di pulizia presso istituti e uffici pubblici, prevalentemente scuole. Prima di analizzare il complesso sistema delle fonti che si intrecciano relative al caso in esame, è dunque opportuno- oltre che dovuto- ricostruire brevemente la vicenda processuale.

L'intricata vicenda giurisprudenziale origina da un avvicendamento nella titolarità dell'appalto dei servizi di pulizia presso diversi istituti scolastici della Provincia di Catania.

Catania Multiservizi s.p.a. – società interamente partecipata dal Comune - era stata soggetto affidatario dei servizi di pulizia e manutenzione su incarico diretto del MIUR fino a quando, in ossequio alla Direttiva CE 2004/18 e in applicazione dell'art. 13 d.l. 223/2006, convertito in legge 248/2006, - quale ente societario a capitale interamente pubblico, si è trovata nella condizione di non poter più stipulare contratti di appalto se non con il Comune di Catania in qualità di socio unico della stessa e società qualificata come strumentale ai servizi erogati dal comune²⁴⁴.

La disciplina di legge ha, dunque, comportato la necessità di una nuova aggiudicazione

²⁴³ Si fa riferimento alle ordinanze e alle sentenze che hanno definito giudizialmente i ricorsi presentati dai lavoratori coinvolti, a titolo esemplificativo si citano: Trib., Catania, sez. lav., ordinanza n. 6740/2011, Trib. Catania, sez. lav., ordinanza n. 8082/2012, Trib. Catania, sez. lav., sent. n. 1167/12, le quali riassumono l'interpretazione giuridica complessiva fornita dal collegio siciliano sulla vicenda "multiservizi".

²⁴⁴ La qualificazione di una società come «strumentale» si ricollega al tipo di attività che ne è oggetto, rivolta agli stessi enti promotori o comunque azionisti della società per svolgere le funzioni di supporto di tali amministrazioni pubbliche, secondo l'ordinamento amministrativo, per lo svolgimento delle funzioni pubbliche di cui restano titolari gli enti serviti (cfr. Cons. di Stato, ad. Plenaria n. 17/2011 che riassume le decisioni in materia). Le attività strumentali si caratterizzano per essere svolte e regolate da norme di diritto privato, Pertanto, la loro creazione e il loro svolgimento possono portare distorsioni del funzionamento dei mercati interessati. Le società strumentali sono state regolate e positivizzate attraverso l'art. 13 del d.l. 4 luglio 2006, n. 223, il quale prevede che: «Al fine di evitare alterazioni o distorsioni della concorrenza e del mercato e di assicurare la parità degli operatori, le società, a capitale interamente pubblico o misto, costituite o partecipate dalle amministrazioni pubbliche regionali e locali per la produzione di beni e servizi strumentali all'attività di tali enti in funzione della loro attività, con esclusione dei servizi pubblici locali, nonché, nei casi consentiti dalla legge, per lo svolgimento esternalizzato di funzioni amministrative di loro competenza, devono operare esclusivamente con gli enti costituenti o partecipanti o affidanti, non possono svolgere prestazioni a favore di altri soggetti pubblici o privati, né in affidamento diretto né con gara, e non possono partecipare ad altre società o enti. Le società che svolgono l'attività di intermediazione finanziaria prevista dal testo unico di cui al decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, sono escluse dal divieto di partecipazione ad altre società o enti». Per un approccio teorico sulla materia CONTESSA, *Ancora sul divieto di attività extra moenia delle società degli Enti locali verso una nuova nozione di "strumentalità"?* (n.d.r. commento a Tar Lazio, Roma, sez. II, 5 gennaio 2010, n. 36), in *Urbanistica e appalti*, 2010, 4, 459-469.; MORETTI, *Attività e servizi strumentali. Per una lettura integrata dei vincoli inerenti il campo di applicazione del decreto "Bersani" e la sua estensibilità alle partecipazioni detenute dalle società degli enti locali*, in *Appalti e contratti*, 2010, 3, pp. 89-94; BASSI, *Le società strumentali delle regioni e degli enti locali: qualche puntualizzazione a due anni dalla disciplina speciale*, (II parte), in *Appalti e Contratti*, 2009, 3, 64-79; FERLA, *Il "diritto speciale" delle società a partecipazione pubblica nel quadro dell'ordinamento comunitario*, in *Appalti e contratti*, 2008, 11, 2008, 51-77.

dell'appalto, attesa l'impossibilità, per la società in oggetto, di partecipare al bando di gara per lo svolgimento delle attività di pulizia in precedenza svolte. Esperita la gara, ai suddetti servizi è subentrata, con decorrenza 16.4.2011, una società interamente privata, una multinazionale del settore.

La vicenda in esame ha coinvolto i 178 lavoratori che per anni avevano svolto le proprie mansioni alle dipendenze della Multiservizi. A fronte dell'iniziale volontà della società cessante di avviare le procedure di licenziamento collettivo - con applicazione dell'art. 24 della legge 23 luglio 1991 n. 223 - è stata, successivamente, su esplicita indicazione delle OOSS coinvolte, preferita la procedura di cui alla disciplina risultante dal combinato disposto dell'art. 7 comma 4 bis legge n. 31/2008 e dell'art. 4 del CCNL servizi di pulizia e servizi integrati/multiservizi; tale disciplina prevede l'inapplicabilità della disciplina dei licenziamenti collettivi in caso di successione d'appalto di servizi e l'obbligo del subentrante di assumere il personale addetto all'appalto negli ultimi 4 mesi.

Tale cambio di rotta è avvenuto in seguito a rilevanti modificazioni della situazione di fatto: da un lato l'intervento del Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca (MIUR), che si è impegnato - a garantire lo stanziamento di ulteriori fondi; e dall'altro la società subentrante che ha deciso, anche a seguito della garanzia ministeriale, di procedere al riassorbimento, alle medesime condizioni economiche e normative²⁴⁵, dell'intero personale precedentemente addetto agli appalti di pulizie.

A seguito dei summenzionati impegni – constatata la possibilità concreta di salvaguardare interamente i livelli occupazionali senza alterazione della parità di condizione economica e normativa - la società cessante l'appalto ha dunque preferito procedere con l'applicazione della disciplina ex art. 7 comma 4 bis legge n. 31/2008 e dell'art. 4 del Contratto Collettivo Nazionale dei servizi di pulizia, servizi integrati/multiservizi, la cui *ratio* è sostanzialmente, come meglio si dirà, quella di garantire i livelli occupazionali, favorendo il passaggio dei dipendenti coinvolti nella successione d'appalto, evitando altresì il ricorso agli ammortizzatori sociali che sarebbero dovuti in caso di licenziamento collettivo, con evidente risparmio per le finanze pubbliche²⁴⁶.

È nella cornice brevemente descritta che si è innestato il folto contenzioso giudiziale che ha visto protagonisti tutti i lavoratori addetti all'appalto ceduto i quali – seppur transitati alle dipendenze della subentrante - ritenevano illegittima la scelta della cessante di non applicare la procedura di cui alla legge n. 223/1991. Per contro, quest'ultima rivendicava invece la linearità della complessiva operazione perseguita poiché effettuata in adempimento di una precisa disposizione di legge – l'art. 7, comma 4 bis legge n.31/2008 - volta a salvaguardare i livelli occupazionali e, dunque, collocata su un piano totalmente differente rispetto alla diversa procedura sui licenziamenti collettivi.

La vicenda processuale si è caratterizzata per un'opzione giudiziale a favore della reintegrazione dei lavoratori presso l'impresa cessante l'appalto, cui i giudici hanno imputato la mancata attivazione delle procedure previste dalla legge 223. Il ragionamento giuridico che si dipana nei

²⁴⁵ Ruolo nevralgico nel dibattito giurisprudenziale è stato ricoperto dal corretto significato da attribuire alla nozione contenute nella legge di «medesime condizioni economiche e normative». (v. *infra*, 2).

²⁴⁶ PESSI, *La riforma degli ammortizzatori sociali tra compatibilità macroeconomiche, vincoli di finanza pubblica, bilateralismo e politiche di welfare*, in *DLRI*, 2, 2010, 315 ss.; GRANDI E SFERRAZZA, *La l. 92/2012 ed il riordino degli ammortizzatori sociali: alla ricerca della riforma perduta*, in *DRI*, 1, 2013, 34 – 67.

provvedimenti ha dato grande risalto al rapporto sussistente– nella successione d'appalto- tra la disciplina speciale e disciplina legale sui licenziamenti collettivi; minor spazio è stato invece dedicato alla possibilità di ricondurre la fattispecie sotto l'ombrello giuridico della normativa sul trasferimento d'azienda.

Si vuol, di seguito, ricostruire il regime giuridico lavoristico applicabile ai lavoratori addetti agli appalti cessati nel caso in cui si determini una successione d'appalto di servizi, e dunque, un mutamento nella titolarità del rapporto di lavoro del soggetto che precedentemente svolgeva la medesima attività a favore di una nuova persona giuridica.

Si procederà, nella prima parte del presente lavoro, a tracciare sinteticamente i profili giuslavoristici attinenti alle c.d. «società gestrici di pubblico servizio», prestando particolare attenzione all'universo della c.d. «società a partecipazione pubblica», cui è affidata la titolarità dei servizi pubblici locali. Verranno esaminati i punti di incontro tra società gestrici di pubblico servizio e disciplina legale sul trasferimento d'azienda; si verificherà l'applicabilità in concreto della disciplina del trasferimento d'azienda nel caso di successione nella titolarità d'appalto nella gestione di servizio pubblico tra soggetti giuridici formalmente privati. Infine, si analizzeranno le disposizioni normative che nel corso degli ultimi anni hanno dato vita a una disciplina *ad hoc* della fattispecie di successione d'appalto di servizi predisponendo clausole sociali di c.d. "occupabilità" in deroga all'applicazione delle procedure di licenziamento collettivo.

2. La gestione dei servizi pubblici essenziali tra società partecipate ed enti privatizzati.

Il processo che ha attribuito a soggetti privati la titolarità di gestione dei servizi pubblici locali è iniziato nei primi anni '80, sebbene la sua concretizzazione e stabilizzazione sia avvenuta non prima della metà degli anni '90, sulla spinta dell'intervenuta riforma delle autonomie locali. L'art. 113 del Testo Unico degli Enti locali, in cui sono confluiti l'art. 22 comma 3 della legge n.142/1990 e successive modificazioni, è il dato normativo da cui è necessario prendere le mosse²⁴⁷. Tale disposizione, più volte corretta e rivista, prevedeva, nella sua versione originaria, la possibilità che i servizi pubblici locali venissero gestiti alternativamente in economia, in concessione a terzi, tramite azienda speciale, tramite consorzio per la gestione associata di uno o più servizi²⁴⁸, a mezzo di istituzione, tramite s.p.a. a prevalente capitale pubblico locale, tramite s.r.l. a prevalente capitale pubblico locale, o, tramite s.p.a. senza vincolo della proprietà pubblica maggioritaria. Senza poter dar conto in questa sede delle motivazioni che dettagliatamente hanno condotto il legislatore a modificare e semplificare la disposizione, la stessa, nella versione oggi vigente, consente che la gestione dei servizi pubblici locali possa essere affidata a soggetti allo scopo costituiti nella forma di società di capitali con la partecipazione totalitaria di capitale pubblico cui può essere affidata direttamente tale attività; ovvero a imprese idonee da individuare mediante procedura di gara.

L'opera di privatizzazione ha determinato un arretramento evidente del ruolo pubblico

²⁴⁷ GHELARDUCCI, *La riforma delle autonomie locali*, in *Prime Note*, 1990, 93; LICCIARDELLO, *Servizi pubblici locali*, in *Annuario delle autonomie locali*, Roma, 1990, 545.

²⁴⁸ MARESCA, *Il rapporto di lavoro dei dipendenti dei consorzi-azienda*, *Atti delle giornate di studio*, 1994, Roma, Federgasacqua, 71.

nell'economia, oltre che la scelta politica di dotare le amministrazioni pubbliche di strumenti adeguati per la gestione dei più importanti servizi a rilevanza pubblica²⁴⁹. La volontà del legislatore di scegliere nuove forme organizzative per lo svolgimento dei servizi pubblici fu giustificata dall'assunto in base al quale il passaggio da una gestione autoritativa e burocratica dei servizi pubblici locali a una gestione ispirata a criteri di efficienza e imprenditorialità, avrebbe potuto garantire il raggiungimento di risultati gestionali migliori²⁵⁰ sia sotto il punto di vista dell'efficienza sia sotto quello dell'efficacia²⁵¹.

Le società partecipate – frutto del complessivo disegno di privatizzazione - sono state caratterizzate sin dall'origine per l'adozione di modelli privatistici per ciò che riguarda il profilo organizzativo e la gestione del personale: infatti la loro costituzione è avvenuta tramite s.p.a. e ha trovato applicazione, nei loro confronti, la disciplina legale del lavoro privato. La proliferazione di società di capitali a partecipazione pubblica²⁵², che – salvo qualche virtuosa eccezione- non si sono caratterizzate per il raggiungimento di buone *performance* economiche e finanziarie ha, recentemente, condotto il legislatore ad avviare un processo di riavvicinamento di tali soggetti alla disciplina legale del lavoro pubblico. Sono stati quindi introdotti vincoli finanziari di spesa e oneri procedurali per l'assunzione di personale, che hanno determinato un'influenza diretta sulle norme di diritto del lavoro applicabili. In particolare, sono stati introdotti vincoli di natura finanziaria (blocco delle assunzioni, blocco degli aumenti retributivi)²⁵³ e oneri procedurali (impossibilità di

²⁴⁹ MAZZOTTA, *Privatizzazioni e Diritto del lavoro*, in QDLRI, 1996, 9

²⁵⁰ BOLEGO, *Privatizzazione dei gestori di servizi pubblici locali ed effetti sul rapporto di lavoro*, in questa Rivista, 1999, 114 ss.; AMMANATI, *Le privatizzazioni delle imprese pubbliche in Italia*, Giuffrè, Milano, 1995; 300 ss.; CASSESE, *Le privatizzazioni in Italia*, in RTDP, 1988, 5 ss.

²⁵¹ Le esperienze registrate sino ad ora ci dimostrano come si sia lontani dal raggiungimento di tali obiettivi. I cambiamenti nella forma dell'erogatore dei servizi non hanno sino ad ora comportato mutamenti significativi in termini di efficacia ed efficienza. Per un approfondimento CAVAZZUTI, *Trasformazioni e privatizzazioni dei servizi pubblici locali, inquadramento legislativo*, in A. , 1997, 10; CASSESE, *Stato e Mercato dopo privatizzazioni e deregulation*, in RTDP, 1991, 379.; FONDERICO, *Privatizzazioni, Patrimonio s.p.a. e società pubbliche (n.d.r. commento alla Legge n. 69/2009 e la Pubblica Amministrazione)*, in GDA, 2009, 1166 ss.; CHITI, *Le carenze della disciplina delle società pubbliche*, in AMMANATI, *Le privatizzazioni delle imprese pubbliche in Italia*, cit., 1115-1122; JORI, *Le società pubbliche: viaggio tra gli affidamenti diretti e l'osservanza delle procedure di evidenza pubblica, alla ricerca della disciplina applicabile in Lexitalia.it*, 2008; CAMELLI E DUGATO (a cura di), *Studi in materia di società a partecipazione pubblica*, Giappichelli, Torino, 2008, 5 ss.; CAMELLI E ZIROLDI, *Le società a partecipazione pubblica nel sistema locale*, Maggioli Editore, 1997, Rimini, 1 ss.; CAVALLO E PERIN, *Il riformismo e le privatizzazioni in Italia*, in Meridiana, 50-52, 2004, pp. 161-179; LIQUORI, *I servizi pubblici locali*, Giappichelli, 2007, Torino, 13 ss.

²⁵² Secondo i dati diffusi dalla Corte dei conti, sono oltre 5.000 gli organismi partecipati (aziende, consorzi, *fondazioni*, istituzioni, società) nei 7.200 enti locali censiti (ad eccezione di quelli relativi alle Regioni a statuto speciale). Si tratta, in gran parte, di organismi costituiti in forme societarie, di cui quasi la metà operante nel settore delle *local utilities*. Oltre un terzo delle società rilevate ha chiuso in perdita uno degli esercizi compresi nel triennio 2008/2010.(...), su <http://leg16.camera.it>.

²⁵³ Si segnala in tal senso l'art. 19 del d.l. n. 78/2009, convertito con legge n. 102/2009, che ha introdotto il comma 2 bis all'art. 18 del d.l. 112/2008, secondo il quale: «Le disposizioni che stabiliscono, a carico delle amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo n. 165 del 2001, divieti o limitazioni alle assunzioni di personale si applicano, in relazione al regime previsto per l'amministrazione controllante, anche alle società a partecipazione pubblica totale o di controllo che siano titolari di affidamenti diretti di servizi senza gara, ovvero che svolgano funzioni volte a soddisfare esigenze di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale, ovvero che svolgano attività nei confronti della pubblica amministrazione a supporto di funzioni amministrative di natura pubblicistica. Le predette società adeguano inoltre le proprie politiche di personale alle disposizioni vigenti per le amministrazioni controllanti in materia di contenimento degli oneri contrattuali e delle altre voci di natura retributiva o indennitaria e per consulenze». Da ultimo, le società a capitale pubblico sono state oggetto di una specifica regolamentazione contenuta nell'art. 4 del decreto sulla cosiddetta *spending review* (d.l. n. 95/2012, convertito con legge n. 165/2012). L'art. 4 citato, ai commi 9, 10 e 11 ha, in particolare, introdotto nei confronti delle «società controllate direttamente o indirettamente dalle pubbliche amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo n. 165 del 2001, che abbiano conseguito nell'anno 2011 un fatturato da prestazione di servizi a favore

procedere a nuove assunzioni senza l'espletamento della procedura di evidenza pubblica)²⁵⁴.

3. Il trasferimento d'azienda tra privatizzazione dei servizi pubblici essenziali e società partecipate: quali conseguenze per il personale coinvolto?

Le ricadute giuslavoristiche conseguenti all'affidamento del servizio pubblico a soggetti privati si sono manifestate in maniera differente per le società privatizzate da un lato e per le società partecipate, dall'altro. Mentre per le prime, il dibattito si concentrò sull'interrogativo – qui non rilevante – circa i diritti conservabili dal lavoratore coinvolto nell'opera di privatizzazione, nel secondo caso il problema prioritario ha riguardato le conseguenze – per le maestranze coinvolte – in caso di successione nella titolarità della gestione di servizio tra società partecipata e altra impresa privata vincitrice di gara d'appalto. Problema che costituisce per l'appunto lo snodo cruciale della particolare vicenda all'origine di questo scritto.

Per poter rispondere correttamente a tali domande è dunque necessario comprendere la profonda diversità sussistente, come visto tra le due fattispecie: la prima riguardante una privatizzazione e dunque un cambiamento formale nella titolarità del datore di lavoro da pubblico a privato, la seconda invece concernente società a partecipazione pubblica appositamente costituite, il cui personale veniva inquadrato sin dall'inizio tra il personale privato. Entrambe le fattispecie presentano però delle connessioni con la disciplina normativa sul trasferimento d'azienda.

Nel fenomeno delle privatizzazioni ci si trova dinnanzi a una "migrazione" del personale coinvolto dall'universo del diritto pubblico a quello del diritto privato; nella successione d'appalto tra società partecipate e altre imprese private vincitrici di gara pubblica, ci si trova al cospetto del trasferimento dei lavoratori da un'impresa a un'altra, nella continuità dell'attività precedentemente svolta. Le due situazioni si legano fra loro poiché entrambe mettono alla prova l'"elasticità" della norma contenuta nell'art. 2112 c.c. . Ciascuna fattispecie pone l'interprete di fronte alla medesima domanda: quali sono i confini entro cui può trovare diretta applicazione la normativa nazionale sul trasferimento d'azienda?

di pubbliche amministrazioni superiore al 90 per cento dell'intero fatturato» ulteriori disposizioni restrittive in materia di assunzioni e, al contempo, ha sancito per i dipendenti delle citate società - come già aveva fatto l'art. 9 del d.l. n. 78/2010 per i dipendenti pubblici - il blocco delle retribuzioni fino al 2014. In materia si segnala l'intervento di DE MICHELE, *I processi di pubblicizzazione delle società partecipate dalle Regioni e dagli enti locali*, www.regione.emilia-romagna.it.

²⁵⁴ CARUSO, *La flessibilità (ma non solo) del lavoro pubblico nella l. 133/08 (quando le oscillazioni del pendolo si fanno frenetiche)*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" IT - 79/2008: «Le società che gestiscono servizi locali a totale partecipazione pubblica si conformano ai principi di assunzione previsti all'art. 35 comma 3 del TUPi che altro non sono che i principi dell'evidenza pubblica riferiti alle assunzioni nel settore delle pubbliche amministrazioni. Non si applica, tuttavia, l'intero sistema delle assunzioni regolato dal TUPi, per esempio, la nullità del contratto per violazione delle norme sulle assunzioni e la competenza del giudice amministrativo in materia di concorsi. Le altre società a partecipazione pubblica totale o di controllo, che non gestiscono servizi pubblici locali, devono ispirarsi ai principi dell'evidenza pubblica di origine comunitaria (di trasparenza, pubblicità e imparzialità) la cui differenza con quelli di cui al comma 3 dell'art. 35 del TUPi non è data vedere, se non per il fatto che, nel primo caso, si possa considerare dinamico il rinvio all'art. 35 comma 3, che se dovesse cambiare, in ragione delle ulteriori riforme annunciate, influenzerebbe i provvedimenti che le società che gestiscono i servizi locali devono adottare». Per un approfondimento su rapporti di lavoro e trasformazione dei servizi pubblici locali, BALLESTRERO E DE SIMONE, *Rapporti di lavoro e trasformazione dei servizi pubblici locali*, in *LD*, 2, 2001, 201 – 206; NOVELLA, *Aspetti giuslavoristici delle trasformazioni dei servizi pubblici locali*, in *LD*, 2, 2001, 207- 256; DE SIMONE, *La disciplina dei servizi pubblici locali, tra norme speciali e disciplina sul trasferimento d'azienda*, in *LD*, 2, 2001, 257- 278; BALLESTRERO, *Servizi pubblici e trasferimento d'azienda. Il trattamento economico e normativo dei lavoratori*, in *LD*, 2, 2001, 279-302; NOVELLA, *nuove discipline delle trasformazioni dei servizi pubblici locali. Profili giuslavoristici*, in *LD*, 2, 2002, 159- 180.

3.1 Trasferimento d'azienda e profili dinamici nella privatizzazione dei servizi pubblici essenziali.

Pur riguardando situazioni differenti rispetto a quella che qui si commenta, alcuni spunti di riflessione possono essere tratti dalla vicenda delle privatizzazioni dei servizi pubblici essenziali, avendo tale fattispecie una connessione diretta con l'applicazione della disciplina sul trasferimento d'azienda.

A differenza delle c.d. "grandi privatizzazioni"²⁵⁵ – in cui erano intervenute leggi *ad hoc* per normare i destini delle maestranze coinvolte – nel fenomeno della privatizzazione dei servizi pubblici locali fu attribuita grande importanza agli aspetti organizzativi della trasformazione; si dedicò minor attenzione alla normativa lavoristica applicabile. In assenza di una disciplina legale *ad hoc* ci si pose il problema concernente la sorte dei diritti conservabili dai lavoratori addetti alla prestazione del servizio pubblico. Il problema riguardò l'applicabilità, ai casi in questione, dell'art. 2112 c.c. così come modificato dall'art. 47 della legge 29 dicembre 1990, n. 428²⁵⁶. Tali questioni risultano affini ad alcune problematiche relative alla vicenda processuale qui in esame.

Senza voler qui anticipare le conclusioni dell'indagine, è opportuno segnalare come, già con riferimento alla privatizzazione dei servizi pubblici locali, fu riconosciuta da una parte della dottrina²⁵⁷ la possibilità di pervenire a un'applicazione diretta dell'art. 2112 c.c. accogliendo una definizione "sostanzialistica" di azienda. Tale apertura si scontrava però con la maggioranza delle posizioni dottrinarie e giurisprudenziali, contrarie a un ampliamento della nozione di entità economica nel significato riconosciuto dalla Corte di Giustizia. Anche per l'impossibilità di pervenire a un'applicazione *tout court* del disposto normativo sul trasferimento d'azienda, il legislatore intervenne quindi a regolare la fattispecie con l'art. 62 del d.lgs. 29/1993 (oggi art. 31 del TUIP). Attraverso tale norma il legislatore – nell'intento di assicurare una tutela minima ai lavoratori coinvolti nei processi di privatizzazione – prevedeva l'applicazione dell'art. 2112 del codice civile nell'ipotesi di «passaggio dei dipendenti degli enti pubblici e delle aziende municipalizzate o consortili a società private per effetto di norme di legge, di regolamento, di convenzione, che attribuiscono alle stesse società le funzioni esercitate dai citati enti pubblici e aziende»²⁵⁸.

²⁵⁵ Tale termine viene adoperato per descrivere i processi di privatizzazioni riguardanti le grandi imprese pubbliche coinvolte in processi di privatizzazione, per fornire alcuni esempi: Ferrovie dello Stato, Enel, Asst. TOSI E UBERTI, *La privatizzazione progressiva del rapporto di lavoro dei dipendenti delle Ferrovie dello Stato*, in *QDLRI*, 1995, n. 18, 73 ss.

²⁵⁶ NOVELLA, *Aspetti giuslavoristici delle trasformazioni dei servizi pubblici locali*, cit., 230- 250.

²⁵⁷ TREU, *Gli effetti delle trasformazioni sui rapporti di lavoro*, in *Problemi giuridici delle privatizzazioni. Atti del Convegno, 1994*, Milano, Giuffrè, 43.

²⁵⁸ Nell'adottare tale norma il legislatore aveva però dato vita a una disposizione foriera di molteplici dubbi interpretativi: l'art. 62 infatti non regolava qualsiasi passaggio di personale ma solo quello relativo ai soggetti specificatamente individuati dalla norma: enti pubblici, aziende municipalizzate o conferimento di attività svolte da pubbliche amministrazioni, enti pubblici o loro aziende o strutture, ad altri soggetti, pubblici o privati. Il legislatore, quindi, ovviando ai limiti della precedente legislazione, abrogò l'art. 62 spostandone la disciplina all'interno dell'art. 34 del d.lgs. 29/1993 (oggi art. 31 del TUIP) il quale statuiva che fatte salve le disposizioni speciali, nel caso di trasferimento o conferimento d'attività svolte dalle pubbliche amministrazioni, enti pubblici o loro aziende o strutture, ad altri soggetti pubblici o privati, al personale che passa alle dipendenze di tali soggetti si applica l'art. 2112 del c.c. e si osservano le procedure di informazione consultazione di cui all'art. 47, commi da 1 a 4, della legge 29 dicembre 1990, n. 420». L'opera di riforma tendeva ad allargare la platea dei soggetti "a quo" e "ad quem"²⁵⁸ nei confronti dei quali era applicabile la disciplina sul trasferimento d'azienda coerentemente alla previsione di cui all'art. 113 del d.lgs. 267/2000, elencante i soggetti giuridici idonei a poter essere titolari della gestione del servizio pubblico locale.

3.2 Società partecipate, successione nella titolarità di servizio d'appalto e trasferimento d'azienda

La problematica rapidamente accennata a conclusione del precedente paragrafo porta direttamente ad affrontare il cuore del problema che si intende esaminare: se la successione nella titolarità di un servizio pubblico, gestito originariamente da una società partecipata a cui è successivamente succeduta un'impresa privata assegnataria di un appalto mediante procedura pubblica, sia riconducibile alla nozione di trasferimento d'azienda²⁵⁹.

I servizi, che in ottemperanza all'art. 113 del d.lgs. 267/2000 vengono affidati tramite contratti d'appalto sottoscritti successivamente all'esperimento di una gara, e che dunque sono fisiologicamente caratterizzati da un possibile avvicendamento nella gestione degli stessi, hanno determinato l'insorgere del seguente problema: posto che risulta inapplicabile a tali fattispecie il disposto dell'art. 31 del d.lgs. 165/2001, quale forma di tutela è concretamente applicabile ai lavoratori coinvolti? Fino a che punto può trovare applicazione diretta la normativa sul trasferimento d'azienda?

La *querelle* giurisdizionale sul caso da cui prende spunto questo articolo costituisce una occasione di riflessione.

Come visto, la vicenda processuale si è incentrata sul rapporto sussistente tra la disciplina dei licenziamenti collettivi e le discipline legali e contrattuali che regolano i fenomeni di successione d'appalto (v. *supra*). Minor attenzione è stata prestata, per contro, all'ipotesi di applicare al caso in esame la disciplina sul trasferimento d'azienda, in particolare la cessione di ramo d'azienda²⁶⁰.

Il caso della cessione di ramo a seguito di perdita di appalto pone il problema di una non corretta trasposizione delle norme eurounitarie nell'ordinamento interno; problematicità che si acquiscono laddove, come la fattispecie Multiservizi dimostra, la giurisprudenza nazionale non riesce a operare l'opera di rammendo tra segmenti regolativi particolari nell'ordinamento multilivello²⁶¹.

La normativa sul trasferimento d'azienda è regolata a livello "eurounitario" dalla Direttiva 2001/23/CE, che ha abrogato e sostituito le precedenti Direttive 77/187/CEE e 98/50/CE.

È bene ricordare come la Corte di Giustizia europea abbia iniziato la propria opera di "perimetrazione"²⁶² della fattispecie già all'indomani dell'emanazione della prima direttiva sul trasferimento d'azienda.

Le differenti modalità con cui l'istituto del trasferimento d'azienda era stato regolato nei diversi Stati membri, ma soprattutto la rapida e crescente modificazione dei sistemi di produzione con l'avvento della organizzazione a rete, hanno impegnato, sin dall'inizio, i giudici europei a

²⁵⁹ NOVELLA, *Aspetti giuslavoristici delle trasformazioni dei servizi pubblici locali*, cit., 220-256.

²⁶⁰ Per ripercorrere il dibattito susseguente alle modifiche dell'art. 2112 del c.c. intervenute successivamente all'emanazione della Legge Biagi v. PICCIOLI, *La nuova nozione di ramo d'azienda*, in *DRI*, 2005, 2, pp. 333 ss.; FRANCESCHINIS, *l'art. 2112 cc. dopo il d.lgs. n. 276/2003*, in *RCDL*, 2003, 4, 857 ss.; MENICUCCI, *il trasferimento di ramo d'azienda dopo il d.lgs. 276/2003, profili di incostituzionalità*, in *DLM*, 2006, 1 ss.; FERRARO, *metamorfosi dell'impresa e tutela del lavoro (a proposito del trasferimento d'azienda nella riforma Biagi)*, in *ADL*, 2004, 793.

²⁶¹ SCIARRA, *Metodo e linguaggio multilivello dopo la ratifica del Trattato di Lisbona in I Diritti sociali tra ordinamento comunitario e Costituzione italiana: il contributo della giurisprudenza multilivello*, CARUSO E MILITELLO (a cura di), WP- CSDL/Collective Volumes 1/2011.

²⁶² LO FARO, *Judicial Developments of EC Social Policy and Intra-Community Institutional Dialogues: How to define a "Legal Transfer"* in SCIARRA (a cura di), *Labour Law in the courts: National Judges and the ECJ*, Hart Publishing, Oxford 2001.

interventi suppletivi rispetto alla scarsa normativa anteriore alla emanazione della direttiva. Le riforme e i cambiamenti contenuti nelle Direttive successive all'originaria del 1977, altro non sono che prodotti di quell'attività di supplenza di cui il Giudice del Lussemburgo si è fatto progressivamente carico.

È stata, infatti, avvertita la necessità di chiarire la fattispecie "trasferimento" e che cosa fosse esattamente un' "azienda" ai sensi della direttiva. Senza tali precisazioni, casi come quelli che in questa sede si esaminano, non avrebbero potuto trovare un'adeguata sistemazione e sarebbero stati esclusi dal raggio di applicazione della stessa.

L'attività interpretativa posta in essere dal giudice europeo rappresenta, come si vedrà, un'importante chiave di volta per il corretto inquadramento del caso "Multiservizi".

La Corte Europea nell'enucleare la nozione di "trasferimento" si è trovata di fronte a un bivio, potendo sposare una nozione formale di trasferimento maggiormente in linea con la quasi totalità delle legislazioni all'epoca esistenti negli ordinamenti giuridici degli Stati membri, oppure, aderire a una nozione di tipo funzionale dello stesso. Se avesse deciso di intraprendere la prima strada avrebbe ricevuto la confortante legittimazione delle definizioni codicistiche dei singoli paesi membri che riconducevano il trasferimento d'azienda a ogni operazione di cessione contrattuale tra due soggetti aventi natura imprenditoriale²⁶³.

Conscio del proprio ruolo, il giudice europeo ha invece percorso la seconda strada, più ripida, ma allo stesso tempo più coerente con lo spirito della Direttiva, oltre che con l'approccio teleologico privilegiato: l'interpretazione funzionale agli obiettivi degli atti comunitari. Avventurandosi nella creazione di nuove definizioni, la Corte ha ritenuto sussistente un trasferimento d'azienda anche dove non vi era presenza di un contratto né tra cedente e cessionario né nei confronti di soggetti terzi. Conseguentemente, con riferimento alla nozione di "trasferimento" elaborata dalla CGUE, la successione nella titolarità di un appalto tra due soggetti privati è stata ricondotta sotto l'applicazione della disciplina europea sul trasferimento d'azienda²⁶⁴.

Trovatasi nella necessità di enucleare la definizione di "azienda", d'altra parte, la corte europea ha intrapreso coraggiosamente una strada erta. Nonostante ciò, in qualche tratto di questo itinerario interpretativo, ha inteso estendere il raggio d'applicazione della direttiva per raggiungere l'obiettivo prefissato. I giudici europei hanno pertanto proceduto, senza troppe remore, a differenziare i contesti aziendali in cui l'attività lavorativa poteva essere prestata. Il declino della

²⁶³ Si veda in tal senso la versione originaria dell'art. 2112 del codice civile italiano.

²⁶⁴ Il lavoro creativo della giurisprudenza comunitaria a partire dalla fine degli anni '80 si è proiettato oltre la semplice configurazione di trasferimento d'azienda lì dove i soggetti coinvolti fossero soltanto due. È stata intrapresa una strada che ha condotto a un allargamento dell'area di applicazione della direttiva anche dove non si sarebbero spinti neanche i più fervidi sostenitori della dottrina della funzionalizzazione della nozione di trasferimento. La Corte ha infatti ravvisato la sussistenza di un trasferimento d'azienda: 1) in casi in cui alla scadenza di un contratto d'affitto con il primo affittuario, il proprietario affidava la gestione di un'attività a un secondo affittuario (CGUE, C-324/86 Daddy's Dance Hall A/S c. Foreningen af Arbejdsledere I Danmark); 2) in casi caratterizzati per la scadenza di un contratto d'affitto con un primo affittuario, e la sostituzione di tale contratto con un contratto di compravendita con un terzo cessionario, che proseguiva nella continuazione dell'attività (CGUE, C- 181/1987 P. Bork International A/S in liquidation v Foreningen af Arbejdsledere I Danmark) 3) sino a casi in cui i soggetti coinvolti erano quattro e non tre: impresa appaltante, impresa appaltante, prima impresa appaltatrice, impresa subappaltatrice, seconda impresa appaltatrice subentrata a seguito della risoluzione del primo rapporto contrattuale e successiva stipula di un nuovo contratto di appalto.

“grande fabbrica fordista” imponeva di considerare differentemente situazioni come quelle che in questa sede si commentano²⁶⁵ – caratterizzate da un ruolo centrale della manodopera e quindi rientranti nel concetto di azienda “labour intensive”²⁶⁶ - e differenziarle opportunamente da situazioni aziendali che di converso si caratterizzano per la centralità dei beni materiali²⁶⁷.

La fattispecie “Multiservizi” improntata sulla presenza di due soggetti imprenditoriali, che si succedono nello svolgimento di un’attività fondamentalmente “labour intensive”²⁶⁸ in appalto, nei confronti di un ente pubblico che opera come committente, ha certamente tutte le caratteristiche enucleate dalla giurisprudenza comunitaria ai fini dell’elaborazione della fattispecie di trasferimento d’azienda²⁶⁹. In tal senso, si rileva inoltre, la presenza dell’ulteriore indice valorizzato dall’opera di chiarificazione condotta dalla Cgue: il coordinamento tra i lavoratori adibiti nello svolgimento dell’attività di pulizia.

Alla luce di quanto rilevato non si possono dunque nutrire dubbi circa l’applicabilità della normativa sovranazionale sul trasferimento d’azienda al caso *de quo*. È però necessario ricordare come nel nostro paese, tanto a livello giurisprudenziale, che soprattutto legislativo sussiste ancora una certa diffidenza nei confronti delle operazioni estensive dell’ambito di applicabilità della fattispecie di “trasferimento d’azienda”. A circa dieci anni dalla sua entrata in vigore si staglia ancora nell’ordinamento italiano l’art. 29 della Legge Biagi che al suo terzo comma recita «*L’acquisizione del personale già impiegato nell’appalto a seguito di subentro di un nuovo appaltatore, in forza di legge, di contratto collettivo nazionale di lavoro, o di clausola del contratto d’appalto, non costituisce trasferimento d’azienda o di parte d’azienda*».

²⁶⁵ Sul ruolo che la crisi della “grande fabbrica fordista” ha avuto nella crisi di fine secolo del diritto del lavoro D’ANTONA, *Diritto del lavoro di fine secolo: Una crisi di identità?*, in RGL, 1998, 311-331.

²⁶⁶ Per una ricostruzione della nozione di attività “labour intensive” BANO, *La circolazione comunitaria di servizi labour intensive*, in LD, 2008, 7; ROMEI, *Cessione di ramo d’azienda e appalti*, in *Diritto del lavoro e nuove forme di decentramento produttivo*. in *Atti delle giornate di studio di diritto del lavoro*, Trento 4-5 Giugno 1999, Milano, Giuffrè, 5 ss.; VALLAURI, *Studio sull’oggetto del trasferimento ai fini dell’applicazione del nuovo art. 2112 c.c.*, in LD, 2002, 583 ss.; CESTER, *La fattispecie: la nozione di azienda, di ramo d’azienda e di trasferimento tra norme interne e norme comunitarie*, in QDLRI, 2004, 27 ss.

²⁶⁷ L’operazione chiarificatrice della CGUE è riscontrabile anche nell’elaborazione della definizione di “azienda”. Sul concetto contenuto nella direttiva di “entità economica che conserva la propria identità” è stato incentrato un lungo dibattito giurisprudenziale. Il caso *Spijkers*, CGUE, C-24/85, ha rappresentato il primo tentativo di delimitazione del minimo denominatore d’impresa ai sensi della direttiva: entra con tale sentenza nel vocabolario giuridico della corte il concetto di “mantenimento dell’identità economica trasferita” e si determina la vaporizzazione della centralità degli elementi materiali per un’attenzione maggiore all’immaterialità. I casi *Schmidt* CGUE C-392/92 e *Mercks* CGUE C-171/94, CGUE C-172/94 rappresentano l’apice della centralità conquistata dall’attività economica rispetto ai beni patrimoniali. È, però, con *Suzen*, CGUE C-13/95, che la Corte procede a demarcare - ai fini della configurazione di un trasferimento d’azienda - i complessi aziendali in cui l’attività economica non può essere sconnessa dai beni materiali, e quelli in cui, come i servizi integrati e di pulizia, l’attività è caratterizzata per una centralità della forza lavoro: le c.d. attività “labour intensive”. Per uno sguardo sulla letteratura internazionale in materia, BOURN, COULIN, *European Communities and EEA – When Does the transfer of a service contract constitute the transfer of undertaking?* in *European Law Review*, 1998, 20 ss.

²⁶⁸ A meno di non voler dare centralità alla dotazione con cui l’attività di pulizia viene materialmente svolta, non può in tal senso sussistere dubbio alcuno circa la riconducibilità dell’attività di pulizia all’interno dell’ampio complesso delle attività “labour intensive”.

²⁶⁹ Non si vuole in questa sede condividere letture per le quali ogni trasferimento di un gruppo di lavoratori può esser ricondotto a un trasferimento d’azienda o di ramo d’azienda; è opportuno ricordare come il trasferimento di un gruppo di lavoratori è suscettibile sotto l’applicazione della normativa in esame solo laddove si tratti di un gruppo di lavoratori portatori di specifiche competenze, e coordinati al fine di prestare la medesima attività lavorativa precedentemente svolta.

Questa norma, più che sospetta di incompatibilità con le Direttive europee sul Trasferimento d'Azienda²⁷⁰, giustifica e promuove letture giurisprudenziali interne fondate su una concezione preistorica del "core aziendale"²⁷¹.

Le uniche aperture giurisprudenziali sino ad ora intervenute hanno ravvisato il trasferimento d'azienda in ipotesi di successione nell'appalto di servizi con passaggio di beni di non trascurabile entità.²⁷² È probabilmente per tale ragione che le OO.SS. hanno proceduto, in taluni settori, a regolare la successione di imprenditori nella titolarità dell'appalto con l'obiettivo dichiarato di mantenere i livelli occupazionali e raggiungere, seppur in parte, indirettamente ciò che l'applicazione della disciplina sul trasferimento d'azienda avrebbe garantito in via diretta: il passaggio dei lavoratori dall'impresa che perde l'appalto all'impresa subentrante, evitando in questo modo l'applicazione della farraginosa disciplina sui licenziamenti collettivi che, al di là delle proprie finalità, in situazioni come quelle dell'avvicendamento negli appalti crea un *vulnus* alla fisiologica circolazione economica con evidenti ripercussioni negative sulle maestranze coinvolte (*v. infra*). In questo quadro si spiega, l'intervento dell'art. 4 del CCNL multiservizi e della legge n.31/2008 che sono intervenute con lo scopo di favorire il fisiologico passaggio delle maestranze coinvolte nell'appalto di servizi.

3.3 Il dissenso dei lavoratori trasferiti e la configurazione di un diritto di opposizione.

Coerentemente a quanto surriferito, la successione nella titolarità di un appalto di servizi avrebbe potuto quindi esser ricondotta – anche nella vicenda qui in esame - sotto l'ombrello protettivo della disciplina del trasferimento di ramo d'azienda. In tal modo i lavoratori coinvolti, e insoddisfatti dalle modifiche contrattuali, avrebbero potuto risolvere entro i tre mesi dal subentro del cessionario il proprio rapporto di lavoro²⁷³, tutti gli altri invece avrebbero continuato a svolgere le proprie mansioni presso il cessionario. Gli stessi, invece di contestare la violazione della disciplina legale sui licenziamenti collettivi avrebbero potuto tentare l'esercizio del c.d. "diritto d'opposizione" negando il loro consenso al trasferimento presso il cessionario e optando di rimanere in servizio tra le maestranze del cedente con probabile insuccesso se la fattispecie fosse stata correttamente qualificata come trasferimento di ramo. La problematica del diritto di opposizione

²⁷⁰ Sull'incompatibilità della previsione della Legge Biagi con le direttive comunitarie sul trasferimento d'azienda: ANDREONI, *Impresa modulare, trasferimento d'azienda, appalti interni: la soft law sul ciclo di produzione*, in GHEZZI (a cura di), *Il lavoro fra progresso e mercificazione. Commento critico al decreto legislativo n. 276/2003*, Roma, 2004, 197 ss.; Per un'interpretazione giustificatrice e aderente al dettato comunitario GRAGNOLI, *Contratti di appalto di servizi e trasferimento d'azienda*, in *Dialoghi fra dottrina e giurisprudenza*, in QDL, 2004, 253 ss.

²⁷¹ ROMEI, *Azienda, Impresa, Trasferimento*, in DLRI, 2003, 97.

²⁷² Cass. Civ., sez. lav. n. 493/2005; v. anche Trib. Roma, sent. 20 novembre 2007 e Trib. Roma, ordinanza 9 giugno 2005 secondo cui l'art. 29, comma 3, del d.lgs. 276/2003 «non può interpretarsi nel senso che in ogni ipotesi di subentro di un appaltatore a un altro debba escludersi ex lege il trasferimento di azienda, piuttosto tale norma va intesa nel senso che nei cambi di gestione non vi è trasferimento di azienda per il solo fatto che vi sia acquisizione di personale».

²⁷³ L'art. 2112 del codice civile, riprendendo il disposto dell'art. 4 della Direttiva del 2001, statuisce che «Il lavoratore, le cui condizioni di lavoro subiscono una sostanziale modifica nei tre mesi successivi al trasferimento d'azienda, può rassegnare le proprie dimissioni con gli effetti di cui all'articolo 2119, primo comma». In tal senso la dottrina è intervenuta a chiarimento della disposizione: SCARPELLI, *Il Mantenimento dei diritti del lavoratore nel trasferimento d'azienda: problemi vecchi e nuovi*, in QDLRI, 2005, p. 28: «la modifica delle condizioni di lavoro, per legittimare le dimissioni deve avere natura sostanziale: la legge fa qui rinvio, necessariamente e inevitabilmente, a un apprezzamento concreto affidato all'interprete. L'incertezza della formula legale è destinata a essere attenuata nel tempo dall'interpretazione giurisprudenziale: questa peraltro dovrà apprezzare caso per caso la rilevanza della modifica del contesto legislativo, sia sul versante oggettivo che su quello soggettivo».

rappresenta infatti, uno dei punti di maggior interesse nelle pieghe lasciate ancora aperte dall'opera di normazione del legislatore comunitario. In tutte le versioni delle Direttive sul trasferimento d'azienda sin qui succedutesi, è assente ogni riferimento alla possibilità del lavoratore di manifestare il proprio dissenso e rimanere alle dipendenze del cedente²⁷⁴. Nonostante l'ordinamento italiano non abbia elaborato una normazione specifica di tale situazione, non sono mancate voci in dottrina²⁷⁵ che hanno ritenuto ragionevolmente possibile affermare la facoltà del lavoratore di opporsi al trasferimento e dunque affermare la conseguente legittimità della richiesta di rimanere alle dipendenze del cedente²⁷⁶.

4. Licenziamenti collettivi e norme di salvaguardia occupazionale: interventi chirurgici a tutela del personale coinvolto in una successione d'appalto.

I provvedimenti giurisdizionali da cui si prende spunto forniscono un valido esempio di come il legislatore e le parti sociali abbiano voluto disciplinare in dettaglio la materia. Frutto di tale attività di normazione sono stati l'art. 7 comma 4 bis della legge n.31/2008²⁷⁷ e l'art. 4 del CCNL Multi-servizi²⁷⁸. La *ratio* di questi interventi è certamente giustificata dall'insufficienza del quadro

²⁷⁴ La configurabilità di tale facoltà è stata esaminata dalla dottrina e dalla giurisprudenza comunitaria sulla base delle altre indicazioni normative contenute nella disciplina comunitaria. L'attività della Corte del Lussemburgo, nella ricerca di una soluzione al caso, si è caratterizzata per un atteggiamento di cauta apertura, non pervenendo a fornire risposta affermativa, né a vietare la possibilità che tale facoltà venisse riconosciuta: è stato infatti statuito che gli Stati Membri risultano essere liberi di poter regolare le conseguenze relative al rifiuto del lavoratore di trasferirsi alle dipendenze del cessionario; sono quindi i singoli ordinamenti nazionali a esser chiamati a determinare quale sia la sorte dei rapporti di lavoro in caso di eventuale dissenso manifestato dalle maestranze coinvolte, in tal senso CGUE C- 139/91 Grigoris Katsikas c. Angelos Konstantinidis.

²⁷⁵ Per un approfondimento a una questione solo brevemente accennata SCARPELLI, *Esternalizzazioni e diritto del lavoro: il lavoratore non è una merce*, in *DRI*, 1999 351; SCARPELLI, *Trasferimento d'azienda ed esternalizzazioni. Le opinioni di (Mariella Magnani e Franco Scarpelli*, in *DLRI*, 1999 491; SCARPELLI, *Nozione di trasferimento di ramo d'azienda e rilevanza del consenso del lavoratore*, in *RIDL* 11, 2003, p. 150; SCARPELLI, *Il Mantenimento dei diritti del lavoratore nel trasferimento d'azienda: problemi vecchi e nuovi*, cit. , 28 ss.

²⁷⁶ Tale ricostruzione si basa sulla centralità attribuita all'art. 1406 del c.c. che prevede che ciascuna parte del contratto possa sostituire a sé un terzo solo a condizione che l'altra vi acconsenta. Sulla base di tale norma, si configurerebbe anche nelle ipotesi di trasferimento di ramo d'azienda la necessità che il lavoratore presti il proprio consenso alla cessione del proprio contratto dal cedente al cessionario. Tali ricostruzioni risultano essere tutt'ora minoritarie in dottrina e non condivisibili a parere di chi scrive in assenza di un intervento chiarificatore a livello nazionale o in alternativa a livello comunitario. Nemmeno l'esegesi letterale della norma sembra poter autorizzare l'esercizio di tali facoltà da parte del lavoratore, in quanto l'art. 1406 c.c. fa riferimento a contratti a prestazioni corrispettive non ancora eseguite. Va peraltro segnalata l'opinione di chi ritiene che il legislatore si sia già adoperato a sgombrare i dubbi regolando la materia attraverso la previsione del diritto del lavoratore di dimettersi entro 3 mesi in caso subisca una sostanziale modifica delle condizioni di lavoro, in tal senso MARESCA, *Le "novità" del legislatore nazionale in materia di trasferimento d'azienda*, in *ADL*, 2011, 587; VALLAURI, *Studio sull'oggetto del trasferimento ai fini dell'applicazione del nuovo art. 2112 c.c.*, in *LD*, 2002 629.

²⁷⁷ L'art. 7 comma 4bis della legge n. 31/2008 recita «*Nelle more della completa attuazione della normativa in materia di tutela dei lavoratori impiegati in imprese che svolgono attività di servizi in appalto e al fine di favorire la piena occupazione e di garantire l'invarianza del trattamento economico complessivo dei lavoratori, l'acquisizione del personale già impiegato nel medesimo appalto, a seguito del subentro di un nuovo appaltatore, non comporta l'applicazione delle disposizioni di cui all' articolo 24 della legge 23 luglio 1991, n. 223, e successive modificazioni, in materia di licenziamenti collettivi, nei confronti dei lavoratori riassunti dall'azienda subentrante a parità di condizioni economiche e normative previste dai contratti collettivi nazionali di settore stipulati dalle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative o a seguito di accordi collettivi stipulati con le organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative*».

²⁷⁸ L'intervento della contrattazione collettiva non ha caratterizzato soltanto il campo della successione degli appalti nel settore delle pulizie, si vedano infatti le analoghe previsioni collettive nel settore del Turismo e nel settore dell'Igiene, e la giurisprudenza relativa. L'Art. 4 del CCNL Multiservizi prevede che «*In ogni caso di cessazione di appalto, l'azienda cessante ne darà preventiva comunicazione, ove possibile nei 15 giorni precedenti, alle strutture sindacali aziendali e territoriali competenti, fornendo altresì informazioni sulla consistenza numerica degli addetti interessati, sul rispettivo orario settimanale, indicando quelli impiegati nell'appalto in questione da almeno 4 mesi; l'azienda subentrante, con la massima tempestività, preventivamente all'inizio della nuova gestione e, ove*

normativo preesistente – sebbene dotato di una razionalità intrinseca di fondo (v. *infra*) - e dalla confusione sulla corretta individuazione della disciplina legale applicabile (v. *supra*). In caso di successione d'appalto di servizi, e nella vigenza di una normativa contrattuale e legislativa che garantisce continuità occupazionale e invarianza economico-normativa dei dipendenti coinvolti, si discute se l'imprenditore cessante sia tenuto ad applicare la disciplina sui licenziamenti collettivi di cui alla legge n. 223/1991, come tutti i lavoratori hanno richiesto in giudizio e come molti giudici hanno affermato nel caso Multiservizi. Per affrontare tale questione è necessario prima di tutto verificare quando la disciplina sui licenziamenti collettivi trovi applicazione. La dottrina si era interrogata – già precedentemente all'intervento normativo a opera della contrattazione collettiva e all'emanazione della legge n. 31/2008 - sulla legittimità di quelle interpretazioni che postulano l'applicazione *tout court* della disciplina sui licenziamenti collettivi anche in alcune fattispecie come la successione nella titolarità di appalto, in particolar modo in determinati settori²⁷⁹. Una siffatta applicabilità è tutt'altro che scontata. Possono, infatti, sussistere fattispecie estintive di una pluralità di rapporti di lavoro le quali pur ricorrendo i presupposti quantitativi, non possono essere ricomprese nella disciplina di cui all'art. 24 della legge n.223/1991²⁸⁰. In un'impresa che normalmente gestisce servizi di pulizia attraverso contratti d'appalto, che per definizione presuppongono un avvicendamento, la scadenza dell'appalto e il suo mancato rinnovo – fatti questi nemmeno imputabili all'imprenditore cessante, che si trova a gestire le decisioni del committente – non si identificano di per sé in situazioni che comportano automaticamente una riduzione o una trasformazione di attività. Il settore delle pulizie è caratterizzato dalla presenza di lavoratori assunti in funzione dell'esistenza dell'attività gestita in appalto, quindi al rapporto di lavoro è connotato un innegabile elemento di temporaneità funzionale. Perciò la scadenza dell'appalto configura in realtà un evento fisiologico connesso col normale ciclo produttivo dell'azienda, al quale essa fa fronte partecipando ad altre gare e parametrando la propria forza lavoro in funzione delle esigenze del settore. L'applicazione della normativa sui licenziamenti collettivi presuppone invece uno stabile ed effettivo ridimensionamento dell'attività aziendale che va valutato non solo ponendo attenzione al singolo evento- nel nostro caso la perdita dell'appalto- che ha giustificato i

oggettivamente ciò non sia possibile, in tempi utili e comunque su richiesta delle Organizzazioni sindacali territoriali firmatarie del c.c.n.l. darà comunicazione a queste ultime del subentro nell'appalto. Alla scadenza del contratto di appalto possono verificarsi due casi: a) in caso di cessazione di appalto a parità di termini, modalità e prestazioni contrattuali l'impresa subentrante si impegna a garantire l'assunzione senza periodo di prova degli addetti esistenti in organico sull'appalto - risultanti da documentazione probante che lo determini - almeno 4 mesi prima della cessazione stessa, salvo casi particolari quali dimissioni, pensionamenti, decessi; b) in caso di cessazione di appalto con modificazioni di termini, modalità e prestazioni contrattuali, l'impresa subentrante - ancorché sia la stessa che già gestiva il servizio - sarà convocata presso l'Associazione territoriale cui conferisce mandato, o in assenza presso la Direzione provinciale del lavoro, ove possibile nei 15 giorni precedenti con la Rappresentanza sindacale aziendale e le Organizzazioni sindacali stipulanti territorialmente competenti per un esame della situazione, al fine di armonizzare le mutate esigenze tecnico-organizzative dell'appalto con il mantenimento dei livelli occupazionali, tenuto conto delle condizioni professionali e di utilizzo del personale impiegato, anche facendo ricorso a processi di mobilità da posto di lavoro a posto di lavoro nell'ambito dell'attività dell'impresa ovvero a strumenti quali part-time, riduzione orario di lavoro, flessibilità delle giornate lavorative, mobilità».

²⁷⁹ Tali settori possono essere esemplificativamente ricondotti all'interno di tre aree: il settore turismo, il settore delle pulizie, e il settore dell'igiene. Si tratta in sostanza degli stessi settori in cui le parti sociali hanno successivamente proceduto a regolare le conseguenze derivanti dalla successione della titolarità nell'appalto.

²⁸⁰ Il problema era stato affrontato dalla dottrina nei primi anni di vigenza della l. 223/1991. Si era attentamente sottolineato che, qualora ci si fosse concentrati esclusivamente sulla procedura di cui alla disciplina sui licenziamenti collettivi, si sarebbe trascurato il profilo della giustificazione causale del licenziamento. In tal senso DEL PUNTA, *la l. 223/1991 e licenziamenti collettivi, un primo bilancio teorico*, in *QDLRI*, 1997, 26; D'ANTONA, *Riduzione del personale e licenziamenti: la rivoluzione copernicana della l. 223/1991*, in *RFI*, 1993, 2027 ss.

provvedimenti espulsivi, ma va piuttosto valutato avendo cura di verificare se in base agli eventi precedenti e successivi vi sia stato quell'effettivo ridimensionamento che può giustificare le procedure di licenziamento collettivo. Obbligare l'impresa cedente ad applicare la farraginoso procedura di cui all'art. 24 della legge n. 223/1991 significherebbe ostacolare oltremodo la fisiologica circolazione economica ravvisabile nelle ipotesi di successione della titolarità negli appalti, determinando anche un'evidente complicazione della condizione dei lavoratori che graverebbe ingiustificatamente sul bilancio statale per l'inevitabile utilizzo degli ammortizzatori sociali. È chiaro oltretutto che se la *ratio* sottesa alla disciplina sui licenziamenti collettivi è quella di consentire al sindacato di intervenire nelle decisioni imprenditoriali laddove queste, per i requisiti temporali e quantitativi, siano in grado di generare un notevole allarme sociale, è altresì evidente che questa necessità viene meno in settori come quello preso in considerazione dove la natura fisiologica dei cambi di appalti e, le rapide occasioni di ricollocazione delle maestranze coinvolte garantite da fattori economici, contratti collettivi e disposizioni legali, riesce a tutelare nella sostanza i lavoratori (v. *infra*) maggiormente di quanto possa fare la procedura prevista dalla normativa sui licenziamenti collettivi²⁸¹. Se questa è la situazione ricavabile da un'interpretazione dei requisiti causali di applicazione della legge n. 223/1991, appare fuor di dubbio che i successivi interventi disposti dalla contrattazione collettiva e dal legislatore, con riferimento alla successione nella titolarità di un appalto di servizi, abbiano oltremodo proceduto a fugare ogni genere di dubbio in ordine all'inapplicabilità della disciplina di cui alla legge n. 223/1991 nel caso di successione di appalti nel settore delle pulizie, anche alla luce dei recentissimi dati di evoluzione dell'ordinamento giuridico. Queste disposizioni, intervenute a regolare in un secondo momento la materia, hanno infatti avuto lo scopo di dare una risposta ai molteplici dubbi emersi con riguardo alla disciplina giuridica applicabile alle fattispecie in esame. Già prima del legislatore, il Ministero era intervenuto a fornire le proprie indicazioni, aderendo alla tesi della non applicabilità della procedura sui licenziamenti collettivi nelle operazioni di successione di appalto²⁸², e la stessa

²⁸¹ PATERNO, sulla nozione di licenziamento per riduzione di personale, in ADL, 1995, 97.

²⁸² A seguito del rinnovo del c.c.n.l. del 2001, riguardante le imprese di pulizia, il Ministero è nuovamente intervenuto con circolare n. L/O1 del 28 maggio 2001 "confermando la posizione già espressa". Secondo il Ministero «confortano tale tesi le difficoltà di ordine applicativo, ovvero la considerazione che l'applicazione indiscriminata della procedura da un lato comporterebbe tempi e scadenze incompatibili con i tempi delle disdette e dei rinnovi degli appalti e dall'altro continui accavallamenti delle procedure via via instauratesi per i vari avvicendamenti di appalti, con assoluta ingestibilità del complesso meccanismo e con incertezze sugli ambiti di individuazione dei dipendenti (ciò con riferimento al numero, alla collocazione aziendale ed ai profili professionali del personale eccedente, nonché all'applicazione dei criteri di scelta dei lavoratori licenziati di cui agli artt. 4 e 5 della legge). In quest'ottica viene valorizzata, (...), la funzione della contrattazione collettiva, la quale, preso atto che i settori interessati sono caratterizzati da frequenti cambi di gestione tra le imprese con risoluzione dei rapporti di lavoro da parte dell'impresa cedente e assunzione "ex novo" da parte dell'impresa subentrante, ha specificatamente previsto procedure contrattuali volte a tutelare i livelli di occupazione percorrendo soluzioni alternative all'adozione delle procedure di cui alla legge n. 223/91, giudicate di fatto inidonee a fornire valide garanzie occupazionali ai lavoratori, dal momento che i recessi sono motivati da un effettivo giustificato motivo oggettivo e non vi sono criteri di scelta da negoziare ed applicare». Con interpello n. 22/2012 il Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali ha ribadito che sulla base del quadro normativo attuale va confermata «l'esclusione dei licenziamenti comunicati a causa della cessazione di un appalto, qualunque sia il loro numero, dall'area di applicazione della disciplina dei licenziamenti per riduzione del personale dettata dalla legge n. 223/1991 considerandoli, invece, come licenziamenti individuali plurimi per giustificato motivo oggettivo da assoggettare, quindi, alla disciplina della legge n. 604/1966. Precisa, infatti, questo Ministero che la perdita di un appalto di servizi non può essere ricondotta alle situazioni tipiche di sospensione del lavoro o riduzione del personale per situazioni temporanee di mercato né ad ipotesi di ristrutturazione o crisi aziendale quanto, piuttosto, ad un *turn over* assolutamente "fisiologico". In tale contesto il cambio di gestione nell'appalto viene disciplinato allo scopo principale di salvaguardare i livelli occupazionali mediante un impegno all'assunzione degli addetti al singolo appalto da parte dell'impresa subentrante mediante uno strumento contrattuale di tutela dell'occupazione».

giurisprudenza aveva sostanzialmente aderito a tali indicazioni²⁸³. È su questa cornice che si innesta l'intervento del legislatore che nel 2007 ha voluto: 1) far proprie le indicazioni emerse nel corso degli anni precedenti; 2) accogliere gli *input* già emersi in sede di contrattazione collettiva (v. *infra*), aderendo in tal modo alle tesi che – precedentemente all'intervento normativo del 2008- avevano optato per l'esclusione dell'applicabilità della procedura dell'art. 24 nella successione d'appalto. L'art. 7 comma 4 bis della legge n.31/2008 è suscettibile di una duplice interpretazione: norma derogante al complessivo apparato legale sui licenziamenti collettivi o, al contrario, disposizione che si colloca su un piano d'azione differente? A parer di chi scrive non sembra possibile qualificare il comma 4 bis dell'art. 7 della legge n.31/2008 alla stregua di una deroga all'applicabilità della legge n.223/91²⁸⁴. L'art. 7 piuttosto – sulla base dell'interpretazione letterale e della volontà del legislatore – si colloca su un piano diverso rispetto alla disciplina sui licenziamenti collettivi, escludendo il ricorso alle procedure di cui alla legge n.223/1991 non come deroga alle medesime, ma come “neutralizzazione” degli effetti delle stesse: cioè il licenziamento. Con l'applicazione dell'art. 7 viene cioè meno il presupposto stesso della procedura, vale a dire la perdita occupazionale che la giustifica. La procedura della 223/91 ha come suo obiettivo quello di attenuare, nel corso della consultazione sindacale - per altro solo come astratta possibilità - il numero dei programmati licenziamenti; l'art. 7, non è predisposto invece a “lenire” l'effetto sociale della riduzione di attività, proprio perché, a valle, evita del tutto la perdita occupazionale, disponendo il passaggio diretto dei lavoratori addetti all'appalto ceduto in capo alla impresa subentrante. La tecnica è dunque quella di una clausola sociale di tipo legale, obbligatoria e generalizzata che, imponendo alla subentrante un obbligo di immediata riassunzione, predispone una garanzia occupazionale per tutti i lavoratori coinvolti nella vicenda circolatoria²⁸⁵. È del tutto comprensibile, allora, la ragione per cui l'art. 7 prescinde dalle procedure di licenziamento collettivo, garantendo piuttosto il transito dei dipendenti a una nuova occupazione a condizione che sia rispettata la condizione dell'invarianza del trattamento economico complessivo. L'immutabilità delle condizioni economiche normative prescritta dalla norma - astrattamente riferibile sia alle condizioni del contratto di lavoro individuale, sia a quelle previste dal CCNL applicabile- richiede qualche ulteriore considerazione. A rigor di logica, tale parità dovrebbe considerarsi sussistente a fronte della garanzia della parità delle condizioni previste dal contratto collettivo nazionale, essendo il fine della legge n. 31/2008 quello di garantire che la salvaguardia dei livelli occupazionali non venga per esempio barattata con l'applicazione di un CCNL deteriore rispetto a quello applicato al precedente datore di lavoro. Sembra invece difficile poter aderire alla scelta compiuta dai

²⁸³ Trib. Milano 31 marzo 2004: «L'art. 4 c.c.n.l. 25 maggio 2001 per gli addetti alle imprese di pulizia prevede, in caso di cessazione di appalto e di subentro di un nuovo appaltatore, un vero e proprio obbligo giuridico di assunzione in capo all'impresa subentrante del personale dell'impresa cedente impiegato nell'appalto cessato, cui è correlato un diritto soggettivo di detto personale all'assunzione».

²⁸⁴ Per ulteriore conferma della *ratio legis* si veda la relazione illustrativa del provvedimento di legge citato si legge «L'articolo 1 prevede una specifica deroga all'applicazione della disciplina in materia di licenziamenti collettivi di cui all'articolo 24 della L. 223 del 1991 [...] L'articolo 1 dovrebbe determinare effetti positivi sul piano della piena occupazione e del trattamento retributivo e normativo per i lavoratori impiegati in imprese che svolgono servizi di pulizia, in caso di cessazione di appalto, favorendo la ricollocazione presso l'impresa subentrante dei lavoratori dell'impresa cessante impiegati nel medesimo appalto nonché il riconoscimento ai lavoratori riassunti delle stesse condizioni economiche e normative previste dai contratti collettivi nazionali», http://documenti.camera.it/leg15/dossier/testi/LA0364.htm#_Toc187835227.

²⁸⁵ L'art. 7 comma 4 bis non determina inoltre alcuna deroga peggiorativa rispetto alla disciplina comunitaria sui licenziamenti collettivi così come attuata dalla legge n. 223/1991. Si è di fronte a una previsione migliorativa rispetto alle previsioni della direttiva del tutto legittima ai sensi dell'art. 5 della stessa: «La presente direttiva non pregiudica la facoltà [...] degli Stati membri di applicare o introdurre disposizioni legislative, regolamentari, o amministrative più favorevoli ai lavoratori o favorire o consentire l'applicazione di disposizioni contrattuali più favorevoli ai lavoratori».

giudici del caso Multiservizi, i quali hanno valutato l'invarianza del trattamento economico complessivo anche con riferimento alle condizioni del contratto individuale, le cui eventuali modifiche da parte dell'impresa subentrante - anche se sostanzialmente incidenti sulla condizione dei lavoratori coinvolti - non potrebbero essere imputate alla sfera di responsabilità dell'appaltatore cedente. Quest'ultimo, infatti, in base alla normativa, deve semplicemente verificare - nell'applicare la procedura di cui al comma 4bis dell'art. 7 della legge n. 31/2008 e al CCNL Multiservizi - che le condizioni previste dal contratto collettivo possano trovare applicazione anche nei confronti del subentrante e che vengano coinvolti nel trasferimento i lavoratori addetti all'appalto negli ultimi 4 mesi. Invece, con la decisione assunta, il giudice siciliano, sulla base dell'asserita modifica delle condizioni normative individuali dei lavoratori coinvolti, ha ritenuto non applicabile al caso di specie l'art. 7 comma 4 bis del d.l. 31/2008, dichiarando l'illegittimità dei licenziamenti poiché operati in spregio alla disciplina legale contenuta nella legge n. 223/1991. La tesi contraria qui sostenuta può esser perseguita anche analizzando con attenzione la terminologia adoperata dal legislatore: l'art. 7 comma 4 bis parla infatti di trattamenti economici e normativi in maniera speculare a quanto fa l'art. 2112 al suo terzo comma quando impone al cessionario di applicare i medesimi trattamenti economici e normativi derivanti da contratto collettivo sino alla loro scadenza. Se il legislatore avesse voluto preservare la continuità delle condizioni individuali derivanti dal rapporto di lavoro, avrebbe probabilmente adoperato la diversa terminologia presente nell'art. 2112 primo comma, in cui si fa riferimento non ai «trattamenti economici e normativi» bensì ai «diritti derivanti dal rapporto di lavoro». Ne deriva dunque che ciò che l'art. 7 della legge n. 31/2008 richiede al fine di poter configurare una fattispecie di passaggio diretto che prescinde dalla attivazione delle procedure di licenziamento collettivo è che il subentrante si obblighi ad applicare ai lavoratori il medesimo trattamento contrattuale collettivo applicato dal cedente. Nulla di più. La giurisprudenza intervenuta nel corso degli ultimi anni - compresa quella qui in discussione - a favore della tesi contraria ha, invece, ritenuto che il controllo sull'immutabilità delle condizioni economiche e normative non possa esaurirsi con la verifica dell'applicazione del medesimo CCNL presso la subentrante: andrebbero verificate altresì le condizioni del contratto individuale di lavoro, eventuali riduzioni di orario, presenza di clausole elastiche ecc. Anche aderendo a tale percorso argomentativo, è peraltro necessario considerare che l'art. 7 comma 4 bis, nel suo secondo periodo, e l'art. 4 del CCNL lett. b), prende in considerazione anche la possibilità che nella successione d'appalto si verifichino modificazioni delle condizioni economiche e normative, autorizzando le parti sociali, attraverso la stipulazione di appositi accordi, ad avallare tali modifiche garantendo in ogni caso l'inapplicabilità della procedura dei licenziamenti collettivi e il passaggio dei lavoratori presso l'impresa subentrante nel rispetto dei criteri contenuti nell'art. 4 del CCNL. È dunque legittimo seguire la procedura di cui all'art. 7 comma 4 bis della legge n. 31/2008, a prescindere dall'attributo individuale o collettivo che si vuole dare al mutamento delle condizioni economiche e normative. Si comprende quindi come siano diverse le ragioni che portano a ritenere estranea ai casi di cessazione d'appalto di servizi nel settore di pulizie l'applicazione della normativa sui licenziamenti collettivi in presenza di tutte le condizioni causali volte a legittimare l'utilizzo della procedura di cui all'art. 7 comma 4 bis della legge n. 31/2008 e dell'art. 4 del CCNL. La specificità del settore è stata inoltre confermata dalle recentissime modifiche intervenute con l'art. 6 comma 4 del d.l. 28 giugno 2013 n. 76, il quale prevede espressamente l'inapplicabilità delle procedure conciliative previste dal comma 6 dell'art. 7 della legge n. 604/66 nei casi previsti dall'art. 2 comma 34 della legge 28 giugno 2012 n. 92, vale a dire ai « licenziamenti effettuati in conseguenza di cambi di appalto, ai quali siano succedute assunzioni presso altri datori di lavoro,

in attuazione di clausole sociali che garantiscano la continuità occupazionale prevista dai contratti collettivi nazionali di lavoro stipulati dalle organizzazioni sindacali dei lavoratori e dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale». L'inapplicabilità delle procedure di cui ai licenziamenti individuali prevista del recente intervento normativo è in continuità con la linea già perseguita dal legislatore del 2008 e dalle parti sociali; essa si dirige verso l'inapplicabilità degli oneri procedurali nel caso di recessi intimati susseguentemente alla successione d'appalto con garanzia occupazionale. Tra l'altro, la nuova norma, pone l'accento semplicemente sulla garanzia di continuità occupazionale senza far riferimento all'invarianza delle condizioni economiche e normative, facendo emergere un'opzione di politica del diritto che privilegia la tutela della continuità occupazionale dei dipendenti coinvolti. Dal quadro emerso è possibile in definitiva affermare che, pur in assenza di una regolazione organica della materia, è certamente ravvisabile la coerenza di fondo delle norme che nel corso degli ultimi anni si sono succedute intervenendo sulla fattispecie. La contrattazione collettiva, l'intervento del legislatore del 2008, e la recentissima innovazione normativa di cui si è ora detto paiono condurre l'interprete verso un'unica soluzione: nella successione d'appalto non possono trovare spazio gli obblighi procedurali previsti dalla disciplina sui licenziamenti collettivi e individuali. Per questo non sembra condivisibile l'opzione dei giudici che nella vicenda "Multiservizi" hanno ritenuto applicabile, anche in presenza di una successione d'appalto di servizi, la procedura legale sui licenziamenti collettivi procedendo alla reintegra dei lavoratori che giudizialmente avevano denunciato il mancato rispetto dei criteri di scelta di cui all'art. 23 della legge n. 223/1991 e più in generale la mancata attivazione delle procedure collettive ivi regolate. L'opzione perseguita è stata giustificata dall'assunto dell'inderogabilità della disciplina sui licenziamenti collettivi e dalla mancanza dei presupposti per l'applicabilità della disciplina risultante dal combinato disposto tra l'art. 4 del CCNL Multiservizi e della legge n. 31/2008, ritenute – a differenza di quanto surriferito – discipline semplicemente deroganti l'applicazione della normativa sui licenziamenti collettivi. Arrivati a questo punto è dunque opportuno chiedersi quale lettura, tra quelle prospettate, avrebbe garantito maggiormente i lavoratori coinvolti.

5. Quale Ruolo per il giudice del lavoro?

L'analisi del caso dischiude alcune considerazioni sul rapporto tra giudici e legislatore che, di recente, è stato riportato al centro del dibattito²⁸⁶. Ultimamente ci si è interrogati, e non solo in Italia²⁸⁷, sul futuro della disciplina e in particolare sulla compatibilità dei postulati di fondo del

²⁸⁶ CARUSO, *Giudici Giuristi e legislatori davanti alla crisi*, in RIDL, 1, 2013, 245 - 269 dove possiamo leggere «Inteso come capacità dei chierici di riflettere su stessi e sul proprio lavoro non in modo autoreferenziale, ma con apertura sistemica e culturale e, dunque, in dialogo, serrato e permanente, con altri attori istituzionali, giudici e legislatori in primo luogo. Ritengo questo indispensabile per dare senso e coordinate a una disciplina - sempre e non da oggi, come ricordava G. Vardaro - pericolosamente in bilico tra cronaca politica e giudiziale, cultura e ideologia». Tale contributo si colloca all'interno di un più ampio dibattito iniziato da DEL PUNTA, *Il giudice del lavoro tra pressioni legislative e aperture di sistema*, RIDL, 3, 2012, 461 ss., a cui hanno fatto seguito Magistratura Democratica, *Quale giudice del lavoro? (replica a un saggio di Riccardo Del Punta)*, in RIDL, 4, 2012, 719 ss.; DEL PUNTA, *Il giudice e la Costituzione: una replica ai giudici del lavoro di Magistratura Democratica*, RIDL, 4, 2012, 723 ss.; ABIGNENTE, *Note a margine di un interessante dibattito*, in RIDL, 4, 2012, 729 ss.; ROMAGNOLI, *Le parole sono pietre*, in RIDL, 1, 2013; MAZZOTTA, *Il giudice del lavoro, la costituzione e il sistema giuridico: fra metodo e merito*, in RIDL, 1, 2013, 235 - 243; l'ultimo contributo in ordine cronologico è stato fornito da SANTORO PASSARELLI, *Note per un discorso sulla giustizia del lavoro*, in RIDL, 3, 2012, 513 ss.; MAGNANI, *il giudice e la legge*, in RIDL, 3, 2013, 777-782.

²⁸⁷ DAVIDOV E LANGILLE, *Boundaries and frontiers of labour law: goals and means in the regulation of work*; Oxford, Hart, 2006.

diritto del lavoro con le trasformazioni e destrutturazioni accentuate dalla crisi economica globale e dalla crisi del modello sociale europeo²⁸⁸.

Secondo una tesi si profila un rischio di incertezza regolativa dovuto al continuo succedersi di norme e modifiche talvolta prive di coerenza sistematica²⁸⁹; altri hanno invece messo in guardia sulle controindicazioni ordinamentali derivanti dal susseguirsi di una giurisprudenza pratica a volte assiomaticamente *pro-labour*²⁹⁰. Il filone interpretativo formatasi attorno al caso da cui si è preso spunto costituisce un chiaro esempio di entrambi i rischi evidenziati. La legge 31/2008 ritrae plasticamente un modello di intervento regolamentativo a c.d. "struttura problematica" nella quale deroghe ed eccezioni sono volte a risolvere i problemi concreti un esempio concreto di quell', «*armonia perduta di un sistema chiuso e logicamente ordinato*»²⁹¹. Il deficit di coerenza giuridica ordinamentale, alla quale fa *de pendant* una stratificazione (per altro incerta e complicata) di tutele, determina una situazione a somma negativa, in cui vengono compromessi gli interessi di tutti gli attori in gioco: in primo luogo viene messa a repentaglio l'efficienza complessiva del sistema, ma vengono altresì lesi (controintuitivamente) coloro a vantaggio dei quali le tutele (staticamente garantiste) sono originariamente pensate. Il caso esaminato è esemplare in tal senso. A fronte di una normativa che, pur con le sue incertezze, consente di fluidificare i processi di cessione di appalto - salvaguardando la continuità occupazionale (obiettivo garantito, per altro, già dalla regolazione europea del trasferimento di ramo) - la giurisprudenza interviene in nome del rispetto formale delle procedure del licenziamento collettivo, annullando i licenziamenti (di fatto solo formali poiché è garantita la garanzia occupazionale immediata) con l'unico risultato di indurre o il recesso senza tutela occupazionale di altri lavoratori scelti con i criteri legali quindi senza tutela occupazionale, e pertanto impossibilitati a godere della tutela occupazionale presso la cessionaria in ragione dei criteri di scelta previsti dal CCNL; ovvero di costringere al *blackout* economico la società pubblica. Il tutto in ragione di un inesistente principio di intangibilità dei trattamenti contrattuali precedentemente acquisiti. Come si è avuto modo di argomentare, la disciplina normativa esaminata a garanzia della continuità occupazionale, è volta: 1) a garantire l'occupabilità delle maestranze coinvolte 2) a preservare il rispetto delle medesime condizioni economiche e normative prevista dal contratto collettivo, fatti salvi, in ogni caso, gli aggiustamenti che l'autonomia collettiva intende apportare per fluidificare l'operazione circolatoria, rendendola compatibile alle nuove condizioni economiche previste dall'appalto pubblico. L'applicazione *iussu iudicis* dell'art. 24 della legge n. 223/1991 - contro la volontà del legislatore e della stessa autonomia collettiva - raffigura un garantismo astratto volto a salvaguardare nei fatti non "il lavoro", ma il "posto" ricoperto dalle maestranze coinvolte nella società pubblica²⁹². La complessiva interpretazione fornita dalla giurisprudenza esaminata impedisce la continuità occupazionale presso un imprenditore privato, e finisce nella sostanza non solo per danneggiare l'interesse pubblico coinvolto, ma anche per compromettere gli interessi dei singoli lavoratori che -

²⁸⁸ LABORDE, *Cosa resta del modello sociale europeo?*, in LD, 2013, 325 -337.

²⁸⁹ ROMAGNOLI, *Verso un futuro che sa di antico*, in AMATO E SANLORENZO (a cura di), *La legge n. 92 del 2012 (Riforma Fornero): un'analisi ragionata*, 242: «*il diritto del lavoro sta morendo un poco alla volta, stremato da uno stillicidio di modifiche. Più o meno profonde, più o meno sanguinose. Come le banderillas. I picadores non infliggono ferite letali, ma il loro ingresso nell'arena segna egualmente l'inizio della fine. Del toro e della fiesta*».

²⁹⁰ DEL PUNTA, *Il giudice del lavoro tra pressioni legislative e aperture di sistema*, cit., 461 ss.

²⁹¹ D'ANTONA, *l'anomalia post - positivista del diritto del lavoro*, cit., 208 ss.

²⁹² Sugli interventi giudiziari connotati dal garantismo individualista si veda D'ANTONA, DE LUCA TAMAJO (a cura di), *Giudici del lavoro e conflitto industriale: tendenze italiane ed europee*, Napoli, in ESI, 1986, 14.

pure giovandosi nell'immediato della tutela reintegratoria - si troveranno reintegrati in un'impresa che, a seguito della mancata aggiudicazione dell'appalto, ha perduto ogni interesse alle loro prestazioni lavorative. Gli stessi, saranno inoltre reinseriti in un contesto aziendale impossibilitato a far fronte al pagamento delle retribuzioni - non essendo la società partecipata un operatore di mercato, ma un soggetto pubblico non più in grado di azionare le leve del *deficit* di bilancio - e quindi costretta a ri-licenziare o ad essere liquidata, con l'effetto di indurre al licenziamento di tutte le maestranze occupate, e non solo di quelle reintegrate. Ove è evidente, in vitro, l'eterogeneità dei fini dell'iper-garantismo del caso e del posto singolo (specie se pubblico o para pubblico) più volte oggetto di riflessioni non esenti anche da giuste dosi di provocazione intellettuale²⁹³, prodotta da una giurisprudenza culturalmente incline ad attuare una idea astratta di giustizia sociale distributiva²⁹⁴.

²⁹³ ICHINO A. E ICHINO P., *A chi serve il diritto del lavoro? Riflessioni interdisciplinari sulla funzione economica e la giustificazione costituzionale dell'inderogabilità delle norme giuslavoristiche*, in *RIDL*, 1994, 1, 459 ss.; P. ICHINO, *La riforma dei licenziamenti e i diritti fondamentali dei lavoratori*, Relazione al Convegno del Centro Nazionale Studi di Diritto del Lavoro "Domenico Napoletano" – Pescara *Relazione*, 11 maggio 2012; ICHINO P., *Come il metodo sperimentale può contribuire al progresso del diritto del lavoro*, in *RIDL*, 2011, 3, 393 ss.; ICHINO P., *Inchiesta sul lavoro, perché non dobbiamo avere paura di una grande riforma*, Mondadori, Milano, 2009.

²⁹⁴ CARUSO, *Giudici Giuristi e legislatori davanti alla crisi*, cit., 245; Per un'alternativa all'idea di giustizia redistributiva, SEN, *L'Idea di Giustizia*, Mondadori, 2009; per un'analisi di un diritto del lavoro all'"altezza" delle nuove sfide globali, CARUSO, *FIAT v. FIOM: Hard Case davanti alla consulta (a proposito dell'art. 19 dello Statuto)*, in *RIDL* 2012; CARUSO, *Occupabilità, formazione e "capability" nei modelli giuridici di regolazione dei mercati del lavoro*, in *DLRI*, 2007, pp. 1 ss.; DEL PUNTA, *Leggendo "The Idea of Justice" di Amartya Sen*, in *DLRI*, 2013, 2, 197-219; DAVIDOV E LANGILLE, *The Idea of Labour Law*, Oxford, Oxford University Press, 2011; ZAPPALÀ, *La tutela della persona nel lavoro a termine, Modelli di regolazione e tecniche di regolamentazione nella flexsecurity*, Giappichelli, 2009.

I recenti interventi legislativi sul contratto a termine. A forte rischio la tenuta eurounitaria del sistema interno*

Paolo Coppola

1. Dove eravamo: il d.lgs. n.368/01 nella originaria formulazione	80
2. La Corte costituzionale ed il d.lgs. n.368/01 ovvero la sentenza n.44/08: il vizio originario.	85
3. Le altre due misure ostative	88
4. Le misure dell'emergenza; l'art. 32 commi 5/7 della l. 183/10.	91
5. Le misure dell'emergenza: la a-causalità del contratto a termine.	100
6. Il precariato pubblico in genere. Il risarcimento del danno	104
7. Il superamento dei 36 mesi.	112
8. L'abrogazione del risarcimento del danno.	115
9. La costituzione del rapporto di lavoro oggi: che fine hanno fatto le misure ostative?	118
10. Il settore scuola	124
11. La soluzione interna (come cambia il reclutamento).	129
12. Conclusioni.	135

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 198/2014

1. Dove eravamo: il d.lgs. n.368/01 nella originaria formulazione

Discutere di un tema tanto vasto impone una scelta di campo. In questo scritto sono oggetto di esame le nuove tendenze legislative, con cause ed effetti, voluti e non voluti, sul tessuto normativo.

La linea di tendenza è ancora una volta quella della flessibilizzazione in entrata, o meglio della eliminazione nella pratica quotidiana, per alcune categorie di lavoratori, del contratto a tempo indeterminato.

È stato efficacemente sottolineato che *sia l'evidenza empirica, sia la maggior parte della letteratura economica in materia, dai classici ai keynesiani, dai neokeynesiani agli economisti istituzionalisti, eccezion fatta per la letteratura strettamente neoclassica all'interno della quale esistono tuttavia numerose eccezioni quali Solow, Modigliani e altri, non sembrano orientati ad affermare una relazione positiva e sostenibile nel lungo periodo tra maggiore flessibilità e crescita dell'occupazione e soprattutto crescita della produttività (Tronti e Ceccato, 2005; Kleinknecht et al., 2005; Lucidi, 2006; Dymarsky, 2008; Stirati, 2008; Tridico, 2009). Diversi contributi hanno evidenziato come la riforma italiana del mercato del lavoro abbia prodotto dei risultati distorti rispetto agli obiettivi che la stessa si era posta..i regimi di protezione dell'impiego possono svolgere un ruolo di natura assicurativa e in questo modo possono aumentare il benessere collettivo.*²⁹⁵

È interessante vedere la fotografia del mercato del lavoro nel momento in cui è stato varato di d.lgs. n. 368/01: è d'uopo riferirsi ad uno studio relativo all'anno 2002. La quota di lavoratori autonomi era del 26% a fronte del 10% europeo (studio OEC), mentre la quota di lavoratori dipendenti era tra le più basse d'Europa.

Il dato si riferisce a momento storico in cui la disciplina della l. n. 230/62 era stata bypassata con l'introduzione di contratti a termine a-causali per effetto di accordi sindacali in deroga, resi legittimi dalla l. n. 56/87²⁹⁶.

Il dato statistico è rimasto stabile, pur con oscillazioni, fino ad oggi, come risulta da molteplici studi²⁹⁷.

²⁹⁵ Flessibilità e produttività: il caso del lavoro in somministrazione; articolo presentato alla Conferenza Annuale AIEL, Pescara 9-10 Settembre 2010, Sessione: Istituzioni e politiche del lavoro, versione non definitiva, di Fadda S., Mennella A., Tridico P. Università di Roma Tre.

²⁹⁶ Art. 23 Disposizioni in materia di contratto a termine. - 1. L'apposizione di un termine alla durata del contratto di lavoro, oltre che nelle ipotesi di cui all'articolo 1 della legge 18 aprile 1962, n. 230, e successive modificazioni ed integrazioni, nonché all'articolo 8-bis del decreto-legge 29 gennaio 1983, n. 17, convertito, con modificazioni, dalla legge 25 marzo 1983, n. 79, è consentita nelle ipotesi individuate nei contratti collettivi di lavoro stipulati con i sindacati nazionali o locali aderenti alle confederazioni maggiormente rappresentative sul piano nazionale. I contratti collettivi stabiliscono il numero in percentuale dei lavoratori che possono essere assunti con contratto di lavoro a termine rispetto al numero dei lavoratori impegnati a tempo indeterminato.

²⁹⁷Cfr. ad esempio [http://noiitalia2010.istat.it/index.php?id=7&user_100ind_pi1\[id_pagina\]=11&cHash=7dbdbcd634](http://noiitalia2010.istat.it/index.php?id=7&user_100ind_pi1[id_pagina]=11&cHash=7dbdbcd634).

Al 2010 l'Italia è il Paese europeo di gran lunga a più alta vocazione imprenditoriale con oltre il 30 per cento di lavoratori in proprio, seguita da Slovacchia, Repubblica Ceca e Polonia. All'estremo opposto Romania, Lussemburgo, Estonia e Lettonia in cui il valore dell'indicatore non raggiunge il 5 per cento. Tra le maggiori economie la Germania e il Regno Unito si collocano nella parte bassa della graduatoria (8,6 e 7,1 rispettivamente).

Appare dunque evidente che le difficoltà della imprenditoria italiana non dipendono dalla rigidità del mercato del lavoro, già molto flessibile, sul fronte del contratto a termine, in ragione dei possibili accordi in deroga, ma, più probabilmente, dalla assenza di un mercato delle merci.

Le esigenze di flessibilità del mercato del lavoro possono essere soddisfatte con diversi strumenti²⁹⁸, senza addossare i relativi costi sociali sempre e solo sui lavoratori²⁹⁹. Detta affermazione non vuol dire conservazione del preesistente ma solo che, ove siano necessari interventi, essi dovrebbero essere mantenuti nel solco di istituti noti e nel rispetto, si consenta dirlo, del canone di buona fede. A fronte di modifiche normative che paiono consentire tutto, senza tener conto di resistenze ordinamentali superiori (anche di diritto interno), il risultato è il *caos* che viene ricondotto a *ratio* solo dopo tempo e quando i danni sono stati fatti.

Il d.lgs. n. 368/01, nella formulazione originaria, opta per la scelta del c.d. causalone, estremamente vago, posto che nelle *esigenze tecniche organizzative o produttive* è possibile far rientrare tutto ed il contrario di tutto. Ecco che la giurisprudenza nel tempo viene a specificare che si debba trattare di esigenze temporanee, con conversione della gran parte dei contratti a termine sottoposti al suo esame, fondati su dette esigenze.

È chiaro il perché, pur inespresso. Vi è o non vi è in Italia la regola della indisponibilità del tipo negoziale in relazione al rapporto di lavoro? Quando l'esigenza è permanente non si può derogare al "tipo" contratto a tempo indeterminato (C. cost. n. 121/1993 e n. 115/1994). Detta regola, pur non sufficientemente espressa nei provvedimenti giudiziali, sembra intuita dalla giurisprudenza lavoristica.

Nel frattempo però lo Stato continua a ricorrere ai contratti a termine in misura massiccia. Si pensi all'esempio della S.p.a. Poste italiane³⁰⁰.

Dopo le prime discipline eccezionali *pro Stato*³⁰¹, deliberate favorevolmente dalla Corte costituzionale³⁰² in un contesto che la pone francamente in un ambito extraconvenzionale (Convenzione e.d.u.), appare chiaro che la eccezionalità della soluzione non può essere riproposta indefinitamente, ed infatti la Consulta ha dichiarato incostituzionale l'art. 4-bis³⁰³ del d.lgs. n. 368/01,

²⁹⁸ Si pensi, per non andar lontano, all'istituto tedesco della Kurzarbeit; cfr. Il ruolo del diritto del lavoro e della sicurezza sociale nella crisi economica - L'esperienza tedesca, M. Fuchs, relazione AIDLASS, Bologna 16/17 maggio 2013. Si pensi alla necessità di modificare l'art 19 dello Statuto dei lavoratori per consentire a tutti i lavoratori di partecipare, non discriminati, alla firma degli accordi di prossimità.

²⁹⁹ Per un'ampia riflessione su cause e rimedi alla precarietà del lavoro, v. A. Piccinini, Le vie d'uscita dalla precarizzazione, su Lav. giur., 12, 2006, p. 1175 ss. e L. Menghini, Clausola generale e ruolo della contrattazione collettiva, in M. D'Onghia e M. Ricci (a cura di), Contratto a termine tra pubblico e privato, Giuffrè, 2009.

³⁰⁰ La predetta società è Stato ai fini della applicazione del diritto euorunitario, per come accertato dalla Corte di giustizia dell'Unione europea nella sentenza 12 dicembre 2013, causa C-361/12, Carratù, punti da 27 a 31.

³⁰¹ Cfr. il comma 21 dell'art. 9 del d.l. 1 ottobre 1996, n. 510, convertito in legge n. 608 del 1996: "le assunzioni di personale con contratto di lavoro a tempo determinato effettuate dall'Ente Poste italiane a decorrere dalla data della sua costituzione e comunque non oltre il 30 giugno 1997 non possono dare luogo a rapporti di lavoro a tempo indeterminato, e decadono allo scadere del termine finale di ciascun contratto".

³⁰² Cfr. Corte costituzionale, sentenza 13 ottobre 2000, n.419, ha ritenuto legittima la norma, che per trenta mesi non consentiva la riqualificazione dei contratti a termine, senza alcuna sanzione, per il carattere "eccezionale" e temporaneo del processo di trasformazione di Poste Italiane in impresa privata.

³⁰³ Art. 4-bis introdotto con la Legge 6 agosto 2008, n. 133: Disposizione transitoria concernente l'indennizzo per la violazione delle norme in materia di apposizione e di proroga del termine.

norma che aveva l'oggettivo effetto di limitare le conseguenze della conversione della stragrande maggioranza dei contratti a termine dello Stato/imprenditore.

Due le ulteriori linee di intervento del legislatore interno (in favore dello Stato):

- causale postale³⁰⁴;
- indennità risarcitoria del Collegato lavoro³⁰⁵, che interviene sui processi in corso.

La applicazione della prima³⁰⁶, da parte della società/Stato per cui la norma è stata pensata, ha dato adito a numerosi dubbi e problemi interpretativi.

Giurisprudenza minoritaria, ma pur ben presente, tenuto conto dell'arresto della Corte costituzionale (sentenza n. 214/09)³⁰⁷ e della testuale dizione della clausola 5 della direttiva 1999/70/Ce (che consente di differenziare le misure ostative in relazione alle attività o a categorie specifiche

Con riferimento ai soli giudizi in corso alla data di entrata in vigore della presente disposizione, e fatte salve le sentenze passate in giudicato, in caso di violazione delle disposizioni di cui agli articoli 1, 2 e 4, il datore di lavoro è tenuto unicamente a indennizzare il prestatore di lavoro con un'indennità di importo compreso tra un minimo di 2,5 ed un massimo di sei mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto, avuto riguardo ai criteri indicati nell'articolo 8 della legge 15 luglio 1966, n. 604, e successive modificazioni.

La disposizione è stata dichiarata incostituzionale dalla Consulta con sentenza n.214/2009.

³⁰⁴ Art 2, comma 1-bis, d.lgs. n.368/01: Le disposizioni di cui al comma 1 si applicano anche quando l'assunzione sia effettuata da imprese concessionarie di servizi nei settori delle poste per un periodo massimo complessivo di sei mesi, compresi tra aprile ed ottobre di ogni anno, e di quattro mesi per periodi diversamente distribuiti e nella percentuale non superiore al 15 per cento dell'organico aziendale, riferito al 1° gennaio dell'anno cui le assunzioni si riferiscono. Le organizzazioni sindacali provinciali di categoria ricevono comunicazione delle richieste di assunzione da parte delle aziende di cui al presente comma". Il comma 1 cui si rimanda prevede: "È consentita l'apposizione di un termine alla durata del contratto di lavoro subordinato quando l'assunzione sia effettuata da aziende di trasporto aereo o da aziende esercenti i servizi aeroportuali ed abbia luogo per lo svolgimento dei servizi operativi di terra e di volo, di assistenza a bordo ai passeggeri e merci, per un periodo massimo complessivo di sei mesi, compresi tra aprile ed ottobre di ogni anno, e di quattro mesi per periodi diversamente distribuiti e nella percentuale non superiore al quindici per cento dell'organico aziendale che, al 1° gennaio dell'anno a cui le assunzioni si riferiscono, risulti complessivamente adibito ai servizi sopra indicati. Negli aeroporti minori detta percentuale può essere aumentata da parte delle aziende esercenti i servizi aeroportuali, previa autorizzazione della direzione provinciale del lavoro, su istanza documentata delle aziende stesse. In ogni caso, le organizzazioni sindacali provinciali di categoria ricevono comunicazione delle richieste di assunzione da parte delle aziende di cui al presente articolo".

³⁰⁵ Per il commento alla nuova normativa sanzionatoria in materia di contratti a termine si rinvia a L. Menghini, Il regime delle impugnazioni, in RGL, 2011, I, pp. 139-144; Id., I commi 5-7 dell'art.32 della legge n. 183 del 2010: problemi interpretativi e di legittimità costituzionale, in Arg.dir.lav., 2011, p. 336 ss. (nota all'ordinanza di Cass. 28 gennaio 2011, n. 2112), e I commi 5-7 dell'art. 32 cit.; F. Buffa, Problematiche interpretative dell'art. 32, co. 5-7, della legge n. 183/2010 alla luce della giurisprudenza comunitaria, Corte Suprema di cassazione, Ufficio del Massimario e del Ruolo, Relazione tematica, 8 gennaio 2011, p.30 ss.; A. Ciriello, L'ordinanza di legittimità costituzionale della Cassazione sull'art. 32, commi 5 e 6, l. n.183/2010, ivi, p. 437; P. Coppola, Collegato lavoro, ordinamento comunitario e poteri del giudice, in RGL, 2011, I, pp. 88-89; R. Cosio, La violazione della normativa sul contratto a termine: le nuove sanzioni previste nel collegato lavoro, in Mass.giur.lav., 2010, p. 427 ss; B. Cossu - F. A. Giorgi, Novità in tema di conseguenze della "conversione" del contratto a tempo determinato, in Mass.giur.lav., 2010, p. 896; C. de Marchis, Osservazioni critiche alle prime decisioni sulla legge 4 novembre 2010, n. 183, in Riv.giur.lav., 2011, II, p. 3 ss.; A. De Matteis, Le ordinanze di rimessione sulla nullità del termine, ibidem, 2011, I, p. 11; V. De Michele, La riforma del processo del lavoro nel "Collegato Lavoro" 2010, in Il Collegato Lavoro 2010. Commentario alla legge n. 183/2010, a cura di M. Miscione e D. Garofalo, Milano, 2011, p. 313 ss.; F. M. Putaturo Donati, Conversione del contratto a termine e forfezzazione del risarcimento, ivi, 2011, pp. 24-25; G. Ianniruberto, Il contratto a termine dopo la legge 4 novembre 2010, n. 183, ivi, 2011, pp. 17-18; A. O. Mazzotta, Manuale di diritto del lavoro, Padova, 2011, p. 141; F. Ponte, Il mercato del lavoro tra flessibilità in entrata e in uscita, Napoli, 2013, pp.113 ss.; A. Vallebona, L'indennità per il termine illegittimo, in Il collegato lavoro 2010, 2011, Milano, p. 415 ss.; T. Vettor, Lavoro a termine e impiego privato: regime delle decadenze e sanzioni dopo la legge n.183 del 2010 al vaglio dei giudici, in ADL, 2012, 3, pp.751 ss.; L. Zappalà, La tutela risarcitoria nei casi di conversione del contratto di lavoro a tempo determinato al vaglio della Consulta, in Riv.it.dir.lav., 2011, II, p. 789.

³⁰⁶ Art. 2, comma 1-bis, del d.lgs. n. 368/01, aggiunto dall'art. 1, L. 23 dicembre 2005, n. 266.

³⁰⁷ La Corte costituzionale con la sentenza n.214 dell'8 luglio 2009 non ha ritenuto che il primo e unico contratto a tempo determinato per ragioni sostitutive di Poste italiane (protagonista assoluta di oltre il 90% del contenzioso giudiziario interno in materia nullità dei contratti a termine) rientrasse nel campo di applicazione della direttiva 1999/70.

di lavoratori) non riconosce alla disposizione una efficacia soggettiva (rivolta alla Società Poste italiane, indipendentemente dalla sua passata, presente o futura organizzazione) ma la interpreta oggettivamente³⁰⁸.

Sul punto deve ricordarsi come la C.g.u.e. abbia affermato che l'art. 2, comma 2-bis *“perseguiva uno scopo distinto da quello consistente nel garantire l'attuazione dell'accordo quadro nell'ordinamento nazionale”* e che, più precisamente, esso *“mirava a consentire alle imprese operanti nel settore postale un certo grado di flessibilità allo scopo di garantire (...) un funzionamento efficace delle diverse operazioni postali rientranti nel servizio universale”*³⁰⁹.

Nell'ipotesi di primo ed unico contratto non è necessario prevedere misure ostative (cfr. clausola 5, paragrafo 1, lettere a-c, della direttiva 1999/70/Ce) che sono necessarie per il solo rinnovo (intendendosi per tale la proroga e la successione di contratti) dei contratti a termine.

Inoltre la stessa clausola 5 della direttiva 1999/70/Ce consente di differenziare le causali e le sanzioni in maniera tale da tener conto *delle esigenze di settori e/o categorie specifiche di lavoratori*.

La Corte costituzionale (sentenza n.214/09), ha ritenuto la conformità della disposizione in esame perché *“... la norma censurata costituisce la tipizzazione legislativa di un'ipotesi di valida apposizione del termine. Il legislatore, in base ad una valutazione –operata una volta per tutte in via generale e astratta– delle esigenze delle imprese concessionarie di servizi postali di disporre di una quota (15 per cento) di organico flessibile, ... la garanzia alle imprese in questione, nei limiti indicati, di una sicura flessibilità dell'organico, è direttamente funzionale all'onere gravante su tali imprese di assicurare lo svolgimento dei servizi relativi alla raccolta, allo smistamento, al trasporto ed alla distribuzione degli invii postali, nonché la realizzazione e l'esercizio della rete postale pubblica i quali «costituiscono attività di preminente interesse generale»... Si aggiunga che l'art. 2, comma 1-bis, del d.lgs. n. 368 del 2001 impone alle aziende di comunicare ai sindacati le richieste di assunzioni a termine, prevedendo così un meccanismo di trasparenza che agevola il controllo circa l'effettiva osservanza, da parte datoriale, dei limiti posti dalla norma.....”*

La previsione trova dunque giustificazione solo in relazione alle esigenze di flessibilità “postali”: di qui la necessità di interpretarla in ragione dei suoi scopi, altrimenti non sarebbe giustificata.

L'art. 2, comma 1-bis, prevede: *Le disposizioni di cui al comma 1 si applicano anche quando l'assunzione sia effettuata da imprese concessionarie di servizi nei settori delle poste per un periodo massimo complessivo di sei mesi, compresi tra aprile ed ottobre di ogni anno, e di quattro mesi per periodi diversamente distribuiti e nella percentuale non superiore al 15 per cento dell'organico aziendale, ...*

Il comma 1 dell'art. 2 prevede un ulteriore requisito costituito dallo svolgimento di alcuni specifici servizi (servizi operativi di terra e di volo, di assistenza a bordo ai passeggeri e merci), mentre nel comma 1-bis dell'art. 2 vengono in rilievo solo due concetti:

³⁰⁸ Si tratta di un esempio tipico di come lo Stato intervenga disorganicamente, senza sapere come applicare la norma, tanto da indurlo, infine, a prevedere il contratto a-causale annuale.

³⁰⁹ Cfr. C.g.u.e., ordinanza dell'11.11.2010, causa C- 10/2010, Vito; v. G. Franza, L'interpretazione della direttiva 99/70 Ce alla prova del fuoco: stavolta la Corte usa le forbici, *Mass.giur.lav.*, 2011, p.236-239; sulle critiche all'ordinanza Vito cfr. V. De Michele, La giurisprudenza della Corte di Giustizia nel 2010 e l'interpretazione “infinita” sul contratto a termine, in *Il diritto del lavoro dell'Unione europea*, di R. Foglia e R. Cosio (a cura di), 2011, Milano, pp.605-752.

- 1) impresa (derivante dalla espressione: imprese concessionarie di servizi nei settori delle poste);
- 2) azienda (derivante dalla espressione: 15 per cento dell'organico aziendale).

Quanto al primo deve rilevarsi che la disposizione consente la assunzione da parte di imprese aventi la specifica caratteristica di essere concessionarie nel settore poste.

L'espressione azienda invece non può consistere nella mera ripetizione del concetto di impresa per cui l'organico aziendale cui la norma fa riferimento dovrebbe avere riguardo al solo settore *postale*; ove la disposizione avesse voluto riferire il 15% a tutto il personale assunto, avrebbe fatto riferimento all'organico della impresa e non sarebbe stata aggiunta la specificazione "aziendale".

Per azienda si intende un complesso organizzato di beni o servizi tesi ad una specifica produzione, nel caso di specie indicata dal legislatore con il riferimento al solo settore postale (cfr. artt. 2089, 2555 c.c. e 2556 c.c.; concetti di impresa ed azienda sono nozioni base del diritto commerciale); in forza dell'art 12, comma 1, delle disposizioni sulla legge in generale, sembra debbano necessariamente avere un significato diverso, non già frutto di una valutazione giudiziale, ma normativa (artt. 2089 e 2555 c.c.).

Una diversa interpretazione priva di significato la distinzione normativa impresa/azienda e sembra in contrasto con le finalità indicate sia dalla Corte costituzionale che dalla Corte di giustizia: si finirebbe col giustificare una norma di favore non già in ragione delle esigenze del servizio postale (*settore* di cui alla clausola 5, paragrafo 1, della direttiva 1999/70/Ce), ma della sola qualifica soggettiva di concessionaria ed in maniera del tutto slegata dalle esigenze tenute in considerazione dalla norma.

L'art. 2, comma 1-*bis*³¹⁰, d.lgs. n. 368/01 indica la disciplina come "aggiuntiva" (così testualmente) e non sostitutiva per cui prevede una ulteriore ed autonoma condizione legittimante che concorre con le ipotesi legittimanti di cui all'art. 1, comma 1, derogando solo sul piano della causalità. Sembra permanere pertanto l'onere di indicazione e specificazione per iscritto della causale giustificatrice (quella di cui all'art. 2, comma 1-*bis*), con l'onere di indicare i presupposti della norma (numero dei lavoratori assumibili a termine per l'anno di riferimento ed il numero del lavoratore assumendo, giustificando così la ricorrenza della causale legittima, ovvero specificandone, ex art. 1, comma 2, le ragioni). Si ottiene così la necessaria cristallizzazione delle ragioni della assunzione per consentirne la verifica (*ratio* sottesa alla materia come indicato anche da Cass. civ. - Sez.lav., sentenza n. 1931 del 27/01/2011).

Ad oggi l'art. 2, comma 1-*bis*, d.lgs. n. 368/01 è una disposizione priva di reale portata applicativa, stante la previsione della a-causalità del contratto a termine annuale³¹¹.

³¹⁰ Cfr. Trib. Foggia 11 aprile 2007, in Riv. crit. dir. lav., 2007, 728 ss., con nota di Paulli, Il nuovo contratto a termine di Poste Italiane Spa; in RGL, 2008, 155 ss., con nota di M. Lozito, La disciplina "aggiuntiva" del contratto a termine per il settore delle poste e la direttiva 1999/70/CE: violazione della clausola di non regresso e poteri del giudice italiano, in ADL, 2008, 307; con commento di A. Olivieri, Contratto a tempo determinato e abuso di posizione dominante?, ibidem, 313; Trib. Milano, 5 giugno 2007; App. Torino, 5 ottobre 2007; Trib. Napoli 23 ottobre 2007, tutte in ADL, 2008, 3, con nota di A. Olivieri; Trib. Roma, 15 gennaio 2008, n. 473/08, in Lav.giur., 2008, 728 ss., con nota di L. Martino, Le prime pronunce di merito sui "nuovi" contratti a termine di Poste.

³¹¹ Cfr. A. Vallebona, La riforma del lavoro 2012, Torino, 2012, p.19.

2. La Corte costituzionale ed il d.lgs. n.368/01 ovvero la sentenza n.44/08: il vizio originario.

La prima ordinanza di remissione alla Corte costituzionale che ha interessato il d.lgs. n. 368/01, è intervenuta a ben quattro anni dalla sua entrata in vigore³¹². La questione riguardava un settore certamente privato ed un aspetto della normativa circoscritto: il diritto di precedenza nelle riassunzioni. Il remittente sottolineava come *“per verificare il contenuto della delega al Governo ed i suoi limiti si deve ... fare riferimento a detto accordo quadro allegato tra l'altro alla direttiva stessa...”* e aggiungeva che *“in tutto il testo dell'accordo non vi è traccia alcuna della necessità di vietare il diritto alla precedenza nelle assunzioni, si deve rilevare che anzi vi è espressa disposizione in senso contrario attraverso la formulazione della clausola di non regressione ... tutte le clausole dell'accordo hanno lo scopo di vietare che lavoratori a tempo determinato abbiano condizioni di lavoro meno favorevoli dei lavoratori a tempo indeterminato (è consentito un miglior favore) per cui invero non è sostenibile una delega per ridurre diritti di prestatori di lavoro a tempo determinato; anzi la clausola 6 al comma 2 presuppone l'inserimento del lavoratore a tempo determinato nel circuito della sua impresa che, il disconoscimento del diritto alla precedenza nelle riassunzioni, di certo non favorisce... vi è la autorizzazione al mantenimento di disposizioni di maggior favore (clausola 8, comma 1) ed anzi la espressa clausola che l'applicazione del presente accordo non costituisce motivo valido per ridurre il livello generale di tutela offerto ai lavoratori nell'ambito coperto dall'accordo stesso (clausola 8, comma 3). Nel caso di specie più che di superamento dei limiti della delega sembra che il legislatore delegato abbia disposto in espresso contrasto con la legge delega”*.

A ben osservare, l'obbligo di riassunzione è disposizione che, unitamente alla adozione di misura ostativa conforme alla clausola 5, lettere b e c, della direttiva 1999/70/Ce (durata massima totale dei contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato successivi e numero dei rinnovi), può costituire reale ostacolo alla reiterazione anomala di contratti a termine, per i lavoratori stagionali³¹³, cui si applicava il diritto alla riassunzione³¹⁴. Detta osservazione vale in genere per tutti i contratti a termine.

Infatti il rispetto delle misure di prevenzione di cui alle lettere b e c è estremamente semplice, essendo sufficiente escludere dal circuito del precariato dell'impresa il primo lavoratore a termine ed introdurre un altro: raggiunto il tempo massimo e/o il numero massimo dei rapporti è sufficiente mutare precario e ricominciare. L'obbligo di precedenza nelle assunzioni rende

³¹²Tribunale di Rossano, ordinanza del 17.5.04, est Coppola, Novelis Umberto c. Olearia Guinnicelli S.r.l., in Riv. Giur. Lav., 2005, II, 85 con nota di A. Andreoni, La nuova disciplina sul lavoro a tempo determinato davanti alla Corte Costituzionale (a proposito della clausola di non regresso), in Lav. Giur. 5, 2005, 472, con nota di P. Nodari, Diritto di precedenza e costituzionalità della nuova normativa sul termine.

³¹³In particolare si tratta specificamente delle “assunzioni avvenute ai sensi della lettera a) dell'art. 1 e di quelle previste dalla L. n. 876 del 1977 e dalla L. 26 novembre 1979, n. 598, cioè le così dette assunzioni per punte stagionali, le quali ultime due previsioni richiedono per la loro legittimazione l'intervento accertativo dell'Ispettorato provinciale del lavoro, sentite le organizzazioni sindacali di categoria maggiormente rappresentative”: così, Cass. civ., Sez. lavoro, 15/02/2006, n.3309.

³¹⁴Il “diritto di precedenza nell'assunzione presso la stessa azienda, con la medesima qualifica quando per questa è obbligatoria la richiesta numerica e a condizione che manifestino la volontà di esercitare tale diritto entro tre mesi dalla data di cessazione del rapporto di lavoro” (art. 23, comma 2, l. 56/87) era riconosciuto ai lavoratori che avessero prestato attività lavorativa a carattere stagionale (art 8 bis D.L. 17/83 come convertito).

impossibile tale meccanismo e costituisce ostacolo reale alla precarizzazione, garantendo così il raggiungimento dell'obbligo di risultato di cui alla direttiva 1999/70/Ce.

Peraltro, anche in relazione alla misura ostativa causale, la precedenza suddetta è atta a disvelare, attraverso la obbligatoria assunzione del medesimo lavoratore, la eventuale presenza di abuso³¹⁵.

Questo dunque il campo della remissione: con il pretesto della attuazione dell'accordo quadro, in pieno campo di applicazione dello stesso, il legislatore aveva inteso ridurre una tutela prevista in favore dei lavoratori stagionali, sviando la delega. Infatti, il Tribunale di Rossano aveva rimesso alla Corte costituzionale gli artt. 10, commi 9 e 10, e 11, commi 1 e 2, del d.lgs. n. 368/01 esclusivamente per violazione dell'art. 76 della Costituzione.

La Corte costituzionale ha deciso di non decidere³¹⁶ perché era *“intervenuta la sentenza della Corte di giustizia 22 novembre 2005, in causa n. C-144/04, che... ha affermato che «una reformatio in pejus della protezione offerta dalla legislazione nazionale ... non è, in quanto tale, vietata dall'accordo quadro quando non sia in alcun modo collegata con l'applicazione di questo»* e gli atti dovevano essere restituiti al rimettente, *al precipuo fine di consentirgli la soluzione del problema interpretativo alla luce della sopravvenuta sentenza della Corte di giustizia, la quale - in ragione della sua natura - assume nella fattispecie valore di jus superveniens”*. Peraltro il remittente aveva già interpretato la direttiva in assoluta aderenza al pronunciamento della C.g.u.e. come successivamente intervenuto.

Da segnalarsi che analoga esigenza la Corte costituzionale non l'ha successivamente avvertita in relazione ad ogni altra questione di costituzionalità riguardante il d.lgs. n. 368/01, rimessa al suo esame, in relazione alle plurime e pertinenti sentenze della C.g.u.e. nel frattempo intervenute.

La Corte costituzionale aveva evidenziato che non era rimesso al suo esame la circostanza che le *“disposizioni sul diritto di precedenza...si...pongono al di fuori della delega... e quindi violano l'art. 76 Cost. perché tale argomento, in quanto modifica i termini esposti dal giudice rimettente, non può trovare ingresso in questa sede, atteso che l'ambito del giudizio di legittimità costituzionale non può estendersi oltre i limiti fissati dall'ordinanza di remissione, per comprendere altre norme o diversi profili ... che rimangono fuori della questione”*.

A distanza di sei mesi il Tribunale di Rossano ha rimesso nuovamente, nel medesimo procedimento, la questione alla Corte costituzionale, sotto l'ulteriore profilo della stretta violazione dell'art. 77 della Costituzione (totale assenza di delega), ovvero della invasione del potere esecutivo in un ambito riservato al potere legislativo, quindi emanazione di una norma/non norma da parte del Governo.

La Corte costituzionale *“ritiene che l'abrogazione – ad opera delle norme censurate – dell'art. 23, comma 2, della legge n. 56 del 1987 non rientri né nell'area di operatività della direttiva comunitaria, definita dalla Corte di giustizia con la sentenza 22 novembre 2005, nella causa C-144/04 Mangold, né nel perimetro tracciato dal legislatore delegante”*³¹⁷.

³¹⁵ Argomentando da C.g.u.e. sentenza 26 gennaio 2012, C-586/10, Bianca Küçük contro Land Nordrhein-Westfalen;

³¹⁶ Corte costituzionale, ordinanza n. 252/06.

³¹⁷ Corte costituzionale, sentenza n. 44 del 25 febbraio 2008, giunta quasi a sorpresa.

La lettura così offerta della clausola 5, nonché dell'intera direttiva, può ritenersi oggi erronea: la Corte costituzionale non ha colto che si trattava di disposizione più favorevole per i lavoratori, che poteva essere mantenuta e rientrare nell'ambito di applicazione della clausola 8, paragrafo 1³¹⁸. Inoltre il Giudice delle leggi non avverte il problema dell'obbligo per lo Stato di creare un quadro normativo per la prevenzione degli abusi derivanti dall'utilizzo di una successione di contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato (clausola 1, lett b), il quale non si può ritenere circoscritto nei soli limiti della clausola 5, lett. b e c³¹⁹. Visto l'effetto che conseguiva dalla permanenza del diritto alla riassunzione, in combinato con la clausola 5, lettere b e c, appare evidente che si è nel pieno dell'ambito applicativo della direttiva 1999/70/CE.

Infatti l'obbligo per gli Stati non cessa con la adozione di una delle misure minime previste dalla clausola 5 della direttiva 1999/70/Ce, ma è un obbligo di risultato, per cui *nella esecuzione dell'obbligo comunque deve essere garantita l'effettiva prevenzione dell'utilizzo abusivo di contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato successivi*³²⁰. È tenuto a garantire il risultato imposto dal diritto comunitario, come risultante non soltanto dall'art. 249, terzo comma, CE, ma anche dall'art. 2, primo comma, della direttiva 1999/70, letto alla luce del suo diciassettesimo 'considerando' (v., in tal senso, sentenza Adeneler³²¹ e a., cit., punto 68, nonché ordinanza Vassilakis e a., cit., punto 87)

La Corte costituzionale ha invece finito con il concludere che *"la legge...per quanto concerne la direttiva 1999/70/CE ...non ha dettato – a differenza di altre ipotesi – specifici criteri o principi capaci di ampliare lo spazio di intervento del legislatore delegato...per cui ha dichiarato la illegittimità costituzionale, per violazione dell'art. 77, primo comma, Cost., dell'art. 10, commi 9 e 10, nonché dell'art. 11, comma 1, del d.lgs. n. 368 del 2001, nella parte in cui abroga l'art. 23, comma 2, della legge 28 febbraio 1987, n. 56, in quanto emanati in assenza di delega"*.

La questione e la sentenza della Consulta hanno dato la stura a tutte le ulteriori questioni e sentenze sull'impianto originario del d.lgs. n.368/01 (Corte costituzionale n. 214/09 e n. 107/13³²²,

³¹⁸ Si veda Corte di giustizia dell'Unione europea, sentenza 12.12.13, procedimento C-361/12, Carratù, con riferimento alla direttiva 1999/70/Ce.

³¹⁹ Cfr. in tal senso, tra le tante, sentenza 4 luglio 2006, Adeneler e a., causa C-212/04 punto 68, l'ordinanza 12 giugno 2008, causa C-364/07, Vassilakis e a, punto 87, Kiriaki Angelidaki, causa C 378/07, della Corte di giustizia del 23 aprile 2009, punti 94 e 95.

³²⁰ Cfr. sentenza Kiriaki Angelidaki (C-378/07) della Corte di giustizia del 23 aprile 2009 punti 94 e 95 e nel medesimo senso sentenza 4 luglio 2006, proc. C-212/04, Adeneler e a., punto 101.

³²¹ Sentenza 4 luglio 2006, Adeneler e a., causa C-212/04; v. R.Conti e R.Foglia, Successione di contratti di lavoro a termine nel settore pubblico, su Corr.giur., 2006, p.1456-1459; L. Zappalà, Abuse of Fixed-Term Employment Contracts and Sanctions in the Recent ECJ's Jurisprudence, Giorn.rel.ind., 2006, p.439-444; G. Franza, Lavoro a termine: è ormai completa l'interpretazione della direttiva, Mass.giur.lav., 2006, p.752-755; A. M. Perrino, Perplexità in tema di contratto di lavoro a termine del pubblico dipendente, su Foro it, 2007, IV, Col.75-81; L. De Angelis, Il contratto di lavoro a termine nelle Pubbliche Amministrazioni alla luce della giurisprudenza comunitaria: spunti di riflessione, su Foro it., 2007, IV, Col.344-348; V. De Michele, Contratto a termine e precariato, cit., p.48-70.

³²² Per i primi commenti, v. L. Menghini, Riprende il dialogo tra le Corti superiori: contratto a termine e leggi retroattive, su RGL, 2013, 4, 425 ss.; V. De Michele, L'interpretazione comunitaria della Corte costituzionale sulla "nuova" disciplina del contratto a termine, su LG, 2013, n.8-9, p.813 ss.; S. Galleano, Sul sostitutivo – Sentenza 107 del 29.05.13 – la Consulta si adegua alla giurisprudenza di legittimità e rivede la 214/09, ma con qualche precisazione per la Corte di Cassazione, su www.studiogalleano.it; nonché in Dir. pratica lav., 2013, 27, 1745 ss., con nota di G. Spolverato.

di segno opposto). Da tale momento, e dalle sentenze³²³ Marrosu Sardino³²⁴ e Vassallo³²⁵ della C.g.u.e.³²⁶, è iniziato il *bailamme* normativo, la danza col demone della paura che vede indissolubilmente legati il legislatore e le sue disorganiche urgenze, cerotti su profonde ferite aperte, e che rischia di trascinare con sé l'economia italiana.

3. Le altre due misure ostative

Altra misura (non) ostatica è contenuta nell'art. 5, commi 3 e 4, del d.lgs. n. 368/01: *Qualora il lavoratore venga riassunto a termine, ai sensi dell'articolo 1, entro un periodo di dieci giorni dalla data di scadenza di un contratto di durata fino a sei mesi, ovvero venti giorni dalla data di scadenza di un contratto di durata superiore ai sei mesi, il secondo contratto si considera a tempo indeterminato. Quando si tratta di due assunzioni successive a termine, intendendosi per tali quelle effettuate senza alcuna soluzione di continuità, il rapporto di lavoro si considera a tempo indeterminato dalla data di stipulazione del primo contratto.*

³²³ Sentenze del 7 settembre 2006, causa C-53/04, Marrosu e Sardino, e causa C-180/04, Vassallo.

³²⁴ Nell'ordinanza in causa C-53/04 Marrosu-Sardino il Tribunale di Genova ha posto alla Cgue il seguente quesito: «Se la direttiva 1999/70/CE (art.1 nonché clausole 1, lett. b, e clausola 5 dell'accordo quadro CES-UNICE-CEEP sul lavoro a tempo determinato) debba essere intesa nel senso che osta ad una disciplina interna (previgente all'attuazione della direttiva stessa) che differenzia i contratti di lavoro stipulati con la pubblica amministrazione, rispetto ai contratti con datori di lavoro privati, escludendo i primi dalla tutela rappresentata dalla costituzione d'un rapporto di lavoro a tempo indeterminato in caso di violazione di regole imperative sulla successione dei contratti a termine».

³²⁵ Nell'ordinanza di rinvio in causa C-180/04 il Tribunale di Genova ha sollevato tre quesiti pregiudiziali: «1) Se – tenuto conto dei principi di non discriminazione e di effettività avuto riguardo, per quanto riguarda la Repubblica italiana, alle misure da essa prese con riferimento al rapporto di lavoro alle dipendenze di datori di lavoro non pubblici – la direttiva 1999/70/CE del Consiglio del 28 giugno 1999 [articolo 1 nonché clausole 1, lett.b), e clausola 5 dell'accordo quadro sul lavoro CES-UNICE-CEEP recepito dalla direttiva] debba essere intesa nel senso che osta ad una disciplina interna quale quella di cui all'art.36 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n.165, che non stabilisce “a quali condizioni i contratti e i rapporti di lavoro a tempo determinato devono essere ritenuti contratti a tempo indeterminato”, addirittura escludendo in radice e in modo assoluto che l'abuso del ricorso a tale forma di contrattazione e di rapporti possa dare luogo alla costituzione di rapporti di lavoro a tempo indeterminato; 2) in caso di risposta affermativa al primo quesito, se, tenuto conto dell'avvenuta scadenza del termine di recepimento, la direttiva 1999/70/CE (e in particolare la clausola 5 di essa), e i principi di diritto comunitario applicabili debbano ritenersi – anche alla luce del decreto legislativo n.368/2001 e, segnatamente, del suo articolo 5 che considera conseguenza normale dell'abuso del contratto o del rapporto a termine la conversione in rapporto a tempo indeterminato – attribuire al singolo un diritto, attuale e immediatamente esigibile secondo le norme interne più prossime alla fattispecie (e quindi secondo le norme di cui al decreto legislativo n.368/2001), al riconoscimento della titolarità, in proprio capo, di un rapporto di lavoro a tempo indeterminato; 3) in caso di risposta affermativa al primo quesito e negativa al secondo quesito, se, tenuto conto dell'avvenuta scadenza del termine di recepimento, la direttiva 1999/70/CE (e in particolare la clausola 5 di essa) e i principi di diritto comunitario applicabili, debbano ritenersi attribuire al singolo esclusivamente il diritto al risarcimento del danno eventualmente sofferto dalla mancata adozione, da parte della Repubblica Italiana, delle misure idonee a prevenire gli abusi del ricorso al contratto e/o al rapporto di lavoro a termine alle dipendenze di datori di lavoro pubblici».

³²⁶ Sulle sentenze “gemelle” Marrosu-Sardino e Vassallo, cfr. A. Miscione, Il contratto a termine davanti alla Corte di giustizia: legittimità comunitaria del d.lg. n. 368 del 2001, in Arg. dir. lav., 2006, 6, 1639; L. Nannipieri, La Corte di giustizia e gli abusi nella reiterazione dei contratti a termine: il problema della legittimità comunitaria degli artt. 5, d. lgs. n. 368/2001 e 36, d. lgs. n. 165/2001, su Riv.it.dir.lav., 2006, II, p.742-764; L.Zappalà, Abuse of Fixed-Term Employment Contracts and Sanctions in the Recent ECJ's Jurisprudence, Giorn.rel.ind., 2006, p.439-444; G.Franza, Lavoro a termine: è ormai completa l'interpretazione della direttiva, Mass.giur.lav., 2006, p.752-755; A.M.Perrino, Perplexità in tema di contratto di lavoro a termine del pubblico dipendente, su Foro it., 2007, IV, Col.75-81; L. De Angelis, Il contratto di lavoro a termine nelle Pubbliche Amministrazioni alla luce della giurisprudenza comunitaria: spunti di riflessione, su Foro it., 2007, IV, Col.344-348; V. De Michele, Contratto a termine e precariato, cit., p.173-177; S.Sciarra, Il lavoro a tempo determinato nella giurisprudenza della Corte di giustizia europea. Un tassello nella “modernizzazione” del diritto del lavoro, relazione su Il giudice del lavoro e le fonti comunitarie ed internazionali, Roma, 17 gennaio 2008, Incontro di studio CSM, p. 12-16.

La misura come introdotta, poi modificata, con termini ampliati (L. n. 92/12)³²⁷ e poi ripristinati nella loro originaria estensione (D.L. n. 76/13) era ed è inadatta a costituire misura sostitutiva ad avviso della C.g.u.e.

Premesso che già la sola vicenda del termine ballerino (ripristinato nel giro di qualche mese nella sua originaria durata) è chiaro sintomo di una legislazione assolutamente priva di progettualità unitaria, è d'uopo richiamare l'attenzione sulla sentenza Adeneler³²⁸ della C.g.u.e. che, in relazione alla specifica questione, ha già ritenuto un intervallo nei rinnovi dei contratti a termine, di 20 giorni lavorativi inadatto ad assicurare le finalità della direttiva 1999/70/Ce: ciò è accaduto il 2 luglio 2006³²⁹.

La normativa italiana prevedeva già all'epoca un intervallo di 10 o 20 giorni di calendario (8/15 giorni lavorativi in concreto): non risultano presentate proposte di modifica della norma interna fino alla legge Fornero (il legislatore è intervenuto nel frattempo sui contratti a termine una decina di volte).

Sulla distanza tra contratti è intervenuta altresì l'ordinanza Vassilakis³³⁰ che ha statuito (si riporta un testo non ufficiale, posto che l'ufficiale è in lingua francese o greca): *considerare come successivi i soli contratti di lavoro a tempo determinato separati da un periodo di tempo inferiore o uguale a tre mesi, non è, in linea di principio, in grado di compromettere di per sé l'oggetto, la finalità e l'effetto utile dell'accordo quadro....un lasso di tempo di tre mesi può essere, in generale, considerato sufficiente a porre fine a qualsiasi rapporto di lavoro esistente e, di conseguenza, far sì che tutti i contratti eventuali firmati successivamente non sarà considerato come successivo. Sembra, infatti, difficile per un datore di lavoro che ha dei bisogni permanenti e durevoli, eludere la protezione offerta dall'accordo quadro contro gli abusi ... lasciando correre, alla fine di ogni contratto di lavoro a tempo determinato, un periodo di circa 72 giorni. Tuttavia, spetta alle autorità nazionali e dei tribunali, responsabili dell'attuazione delle misure di recepimento della direttiva 1999/70 e dell'accordo quadro e così chiamate a pronunciarsi sulla qualificazione dei contratti a tempo determinato successivi, prendere in considerazione, in ogni caso, tutte le circostanze, tenendo conto, soprattutto, del numero di tali contratti stipulati con la stessa persona o al fine della realizzazione di uno stesso lavoro, al fine di escludere che i rapporti di lavoro siano utilizzati in maniera abusiva da parte dei datori di lavoro.*

La ragione della valutazione rimessa ai Tribunali è evidente: contratti successivi con sostituzione del precario o con periodo di sospensione del rapporto che cade in un periodo di sospensione fisiologica dell'attività lavorativa possono costituire indici di abuso.

Dunque l'Italia, con riferimento al contratto a termine, aveva adottato, come misura sostitutiva conforme, solo quella causale e, dall'1.4.09, anche la diversa misura della durata massima dei

³²⁷ Sulle novità introdotte alla disciplina del contratto a tempo determinato dal D.L. n.79/2012 v. M. Miscione, I contratti a termine 2013, LG, speciale 2013 su "Pacchetto lavoro": interventi urgenti per la promozione dell'occupazione, p.12 ss.

³²⁸ Sulla sentenza Adeneler v. R. Conti e R. Foglia, Successione di contratti di lavoro a termine nel settore pubblico, su Corr.giur., 2006, p.1456-1459; L. Zappalà, Abuse of Fixed-Term Employment Contracts and Sanctions in the Recent ECJ's Jurisprudence, Giorn.rel.ind., 2006, p.439-444; G. Franza, Lavoro a termine: è ormai completa l'interpretazione della direttiva, Mass.giur.lav., 2006, p.752-755; A. M. Perrino, Perplexità in tema di contratto di lavoro a termine del pubblico dipendente, su Foro it., 2007, IV, Col.75-81; L. De Angelis, Il contratto di lavoro a termine nelle Pubbliche Amministrazioni alla luce della giurisprudenza comunitaria: spunti di riflessione, su Foro it., 2007, IV, Col.344-348; V. De Michele, Contratto a termine e precariato, cit., p.48-70.

³²⁹ Cfr. sentenza Adeneler e a., punti 84 ed 85.

³³⁰ Ordinanza del 10.6.08, causa C-364/07.

contratti: non è invece misura ostativa la previsione di una distanza minima tra contratti, perché non rispetta i “paletti” di cui alla direttiva 1999/70/Ce, come interpretati/integrati dalla C.g.u.e.

Ai sensi della clausola 5 della direttiva 1999/70/CE, *per prevenire gli abusi derivanti dall'utilizzo di una successione di contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato, gli Stati membri, previa consultazione delle parti sociali a norma delle leggi, dei contratti collettivi e della prassi nazionali, e/o le parti sociali stesse, dovranno introdurre, in assenza di norme equivalenti per la prevenzione degli abusi e in un modo che tenga conto delle esigenze di settori e/o categorie specifici di lavoratori, una o più misure relative a:*

- a) ragioni obiettive per la giustificazione del rinnovo dei suddetti contratti o rapporti;*
- b) la durata massima totale dei contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato successivi;*
- c) il numero dei rinnovi dei suddetti contratti o rapporti.*

Il legislatore ha introdotto la misura ostativa *sub b)*, con la legge 24 dicembre 2007, n. 247 (cfr. art. 1, comma 40), che ha modificato l'art. 5 del d.lgs. n. 368/01, inserendo il comma 4-*bis*³³¹.

La nuova disciplina opera, con valutazione dei periodi pregressi di lavoro, dal 1° aprile 2009.

La disposizione ha una importante caratteristica ovvero un effetto strutturalmente diverso dalle precedenti. Entrambe le misure già previste (causalone con disciplina delle proroghe e distanza ravvicinata tra i contratti) hanno nel diritto interno la caratteristica che la sanzione opera sul

³³¹ Il comma 4-bis dispone: Ferma restando la disciplina della successione di contratti di cui ai commi precedenti, qualora per effetto di successione di contratti a termine per lo svolgimento di mansioni equivalenti il rapporto di lavoro fra lo stesso datore di lavoro e lo stesso lavoratore abbia complessivamente superato i trentasei mesi comprensivi di proroghe e rinnovi, indipendentemente dai periodi di interruzione che intercorrono tra un contratto e l'altro, il rapporto di lavoro si considera a tempo indeterminato ai sensi del comma 2. In deroga a quanto disposto dal primo periodo del presente comma, un ulteriore successivo contratto a termine fra gli stessi soggetti può essere stipulato per una sola volta, a condizione che la stipula avvenga presso la direzione provinciale del lavoro competente per territorio e con l'assistenza di un rappresentante di una delle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale cui il lavoratore sia iscritto o conferisca mandato. Le organizzazioni sindacali dei lavoratori e dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale stabiliscono con avvisi comuni la durata del predetto ulteriore contratto. In caso di mancato rispetto della descritta procedura, nonché nel caso di superamento del termine stabilito nel medesimo contratto, il nuovo contratto si considera a tempo indeterminato (il comma è stato poi così modificato dal Decreto Legge 25 giugno 2008, n. 112, come convertito: Ferma restando la disciplina della successione di contratti di cui ai commi precedenti e fatte salve diverse disposizioni di contratti collettivi stipulati a livello nazionale, territoriale o aziendale con le organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, qualora per effetto di successione di contratti a termine per lo svolgimento di mansioni equivalenti il rapporto di lavoro fra lo stesso datore di lavoro e lo stesso lavoratore abbia complessivamente superato i trentasei mesi comprensivi di proroghe e rinnovi, indipendentemente dai periodi di interruzione che intercorrono tra un contratto e l'altro, il rapporto di lavoro si considera a tempo indeterminato ai sensi del comma 2. In deroga a quanto disposto dal primo periodo del presente comma, un ulteriore successivo contratto a termine fra gli stessi soggetti può essere stipulato per una sola volta, a condizione che la stipula avvenga presso la Direzione provinciale del lavoro competente per territorio e con l'assistenza di un rappresentante di una delle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale cui il lavoratore sia iscritto o conferisca mandato. Le organizzazioni sindacali dei lavoratori e dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale stabiliscono con avvisi comuni la durata del predetto ulteriore contratto. In caso di mancato rispetto della descritta procedura, nonché nel caso di superamento del termine stabilito nel medesimo contratto, il nuovo contratto si considera a tempo indeterminato) Il comma 43 dell'art. 1 della legge n. 247/07 ha previsto la disciplina transitoria, statuendo che in fase di prima applicazione delle disposizioni di cui ai commi da 40 a 42:a) i contratti a termine in corso alla data di entrata in vigore della presente legge continuano fino al termine previsto dal contratto, anche in deroga alle disposizioni di cui al comma 4-bis dell'articolo 5 del decreto legislativo 6 settembre 2001, n. 368, introdotto dal presente articolo;b) il periodo di lavoro già effettuato alla data di entrata in vigore della presente legge si computa, insieme ai periodi successivi di attività ai fini della determinazione del periodo massimo di cui al citato comma 4-bis, decorsi quindici mesi dalla medesima data.

contratto stipulato; si parla in questi casi di conversione del contratto, ovvero di un contratto che, stipulato a termine, per effetto della declaratoria di nullità della relativa clausola, diviene a tempo indeterminato (il rapporto di lavoro si considera a tempo indeterminato dalla data di stipulazione del primo contratto).

La nuova misura ostativa (durata massima dei rapporti di lavoro), lungi dall'operare come sanzione su un contratto, prevede la costituzione coattiva del rapporto di lavoro dalla data di superamento dei 36 mesi. La *ratio* è ovvia: la norma pone una presunzione *iuris et de iure* di stabilità della esigenza lavorativa e, dalla data di verifica dell'evento, si costituisce il rapporto di lavoro. Non vi è dunque sanzione sul contratto, ma effetto costitutivo *ex lege*.

La predetta disposizione sarebbe di per sé sola atta a soddisfare l'obbligo di risultato di cui alla clausola 5 della direttiva 1999/70/Ce, ove fosse prevista una precedenza "seria" nelle riassunzioni³³². Nell'attuale assetto normativo basta far arrivare il primo precario a 35 mesi e 29 giorni e mutare precario, per sfuggire alla sanzione.

La disposizione presenta non pochi problemi applicativi. Ad esempio, *quid iuris* ove l'ultimo contratto, quello del fatidico superamento, sia *part-time*? Il contratto che ne deriva è *part-time* o *full-time*?

Il rapporto di lavoro si considera a tempo indeterminato dalla scadenza del termine e, posto che la norma si riferisce al rapporto di lavoro e non al contratto, tenuto conto che perché si abbia *part-time* la previsione deve essere espressa e per iscritto (cfr. artt. 2, comma 1, ed 8, D.Lgs. 61/00), il riferimento al rapporto non sembra consentire di fare riferimento all'ultimo contratto (si è visto che non si tratta di sanzione sul contratto). Dunque il rapporto dovrebbe considerarsi *full-time*. Se l'effetto non crea troppi problemi in ipotesi di solo ultimo contratto *part-time*, pare invero un effetto sovrabbondante in ipotesi di plurimi contratti *part-time*.

Appare a questo punto evidente che l'unica misura adottata ad essere chiaramente strutturata e conforme alle prescrizioni eurounitarie, nell'attuale assetto normativo, è, malauguratamente, quella causale che tanti problemi applicativi ha sempre comportato.

4. Le misure dell'emergenza; l'art. 32 commi 5/7 della l. 183/10.

Ciò non di meno la problematica postale potrebbe aver indotto il legislatore a prevedere la indennità risarcitoria di cui all'art. 32, commi 5/7, del Collegato lavoro (l. n. 183/10)³³³.

³³² Tale non è un diritto di precedenza in favore dei soli lavoratori a termine per un periodo superiore a sei mesi, della durata di soli 12 mesi e condizionato alla manifestazione della volontà al datore di lavoro entro sei mesi dalla data di cessazione del rapporto stesso (cfr. art. 5, commi 4-quarter e segg., d.lgs. n. 368/01). Peraltro è anche dubbio che al mancato riconoscimento del diritto di precedenza possa derivare più che un blando risarcimento del danno.

³³³ Art. 32, l. n. 183/2010 5. Nei casi di conversione del contratto a tempo determinato, il giudice condanna il datore di lavoro al risarcimento del lavoratore stabilendo un'indennità onnicomprensiva nella misura compresa tra un minimo di 2,5 ed un massimo di 12 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto, avuto riguardo ai criteri indicati nell'articolo 8 della legge 15 luglio 1966, n. 604. 6. In presenza di contratti ovvero accordi collettivi nazionali, territoriali o aziendali, stipulati con le organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, che prevedano l'assunzione, anche a tempo indeterminato, di lavoratori già occupati con contratto a termine nell'ambito di specifiche graduatorie, il limite massimo dell'indennità fissata dal comma 5 è ridotto alla metà. 7. Le disposizioni di cui ai commi 5 e 6 trovano applicazione per tutti i giudizi, ivi compresi quelli pendenti alla data di entrata in vigore della presente legge. Con riferimento a tali ultimi giudizi, ove necessario, ai soli fini della determinazione della indennità di cui

Dai rilievi della Corte di cassazione³³⁴ si evince che la norma ha l'oggettivo effetto di evitare allo Stato³³⁵ di pagare per intero il risarcimento del danno dovuto in ipotesi di trasformazione dei contratti a termine di diritto comune.

Con la disposizione in esame si è sostituito l'ordinario strumento risarcitorio, previsto per ogni altro settore del diritto civile, con un «risarcimento» da quantificarsi al di fuori delle regole ordinarie, per cui si tratta evidentemente di un indennizzo.

Se nel comma 5 dell'art. 32, l. n. 183/2010 era chiaro il *dies a quo* coperto dall'indennizzo risarcitorio (dalla data della illegittima interruzione del rapporto di lavoro) non era chiaro il *dies ad quem*, ovvero fino a quale data le conseguenze fossero coperte dalla indennità risarcitoria e da che data siano poi dovute le retribuzioni.

La disposizione, presenta problemi di compatibilità con i principi in tema di abuso del processo, nonché con gli artt. 47 del Trattato di Lisbona, 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e 6 della Convenzione EDU, disposizioni tutte applicabili "nell'attuazione del diritto dell'Unione" (art. 51 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea).

A fronte della "ribellione" di parte della giurisprudenza di merito³³⁶, nonostante l'intervento della Corte costituzionale (sentenza n. 303 dell'11/11/2011; da Tribunale di Napoli, sentenza del 16.11.11 e successivamente, tra le altre, Corti d'Appello di Roma e Torino), integralmente, ma acriticamente recepita dalla giurisprudenza di legittimità (da Cass. n. 1411/2012), vi è stata necessità di una norma interpretativa.

Da ricordarsi che il comma 7 dell'art. 32, l. n. 183/2010 interpretato in maniera rigorosa, sembra prevedere conseguenze, *a parte datoris*, che possono anche essere più gravi del danno risarcibile secondo le ordinarie regole civilistiche. Infatti, ove si ritenga che la sentenza ha oggi valore costitutivo e non più dichiarativo, o comunque la disposizione in esame avente carattere sanzionatorio e non ripristinatorio, dovrebbe essere oggetto di verifica ed eventuale sanzione ogni contratto successivo illegittimo, così potendosi anche verificare un risarcimento del danno ben maggiore di quello applicabile secondo le regole comuni.

L'indomito legislatore è dunque intervenuto, con disposizione asseritamente interpretativa³³⁷,

ai commi 5 e 6, il giudice fissa alle parti un termine per l'eventuale integrazione della domanda e delle relative eccezioni ed esercita i poteri istruttori ai sensi dell'articolo 421 del codice di procedura civile.

³³⁴Cfr. l'ordinanza della Corte di cassazione n. 2112/11, con cui è stata sollevata questione di legittimità costituzionale della disposizione in esame in una controversia "postale". Nella stessa si ricordava come la controversia facesse parte di una nutrita serie e la limitazione dell'indennità a 2,5/12 mensilità o anche meno (vedi comma 6) non sembrava poter trovare adeguata giustificazione nel fine, perseguito dal Legislatore, di evitare la perdita patrimoniale che deriverebbe all'impresa dal risarcimento di danni di notevole entità a numerosi lavoratori. La Corte di cassazione aveva quindi puntualmente indicato alla Consulta la serialità della controversia, che peraltro investe un soggetto, qualificabile come Stato.

³³⁵ Si ci riferisce alle controversie in cui era parte P.I. S.p.a., Stato ai sensi del diritto dell'Unione europea: cfr. sentenza Carratù, cit., punti 29 e 30: Poste Italiane è interamente posseduta dallo Stato italiano mediante il suo azionista unico, il Ministero dell'Economia e delle Finanze. Inoltre, essa è posta sotto il controllo dello Stato e della Corte dei Conti, un membro della quale siede nel consiglio di amministrazione.

³³⁶ Che riteneva che dal deposito del ricorso fosse dovuta l'ordinaria retribuzione, in applicazione del principio chiovendiano per cui la durata del processo non può andare a scapito della parte che ha ragione.

³³⁷ Art.1, comma 13, della L. n. 92/12: La disposizione di cui al comma 5 dell'articolo 32 della legge 4 novembre 2010, n. 183, si interpreta nel senso che l'indennità ivi prevista ristora per intero il pregiudizio subito dal lavoratore, comprese le conseguenze retributive e contributive relative al periodo compreso fra la scadenza del termine e la pronuncia del provvedimento con il quale il giudice abbia ordinato la ricostituzione del rapporto di lavoro.

che sembra eliminare ogni diritto alla copertura contributiva, neppure in una misura corrispondente alla indennità risarcitoria prevista.

Ed allora delle due l'una: o la sentenza viene ad avere, per effetto dell'art. 32, comma 5, l. n. 183/10 valore costitutivo ovvero, tenuto conto della pluralità di rapporti giuridici sottesi alla copertura previdenziale (obbligo di versamento contributivo dal lato del lavoratore, automatismo contributivo ed obbligo di versamento contributivo dal lato dell'INPS) non è scontata la assenza di copertura previdenziale.

Infatti il rapporto giuridico, tra datore di lavoro ed ente previdenziale, nonché tra lavoratore ed ente previdenziale, è diverso da quello regolamentato dalla disposizione in esame, dovendosi *tenere distinto il rapporto previdenziale-assicurativo, che riguarda da un lato il lavoratore (e il datore di lavoro), dall'altro l'ente previdenziale alla cui gestione quegli è iscritto. Tale principio di "automaticità delle prestazioni", con riguardo ai sistemi di previdenza e assistenza obbligatorie, trova applicazione ...come si esprime l'art. 2116 cod. civ. - "salvo diverse disposizioni delle leggi speciali": il che significa che potrebbe ritenersi sussistente una deroga rispetto ad esso solo in presenza di una esplicita disposizione in tal senso. Detto principio costituisce una fondamentale garanzia per il lavoratore assicurato, intesa a non far ricadere su di lui il rischio di eventuali inadempimenti del datore di lavoro in ordine agli obblighi contributivi, e rappresenta perciò un logico corollario della finalità di protezione sociale inerente ai sistemi di assicurazione obbligatoria per l'invalidità, la vecchiaia e i superstiti* (Corte costituzionale, sentenza n. 374/97).

Il principio dell'automatismo contributivo (cfr. Corte costituzionale, sentenza n. 87 del 1970, per i rapporti con l'art. 38, comma 2, della Carta) ha *l'effetto di rendere indipendente il rapporto contributivo intercorrente tra ente previdenziale e datore di lavoro rispetto all'altro, di tipo prestazionale, tra l'ente e l'assicurato*, (Cass., sent. 31.1/20.4.2002, n. 5767/02).

L'art. 32, comma 5, l. n. 183/2010 riguarderebbe dunque il solo *risarcimento del lavoratore*, disciplinando pertanto, *expressis verbis*, il solo danno contributivo e non l'obbligazione contributiva non prescritta: se ne trae la conclusione che la norma interpretativa avrebbe bisogno di una sua norma interpretativa.

La Corte di cassazione, con delle pronunce degne di miglior riflessione, ha esteso la applicazione dell'art. 32, commi 5/7, l. n. 183/10 a fattispecie diverse dall'ordinario rapporto di lavoro a termine (Cass. Sez. lav. sentenza n. 1148 del 17/01/2013³³⁸; Sez. lav. sentenza n. 13404 del 29/05/2013). L'orientamento³³⁹, ove confermato, creerebbe non pochi problemi in altri settori, come in quello marittimo, perché le ragioni della estensione paiono atte a fondare analoghe conclusioni in relazione ai contratti di lavoro (a viaggio o a termine) tipici del Codice della Navigazione: invero, in ragione della articolazione delle prestazioni e degli imbarchi dei marittimi (convenzioni di imbarco), nonché della copertura Ipsema di assistenza di malattia, per essi è difficilmente configurabile la sussistenza di un danno civilistico e la indennità risarcitoria diviene un *plus* a fronte, nella pratica, di alcun danno.

³³⁸ Cfr. Cass., Sez. lav., 17 gennaio 2013, n. 1148, in RIDL, 2013, II, 331 ss., con nota di L. Fiorillo, Il regime sanzionatorio forfettizzato si applica al lavoro temporaneo illegittimo e alla somministrazione a termine irregolare: la Cassazione risolve la querelle.

³³⁹ Orientamento che si pone però in antitesi con la sentenza Della Rocca della C.g.u.e. (sentenza 11 aprile 2013, C-290/12).

Dunque il risparmio di spesa ottenuto per la maggior impresa di Stato verrebbe ad essere “compensato” con un esborso economico considerevole per altra impresa di Stato: R.F.I. S.p.a., che gestisce servizio di traghetti, oltre che con esborsi previdenziali senza possibile copertura contributiva³⁴⁰.

La compatibilità eurounitaria della disposizione, ed in specie del comma 7, è stata delibata dalla Corte di giustizia con la sentenza Carratù³⁴¹.

La Corte ha evidenziato come la sanzione necessaria a contrastare la illegittima precarizzazione mediante contratti a termine ed il principio di uguaglianza siano strettamente connessi.

La sanzione e le condizioni di lavoro di cui al principio di uguaglianza/non discriminazione è tutela avverso l'abuso, sostanziandosi in una illegittima precarizzazione, avente l'effetto di consentire all'abusante di sfuggire alla tutela avverso il licenziamento ingiustificato, mediante periodiche interruzioni del rapporto di lavoro, senza garanzia di ripresa lavorativa³⁴².

La verifica operata dalla Corte di giustizia³⁴³ dell'Unione europea³⁴⁴ circa la compatibilità dell'art. 32, commi 5 e 7, del Collegato lavoro con l'assetto di cui al diritto dell'Unione europea è stata parziale (in relazione alla sola disposizione transitoria di cui al comma 7 dell'articolo in esame, con indicazioni che in parte coinvolgono anche il comma 5; la Corte non ha risposto con riferimento a tutte le questioni proposte).

La Corte, oltre a rilevare la natura giuridica di Stato della società Poste italiane, ai fini della applicazione del diritto dell'Unione, ha statuito che le conseguenze della interruzione illegittima del rapporto di lavoro rientrano nell'ambito di applicazione della clausola 4 della direttiva 1999/70/Ce. Infatti *la clausola 4, punto 1, dell'accordo quadro deve essere interpretata nel senso che la nozione di «condizioni di lavoro» include l'indennità che un datore di lavoro è tenuto a versare ad un lavoratore a causa dell'illecita apposizione di un termine al contratto di lavoro perché è corrisposta ad un lavoratore a causa del rapporto di lavoro che lo lega al suo datore di lavoro. Dal momento che è dunque versata a causa dell'impiego, essa rientra nella nozione di «condizioni di lavoro»* (punti 37 e 38 della sentenza indicata).

³⁴⁰ Ci si riferisce ai periodi di non lavoro in ipotesi di conversione di contratti a termine, con copertura solo indennitaria e probabile mancata riscossione dei crediti contributivi da parte dell'INPS.

³⁴¹ Corte di giustizia dell'Unione europea, sentenza 12.12.13, procedimento C-361/12, Carratù.

³⁴² È stato sottolineato, con riferimento alla direttiva 1999/70/Ce, che la clausola 5 della stessa ha anche il fine di evitare che una persona assunta nell'ambito di un rapporto di lavoro a tempo determinato sia mantenuta troppo a lungo in una situazione precaria che rischi di fragilizzarla e che essa sia privata della tutela che le disposizioni che contrastano il licenziamento offrono ai lavoratori subordinati che fruiscono di un contratto a tempo indeterminato. La Corte ha messo in rilievo che il beneficio della stabilità dell'impiego costituisce effettivamente, ai sensi dell'accordo quadro, un elemento portante della tutela degli interessi dei lavoratori. Osservo che il Tribunale della funzione pubblica dell'Unione europea ha aderito a tale orientamento e ha dichiarato che se non può ritenersi che la stabilità dell'impiego sia stata eretta, dalle parti firmatarie dell'accordo quadro, a principio generale di diritto a carattere vincolante, essa costituisce tuttavia una finalità perseguita da queste ultime (conclusioni dell'Avvocato generale Niilo Jääskinen presentate il 15 settembre 2011, Causa C-313/10, Land Nordrhein-Westfalen contro Sylvia Jansen). Analoga appare la ratio dell'art. 5, n. 5, della direttiva 2008/104/Ce.

³⁴³ Cfr. V. De Michele, La giurisprudenza della Corte di Giustizia nel 2010 e l'interpretazione “infinita” sul contratto a termine, cit., pp.605-752. Il volume in cui è inserito il saggio, Il diritto del lavoro dell'Unione europea, di R. Foglia e R. Cosio (a cura di), 2011, Milano, è visionabile nella biblioteca della Corte di giustizia a Lussemburgo: Presidente e la Relatrice del Collegio della Carratù parlano correttamente in italiano.

³⁴⁴ C.g.u.e. sentenza Carratù, cit.

La applicazione del solo principio di uguaglianza/non discriminazione non consente però, ad avviso della Corte, di ritenere violata la parità di trattamento, non essendo comparabili la tutela prevista per la illegittima interruzione dei contratti a tempo indeterminato con quella prevista per l'ipotesi di illegittima interruzione dei contratti a termine.

La Corte ha però evidenziato *che la clausola 8, punto 1, dell'accordo quadro dispone che «[g]li Stati membri e/o le parti sociali possono mantenere o introdurre disposizioni più favorevoli per i lavoratori di quelle stabilite nel presente accordo»*. L'Italia, al momento della adozione del d.lgs. n. 368/01, ha scelto di equiparare, in relazione ai privati datori di lavoro, le due situazioni (*dal combinato disposto delle summenzionate clausole 4, punto 1, e 8, punto 1, risulta che queste legittimano gli Stati membri che lo desiderino a introdurre disposizioni più favorevoli ai lavoratori a tempo determinato e, pertanto, ad assimilare, in un'ipotesi come quella in discussione nel procedimento principale, le conseguenze economiche della illecita conclusione di un contratto di lavoro a tempo determinato a quelle che possono derivare dalla illecita interruzione di un contratto di lavoro a tempo indeterminato*).

Dunque la clausola 4 della direttiva 1999/70/Ce diviene applicabile in forza della scelta di diritto interno, operata ex clausola 8, punto 1: le conseguenze della illegittima interruzione del rapporto di lavoro a termine sono "coperte", fino alla data di adozione della l. n. 183/10, dalla clausola predetta, in ragione della equiparazione/assimilazione verso l'alto della tutela per il prestatore di lavoro operata dall'Ordinamento interno: la scelta ricade pur sempre nell'ambito di applicazione della clausola 4, come espressamente statuito dalla C.g.u.e.

Ecco dunque che, in relazione all'ipotesi di cui al comma 7 dell'art. 32, è ipotizzabile la non applicazione della predetta disposizione per violazione della clausola 4, in combinato con la clausola 8, punto 1. Ritenere che sia possibile, in forza del comma 7 dell'art. 32, che una situazione ricadente nell'ambito del combinato disposto di cui alle clausole 4 ed 8, punto 1 (così espressamente la C.g.u.e.), possa essere lesa da disposizione interna con efficacia retroattiva, significa attribuite alla disposizione interna la possibilità di ledere un diritto derivante dalla clausola 4, dunque consentire alla norma interna di ledere un principio fondamentale dell'Ordinamento U.E.

Detta opzione interpretativa sembra trovare espressa conferma nel punto 49 della sentenza in esame (*Considerata la soluzione fornita alla quarta e alla quinta questione, non è necessario pronunciarsi sulle questioni prima, seconda, terza e sesta*), posto che per la Corte la risposta fornita consente di ritenere assorbita anche la questione relativa alla ammissibilità di una norma con efficacia retroattiva (cfr. in particolare il 6° quesito: *Se i principi generali del vigente diritto [dell'Unione] della certezza del diritto, della tutela del legittimo affidamento, dell'uguaglianza delle armi del processo, dell'effettiva tutela giurisdizionale, [del diritto] a un tribunale indipendente e, più in generale, a un equo processo, garantiti dall'articolo 6, [paragrafo 2, UE] (così come modificato dall'articolo 1[, paragrafo] 8, del Trattato di Lisbona e al quale fa rinvio l'articolo 46 [UE]) – in combinato disposto con l'articolo 6 della [CEDU] e con gli articoli 46, 47 e 52, [paragrafo] 3, della [Carta] – debbano essere interpretati nel senso di ostare all'emanazione da parte dello Stato italiano, dopo un arco temporale apprezzabile (9 anni), di una disposizione normativa, quale il comma 7 dell'articolo 32 della legge n. 183/10[, che] alteri le conseguenze dei processi in corso danneggiando direttamente il lavoratore a vantaggio del datore di lavoro e che l'efficacia ripristinatoria sia proporzionalmente ridotta all'aumentare della durata del processo, sin quasi ad annullarsi*). Appare chiaro che, se l'effetto del pronunciamento della Corte non fosse del tutto

analogo a quello che sarebbe stato conseguente ad una risposta positiva a detto quesito, la C.g.u.e. avrebbe dovuto pronunciarsi.

È sempre possibile regredire le tutele nei limiti delle previsioni di cui alla clausola di non regresso (in particolare Clausola 8, punto 3, della direttiva 1999/70/Ce, ma anche, per la somministrazione di lavoro, articolo 9, punto 2, della direttiva 2008/104/Ce³⁴⁵), come ha fatto il legislatore con il comma 5 dell'art. 32 del Collegato lavoro.

Si tratta di una riduzione del livello di tutela, operata in applicazione di disposizioni dell'Ordinamento europeo, rientrando tra le misure nazionali intese a garantire che l'obiettivo perseguito dalla direttiva *possa essere raggiunto, comprese le misure che, successivamente alla trasposizione propriamente detta, completino o modifichino le norme nazionali già adottate* (sentenza della C.g.u.e. del 23 aprile 2009, Kiriaki Angelidaki, C-378/07, punto 131). *Una normativa non potrebbe essere considerata contraria a detta clausola nel caso in cui la reformatio in peius che essa comporta non fosse in alcun modo collegata con l'applicazione del diritto europeo. Ciò avverrebbe qualora detta reformatio in peius fosse giustificata...dalla necessità di...promuovere un altro obiettivo, da essa distinto* (sentenza Angelidaki punto 135). Si è al di fuori della applicazione in ipotesi di promozione *di un altro obiettivo, da essa distinto* e conforme ai principi fondamentali del diritto dell'Unione.

Premesso che, in relazione agli effetti del meccanismo di tutela previsto dal comma 5 dell'art. 32, residuano i dubbi interpretativi già avanzati, con alcuni dei quesiti posti, nella predetta causa Caratù³⁴⁶, deve darsi atto che la valutazione della regressione deve essere operata verificandone la legittimità della finalità perseguita³⁴⁷.

Alcune notazioni sulla innovatività dei principi espressi con la sentenza suddetta. La C.g.u.e. ha ampliato nel corso del tempo la operatività dei principi fondamentali attraverso due linee interpretative.

Secondo la prima l'ambito di applicazione dell'Ordinamento U.E. è esteso a tutte le disposizioni interne che, pur non coinvolgenti nello specifico caso situazioni da esso disciplinate, comportino

³⁴⁵ Per un primo commento v. P. Coppola, Somministrazione e direttiva 2008/104/CE: il (non) adeguamento dell'ordinamento interno, su LG, 2013, 10, pp.879 ss.

³⁴⁶ Se sia contrari[a] al principio di equivalenza una disposizione di diritto interno che, nella applicazione della direttiva 1999/70/CE, preveda conseguenze economiche, in ipotesi di illegittima sospensione nella esecuzione del contratto di lavoro, con clausola appositiva del termine nulla, diverse e sensibilmente inferiori rispetto [alle] ipotesi di illegittima sospensione nella esecuzione del contratto di diritto civile comune, con clausola appositiva del termine nulla.

Se sia conforme all'ordinamento europeo che, nell'ambito di sua applicazione, la effettività di una sanzione avvantaggi il datore di lavoro abusante, a danno del lavoratore abusato, di modo che la durata temporale, anche fisiologica, del processo danneggi direttamente il lavoratore a vantaggio del datore di lavoro e che l'efficacia ripristinatoria sia proporzionalmente ridotta all'aumentare della durata del processo, sin quasi ad annullarsi.

Se, nell'ambito di applicazione dell'ordinamento europeo ai sensi dell'articolo 51 della [Carta], sia conforme all'articolo 47 della Carta ed all'articolo 6 CEDU che la durata temporale, anche fisiologica, del processo danneggi direttamente il lavoratore a vantaggio del datore di lavoro e che l'efficacia ripristinatoria sia proporzionalmente ridotta all'aumentare della durata del processo, sin quasi ad annullarsi.

³⁴⁷ La finalità perseguita potrebbe non rientrare tra le legittime finalità di politica sociale che consentono la regressione delle tutele, (di talchè sarebbe ipotizzabile la perdurante operatività della precedente tutela perché conforme alla clausola 4, in combinato disposto con la clausola 8, punto 1), posto che la disposizione pone a carico della parte che ha ragione i tempi, anche non brevi, del processo, rendendo così ipotizzabile la violazione del principio del giusto processo.

in altri casi effetti nell'ambito di applicazione dell'Ordinamento europeo³⁴⁸: così ad esempio vi è obbligo di interpretazione/applicazione conforme ove la disposizione interna in casi diversi da quello in esame sia atta a regolare situazioni "europee"³⁴⁹. Esiste *un chiaro interesse di tutta l'Unione europea a che, per evitare future divergenze d'interpretazione, le disposizioni o le nozioni riprese dal diritto dell'Unione ricevano un'interpretazione uniforme, a prescindere dalle condizioni in cui verranno applicate*³⁵⁰.

La seconda linea interpretativa passa attraverso l'ampliamento della efficacia dei diritti conseguenti alla cittadinanza europea³⁵¹. Il Sig. Ruiz Zambrano, cittadino colombiano, come la moglie, aveva chiesto asilo in Belgio e la richiesta era stata respinta. Lo stesso pur non essendo ancora in possesso di un permesso di lavoro, aveva concluso un contratto di lavoro a tempo indeterminato.

³⁴⁸ C.g.u.e. sentenza 7 novembre 2013, C-522/12, Tevfik Isbir, punti 25, 28 e 29:

25 Tale giudice riconosce che la controversia verte su una situazione puramente interna, tuttavia fa valere che, ai sensi della giurisprudenza della Corte (sentenze del 17 luglio 1997, Leur-Bloem, C-28/95, Racc. pag. I-4161, e del 20 maggio 2010, Modehuis A. Zwijnenburg, C-352/08, Racc. pag. I-4303), per evitare future divergenze d'interpretazione, le disposizioni o le nozioni riprese dal diritto dell'Unione devono ricevere un'interpretazione uniforme, indipendentemente dal fatto che si applichino ad una situazione puramente interna o transfrontaliera. Nel caso di specie, dai lavori preparatori dell'AEntG 2007 risulterebbe che la nozione di «tariffe minime salariali» cui tale legge si riferisce dovrebbe, secondo il legislatore nazionale, essere interpretata in maniera identica, sia che si applichi ad una situazione interna, sia che si applichi ad una situazione che rientra nell'ambito del diritto dell'Unione.

28 Occorre ricordare che la Corte si è già dichiarata competente a statuire su domande di pronuncia pregiudiziale vertenti su disposizioni del diritto dell'Unione in situazioni in cui i fatti della causa principale si collocavano al di fuori dell'ambito d'applicazione del diritto dell'Unione, ma nelle quali tali disposizioni di diritto erano state rese applicabili dal diritto nazionale (v., in tal senso, sentenza Leur-Bloem, cit., punti 26 e 27). Allo stesso modo la Corte ha statuito che, quando una normativa nazionale si conforma, per le soluzioni che essa apporta a situazioni puramente interne, a quelle adottate nel diritto dell'Unione, al fine, in particolare, di evitare che vi siano discriminazioni nei confronti dei cittadini nazionali o eventuali distorsioni di concorrenza, esiste un interesse certo dell'Unione europea a che, per evitare future divergenze d'interpretazione, le disposizioni o le nozioni riprese dal diritto dell'Unione ricevano un'interpretazione uniforme, a prescindere dalle condizioni in cui verranno applicate (v., in tal senso, sentenza Modehuis A. Zwijnenburg, cit., punto 33).

29 A tale riguardo, il giudice del rinvio fa valere che, come risulterebbe dai lavori preparatori dell'AEntG 2007, che ha trasposto nel diritto interno tedesco la direttiva 96/71, il legislatore nazionale ha inteso interpretare in modo uniforme «le situazioni interne e le situazioni la cui portata rientra nell'ambito del diritto dell'Unione, in particolare qualora si tratti del distacco transfrontaliero di lavoratori».

³⁴⁹ Si veda ad esempio la sentenza della C.g.u.e. 7 novembre 2013, C-313/12, Romeo: 21. Secondo una giurisprudenza costante, la Corte è competente a statuire sulle domande di pronuncia pregiudiziale vertenti su disposizioni di diritto dell'Unione in situazioni in cui i fatti del procedimento principale si collocano al di fuori dell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione, ma in cui il diritto nazionale rinvia al contenuto di tali disposizioni del diritto dell'Unione per determinare le norme da applicare ad una situazione puramente interna allo Stato membro interessato (v., in particolare, sentenze del 16 marzo 2006, Poseidon Chartering, C-3/04, Racc. pag. I-2505, punto 15; dell'11 dicembre 2007, ETI e a., C-280/06, Racc. pag. I-10893, punti 22 e 26; del 2 marzo 2010, Salahadin Abdulla e a., C-175/08, C-176/08, C-178/08 e C-179/08, Racc. pag. I-1493, punto 48; Cicala, cit., punto 17, nonché del 18 ottobre 2012, Nolan, C-583/10, non ancora pubblicata nella Raccolta, punto 45).

Infatti, sussiste un sicuro interesse dell'Unione a che, per evitare future divergenze d'interpretazione, le disposizioni o le nozioni riprese dal diritto dell'Unione ricevano un'interpretazione uniforme quando una normativa nazionale si conforma, per le soluzioni che apporta a situazioni estranee all'ambito di applicazione dell'atto dell'Unione considerato, a quelle adottate da quest'ultimo atto, al fine di assicurare un trattamento identico alle situazioni interne e alle situazioni disciplinate dal diritto dell'Unione, a prescindere dalle condizioni in presenza delle quali si chiede l'applicazione delle disposizioni o delle nozioni riprese dal diritto dell'Unione (v., in tal senso, sentenze Salahadin Abdulla e a., cit., punto 48; del 12 luglio 2012, SC Volksbank România, C-602/10, non ancora pubblicata nella Raccolta, punti 87 e 88; Nolan, cit., punto 46 e giurisprudenza ivi citata, nonché del 14 marzo 2013, Allianz Hungária Biztosító e a., C-32/11, non ancora pubblicata nella Raccolta, punti 20 e 21).

Ciò si verifica quando le disposizioni del diritto dell'Unione in questione sono state rese applicabili dal diritto nazionale a siffatte situazioni in modo diretto e incondizionato (v., in tal senso, citate sentenze Cicala, punto 19, e Nolan, punto 47).

³⁵⁰ Conclusioni dell'Avvocato generale Nils Wahl presentate il 5 settembre 2013, cause riunite C-159/12, C-160/12 e C-161/12, Alessandra Venturini e a.

³⁵¹ Cfr. C.g.u.e., Grande Sezione, sentenza 8 marzo 2001, procedimento C 34/09, Gerardo Ruiz Zambrano.

Nel frattempo la moglie del Sig. Ruiz Zambrano aveva dato alla luce un bambino, il quale aveva acquisito la cittadinanza belga, in osservanza dell'art. 10, primo comma, del codice belga in quanto, in mancanza di un'espressa iniziativa dei genitori finalizzata al riconoscimento della cittadinanza colombiana, la legge colombiana non riconosce tale cittadinanza ai bambini nati fuori del territorio della Colombia. Successivamente altro figlio acquisiva, per *ius soli*, essendo nato in Belgio, cittadinanza belga. La controversia atteneva alla indennità di disoccupazione, disconosciuta perché i giorni di lavoro denunciati a titolo di tirocinio richiesto per i lavoratori disoccupati della sua fascia d'età, non sono stati prestati nel rispetto della normativa in materia di soggiorno degli stranieri e di occupazione di manodopera straniera. La Corte rileva che l'art. 20 TFUE conferisce a chiunque abbia la cittadinanza di uno Stato membro lo *status* di cittadino dell'Unione ed i due figli del ricorrente godono di questo *status*. *L'art. 20 TFUE osta a provvedimenti nazionali che abbiano l'effetto di privare i cittadini dell'Unione del godimento reale ed effettivo dei diritti attribuiti dal loro status di cittadini dell'Unione ed il diniego di soggiorno opposto a una persona, cittadina di uno Stato terzo, nello Stato membro dove risiedono i suoi figli in tenera età, cittadini di detto Stato membro, che essa abbia a proprio carico, nonché il diniego di concedere a detta persona un permesso di lavoro producono un effetto del genere perché tali figli, cittadini dell'Unione, si troveranno costretti ad abbandonare il territorio dell'Unione per accompagnare i loro genitori.*

Argomentando nel medesimo senso i diritti di cittadinanza e, si consenta di aggiungere, i diritti fondamentali, trovano riconoscimento tutte le volte in cui il diritto interno sia di ostacolo ad essi, così impedendo alla persona di circolare liberamente, dovendo trasferirsi per ottenere detto riconoscimento³⁵².

Sul tema dei diritti fondamentali è intervenuta recentemente la Corte di giustizia³⁵³, con la sentenza *Association de médiation sociale*³⁵⁴. La questione decisa riguarda la immediata precettività, dunque la immediata applicabilità dell'art. 27 Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea,³⁵⁵ da solo o in combinato disposto con le norme della direttiva 2002/14, che istituisce un quadro generale relativo all'informazione e alla consultazione dei lavoratori [nella Comunità europea]. Ad avviso della Corte la disposizione non ha questa portata perché chiede che vengano garantite (dunque stabilite norme in materia di) informazione e consultazione, ripercorrendo la distinzione fra diritti e principi (meglio diritti formulati come principio e diritti formulati come

³⁵² Cfr. in senso simile le conclusioni dell'Avvocato generale Sharpston, presentate il 12 dicembre 2013 nella causa C-456/12, *Minister voor Immigratie, Integratie en Asiel*.

³⁵³ Sentenza della Corte, Grande Sezione, del 15 gennaio 2014, causa C-176/12, *Association de médiation sociale*.

³⁵⁴ Le questioni proposte dalla Corte di cassazione francese con l'ordinanza del 16 aprile 2012 in causa C-176/12: «1) Se il diritto fondamentale relativo all'informazione e alla consultazione dei lavoratori, riconosciuto dall'articolo 27 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, come precisato dalle disposizioni della direttiva 2002/14/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 marzo 2002, che istituisce un quadro generale relativo all'informazione e alla consultazione dei lavoratori, possa essere invocato in una controversia tra singoli al fine di verificare la conformità [con il diritto dell'Unione] di una misura nazionale di trasposizione della direttiva. 2) In caso di risposta affermativa, se le medesime disposizioni debbano essere interpretate nel senso che ostano a una disposizione legislativa nazionale che esclude dal computo dell'organico dell'impresa, segnatamente per stabilire le soglie legali per la creazione delle istituzioni rappresentative del personale, i lavoratori titolari dei seguenti contratti: apprendistato, contrat initiative-emploi (contratto iniziativa-impiego), contrat d'accompagnement dans l'emploi (contratto di accompagnamento nell'impiego), contrat de professionnalisation (contratto di professionalizzazione)».

³⁵⁵ Art. 27: «Ai lavoratori o ai loro rappresentanti devono essere garantite, ai livelli appropriati, l'informazione e la consultazione in tempo utile nei casi e alle condizioni previsti dal diritto dell'Unione e dalle legislazioni e prassi nazionali».

regola, i primi non autoapplicativi, a differenza dei secondi³⁵⁶). La pronuncia ha destato, nella immediatezza, reazioni preoccupate per la limitazione posta alla precettività dei diritti fondamentali, ma detta preoccupazione merita di essere stemperata. Infatti da un lato la Corte ha comunque evidenziato che la disposizione interna francese era in contrasto con il diritto dell'Unione, così evidenziandosi la necessità di una nuova remissione al *Conseil constitutionnel* (che aveva di contro già dichiarato la norma costituzionalmente legittima) e la correttezza della tesi interpretativa della indomita *Cour de cassation* che nonostante il rigetto della questione di costituzionalità aveva, nel medesimo procedimento, proposto questione interpretativa pregiudiziale alla C.g.u.e.³⁵⁷. La sentenza della Corte di giustizia è corretta da un punto di vista di rapporto tra Corti superiori, posto che il *Conseil constitutionnel* ha recentemente proposto questione interpretativa alla Corte di giustizia, così manifestando per la prima volta una volontà di dialogo diretto³⁵⁸ ed appare opportuno invitare implicitamente ad un nuovo pronunciamento dello stesso.

La sentenza Carratù si inserisce nella tendenza espansiva, consentendo il riconoscimento dei diritti fondamentali (in specie principio di uguaglianza/non discriminazione di cui alla clausola 4) non solo in via diretta, ma anche in forza della sua unione con altra disposizione normativa, nel caso di specie la clausola 8, punto 1. Si tratta di una scelta della Corte relativa alla interpretazione di un punto della direttiva 1999/70/Ce, mai chiarito prima, che opera un oggettivo considerevole ampliamento, estensibile in relazione a (quasi) tutte le direttive sociali, le quali contengono la clausola di non regresso. Il confronto con la sentenza *Association de médiation sociale* fa comprendere che i principi espressi nella sentenza Carratù costituiscono al momento il limite di massima espansione del principio di uguaglianza/non discriminazione.

Proprio sulla scorta dei principi espressi dalla sentenza *Association de médiation sociale* è necessario evidenziare una possibile interpretazione, che potrebbe spiegare la ragione per cui la Corte ha ritenuto necessario specificare che la società Poste Italiane è Stato: siccome non si tratta fattispecie che ricade nell'ambito di applicazione del principio di uguaglianza/non discriminazione da solo (clausola 4 della direttiva 1999/70/Ce), bensì di precetto che diviene preciso ed autoesecutivo solo mediante la applicazione congiunta delle clausole 4 ed 8, paragrafo 1, lo stesso non potrebbe avere efficacia orizzontale, perché costituirebbe disposizione non autoapplicativa del solo principio fondamentale di uguaglianza.

Di contro il combinato disposto delle due clausole costituirebbe disposizione *self executing*, con conseguente applicazione verticale ascendente, dunque contro lo Stato: uguale soluzione non si potrebbe adottare in una controversia tra privati, perché il principio di uguaglianza/non discriminazione (ad efficacia orizzontale) non potrebbe operare da solo, ma in uno con la clausola 8, paragrafo 1, che non ha efficacia orizzontale.

Ecco dunque le possibili ragioni della scarsa chiarezza della sentenza Carratù:

³⁵⁶ La distinzione trova fondamento testuale negli articoli 51, paragrafo 1, e 52, paragrafo 5, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea nella versione del 2007 ed in specie nel paragrafo 5 dell'art. 52: Le disposizioni della presente Carta che contengono dei principi possono essere attuate da atti legislativi e esecutivi adottati da istituzioni, organi e organismi dell'Unione e da atti di Stati membri allorché essi danno attuazione al diritto dell'Unione, nell'esercizio delle loro rispettive competenze. Esse possono essere invocate dinanzi a un giudice solo ai fini dell'interpretazione e del controllo di legalità di detti atti.

³⁵⁷ Che ha avuto un atteggiamento ben diverso dalla Corte di cassazione italiana con riferimento all'art. 32, commi 5/7 del Collegato lavoro.

³⁵⁸ Cfr. sentenza della Corte del 30 maggio 2013, Causa C-168/13, Jeremy F.

- essa è antecedente la sentenza *Association de médiation sociale*, per cui i principi ivi espressi dalla Grande sezione non costituivano ancora diritto vivente della C.g.u.e.;

- notevoli sono le implicazioni che l'ampliamento dell'applicazione dei principi fondamentali comporta per effetto della loro combinabilità con altre disposizioni.

Il passaggio contenuto nella sentenza Carratù sul punto non è chiarissimo, volendo la Corte lasciarsi la possibilità di "correggere il tiro", anche in attesa del pronunciamento della Grande sezione.

All'esito delle due sentenze si può affermare che vi è un ampliamento della portata precettiva dei principi fondamentali, che operano anche combinati ad altre disposizioni, ove queste determinino la loro precisazione ovvero l'innalzamento in alto delle tutele. Con lo Stato operano immediatamente, mentre nei rapporti interprivati vi è una "chiamata" alla collaborazione/dialogo rivolto alle Corti costituzionali interne: esse devono dichiarare incostituzionali le contrarie disposizioni interne.

5. Le misure dell'emergenza: la a-causalità del contratto a termine.

Il più forte Governo degli ultimi anni, sostenuto da una maggioranza presidenziale che lo metteva al sicuro da ogni problema di stabilità, ha aggiunto, con la legge n. 92/12³⁵⁹, il comma 1-bis all'art. 1 del d.lgs. n. 368/01: *Il requisito di cui al comma 1 non è richiesto nell'ipotesi del primo rapporto a tempo determinato, di durata non superiore a dodici mesi, concluso fra un datore di lavoro o utilizzatore e un lavoratore per lo svolgimento di qualunque tipo di mansione, sia nella forma del contratto a tempo determinato, sia nel caso di prima missione di un lavoratore nell'ambito di un contratto di somministrazione a tempo determinato ai sensi del comma 4 dell'articolo 20 del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276.*

La disposizione, che potrebbe avere importanti conseguenze discriminatorie, nella originaria formulazione non poneva problemi di compatibilità con la clausola 5 della direttiva 1999/70/Ce, posto che era applicabile solo in ipotesi di primo ed unico contratto di lavoro, che non richiede, ai sensi della clausola 5 della direttiva 1999/70/Ce, la previsione di una necessaria misura ostativa.

Il successivo intervento legislativo (D.L. n. 76/2013) ha posto la normativa interna in una condizione di forte rischio di incompatibilità eurounitaria.

Infatti è stato previsto che la contrattazione collettiva, anche aziendale, può individuare ogni altra ipotesi di a-causalità³⁶⁰. È stato anche abrogato l'articolo 4, comma 2 bis, ovvero il divieto di proroga del contratto a-casuale. Ad oggi il contratto a termine a-causale può essere stipulato ordinariamente per un massimo di dodici mesi, comprensivo di proroghe e rinnovi, e la proroga deve

³⁵⁹ Cfr. V. De Michele, *Il contratto a tempo determinato*, in *Il nuovo mercato del lavoro dalla riforma Fornero alla legge di stabilità 2013*, a cura di M. Cinelli-G. Ferraro-O. Mazzotta, Torino, 2013, pp.36 ss.

³⁶⁰Art. 1, comma 1-bis. Il requisito di cui al comma 1 non è richiesto: b) in ogni altra ipotesi individuata dai contratti collettivi, anche aziendali, stipulati dalle organizzazioni sindacali dei lavoratori e dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale.

riferirsi alla stessa attività per la quale il contratto è stato stipulato. È stato altresì abrogato il limite del 6% dei lavoratori assumibili con contratto a termine a-causale³⁶¹.

Dunque la proroga o reiterazione del primo contratto è oggi priva di misura ostativa, salvo la durata massima complessiva “ordinaria” di 12 mesi che si inserisce nel campo della clausola 5, paragrafo 1, lett. b) della direttiva 1999/70/Ce assicurando così la compatibilità con la stessa; detta durata può essere aumentata dai contratti collettivi, anche aziendali, stipulati dalle organizzazioni sindacali dei lavoratori e dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale. La cancellazione del limite percentuale pone come unico limite quello ordinario generale dei 36 mesi (comunque per come si vedrà superabile), oltre un ultimo contratto successivo ai 36 mesi³⁶². È dunque possibile, con l’assistenza delle Oo.Ss. arrivare a contratti di durata maggiore dei 36 mesi.

Il rapporto di lavoro si considera a tempo indeterminato qualora per effetto di successione di contratti a termine per lo svolgimento di mansioni equivalenti il rapporto di lavoro fra lo stesso datore di lavoro e lo stesso lavoratore abbia complessivamente superato i trentasei mesi comprensivi di proroghe e rinnovi, *salve diverse disposizioni di contratti collettivi stipulati a livello nazionale, territoriale o aziendale con le organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale*. Ne deriva che la contrattazione può superare anche il limite dei 36 mesi: chiarissimo il problema di effettività di misure ostative³⁶³. La contrattazione collettiva può consentire contratti a termine a-causali di durata indefinita.

La norma inoltre sconta i medesimi problemi di compatibilità eurounitaria già evidenziati in altre occasioni³⁶⁴ in relazione alla possibile discriminatorietà del criterio selettivo delle Oo.Ss. legittimate alla firma.

In tale caso, come nell’ipotesi della assenza di misure ostative effettive in ragione dell’intervento di una contrattazione collettiva estremamente “larga”, è possibile ipotizzare la nullità dell’accordo per violazione di principio generale di ordine pubblico internazionale (violazione di obblighi eurounitari). Detta valutazione viene a dipendere dalla sensibilità del singolo operatore del

³⁶¹ Ad oggi la disposizione, come sostituita dall’art. 7 del D.L. n. 76/13, prevede: Il requisito di cui al comma 1 non è richiesto:

a) nell’ipotesi del primo rapporto a tempo determinato, di durata non superiore a dodici mesi comprensiva di eventuale proroga, concluso fra un datore di lavoro o utilizzatore e un lavoratore per lo svolgimento di qualunque tipo di mansione, sia nella forma del contratto a tempo determinato, sia nel caso di prima missione di un lavoratore nell’ambito di un contratto di somministrazione a tempo determinato ai sensi del comma 4 dell’articolo 20 del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276;

b) in ogni altra ipotesi individuata dai contratti collettivi, anche aziendali, stipulati dalle organizzazioni sindacali dei lavoratori e dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale.

³⁶² Art. 5, comma 4-bis, penultimo periodo: un ulteriore successivo contratto a termine fra gli stessi soggetti può essere stipulato per una sola volta, a condizione che la stipula avvenga presso la direzione provinciale del lavoro competente per territorio e con l’assistenza di un rappresentante di una delle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale cui il lavoratore sia iscritto o conferisca mandato. Le organizzazioni sindacali dei lavoratori e dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale stabiliscono con avvisi comuni la durata del predetto ulteriore contratto.

³⁶³ La circolare n. 35 del 29 agosto 2013 del Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali ha evidenziato che i contratti collettivi – anche aziendali – potranno prevedere che il contratto a-causale abbia una durata maggiore di dodici mesi e che possa essere sottoscritto da soggetti che abbiano avuto precedentemente un rapporto di lavoro subordinato.

³⁶⁴ Mi permetto di rimandare al mio Rappresentanza e rappresentatività tra ordinamento europeo e norme di diritto interno, in AGI, Diritto del lavoro anno zero? La contrattazione collettiva dopo l’accordo interconfederale del 28 giugno 2011 e le novità della Manovra Finanziaria. Atti del Convegno Nazionale, Napoli 28-29 ottobre 2011, a cura di F. M. Putaturo Donati, E.S.I., Napoli, 2012.

diritto, con buona pace della certezza dello stesso. È in ogni caso chiaro che la *durata massima totale dei contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato successivi* è nozione di diritto europeo, che consiglia³⁶⁵ di sollecitare le valutazioni della C.g.u.e. con proposizione di specifica questione interpretativa pregiudiziale sul punto.

Peraltro anche la sola ordinaria previsione di contratti a-causali annuali potrebbe ritenersi che determini effetti discriminatori; infatti, a fronte di esigenze stabili, è ben possibile stipulare plurimi contratti a termine a-causali con lavoratori con ridotta professionalità che sono, per tale ragione, intercambiabili, determinandosi dunque che lavoratori con minore professionalità rimangono più a lungo o indefinitamente in una situazione di precariato.

Senza alcuna pretesa di doti di chiarezza è ben agevole prevedere che, a fronte della certezza che la azienda, alla scadenza del fatidico anno, muti i precari che abbiano da spendere solo una professionalità di basso livello, le Oo.Ss., anche aziendali che sono legittimate alla firma, approveranno qualsiasi accordo loro sottoposto (*ex lett. b del comma 1-bis dell'art. 1 ed ex art. 5, comma 4-bis*), onde evitare la espulsione degli stessi dal circuito produttivo aziendale, in specie nell'attuale momento di crisi economica: è un dato quasi certo che, per tali categorie di lavoratori, vi possano essere contratti a termine a-causali pluriennali. Vi è da chiedersi se la scelta legislativa di consentire la firma degli accordi in deroga anche alle Oo.Ss. aziendali non sia stata pensata proprio al fine di consentire contratti a termine a-causali liberi.

Ove si dovesse riscontrare una maggiore percentuale di lavoratori precari per professionalità di basso livello, quale effetto della a-causalità del contratto a termine, si dovrebbe ritenere la sussistenza di discriminazione ed essa sarebbe sanzionabile?

La direttiva antidiscriminatoria (*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*), esplicita alcuni aspetti del principio di uguaglianza/non discriminazione (limitandolo alle discriminazioni fondate sulla religione o le convinzioni personali, gli handicap, l'età o le tendenze sessuali), ritenuto principio cardine del diritto della Unione, pre-esistente alla direttiva stessa³⁶⁶ e che trova in parte esplicitazione nell'art. 19³⁶⁷ del T.F.U.E. già 13 C.E.

Il principio generale di uguaglianza costituisce uno dei principi fondamentali della Comunità. Le disposizioni sull'uguaglianza di fronte alla legge appartengono alle tradizioni costituzionali comuni

³⁶⁵ Impone per i Giudici di ultima istanza ex art. 267 del TfUe: La Corte di giustizia dell'Unione europea è competente a pronunciarsi, in via pregiudiziale:

a) sull'interpretazione dei trattati;

b) sulla validità e l'interpretazione degli atti compiuti dalle istituzioni, dagli organi o dagli organismi dell'Unione.

Quando una questione del genere è sollevata dinanzi ad un organo giurisdizionale di uno degli Stati membri, tale organo giurisdizionale può, qualora reputi necessaria per emanare la sua sentenza una decisione su questo punto, domandare alla Corte di pronunciarsi sulla questione.

Quando una questione del genere è sollevata in un giudizio pendente davanti a un organo giurisdizionale nazionale, avverso le cui decisioni non possa proporsi un ricorso giurisdizionale di diritto interno, tale organo giurisdizionale è tenuto a rivolgersi alla Corte.

³⁶⁶ Cfr. Sentenza della Corte, Grande sezione, 22 novembre 2005, procedimento C-144/04, Mangold.

³⁶⁷ Articolo 19, paragrafo 1: Fatte salve le altre disposizioni dei trattati e nell'ambito delle competenze da essi conferite all'Unione, il Consiglio, deliberando all'unanimità secondo una procedura legislativa speciale e previa approvazione del Parlamento europeo, può prendere i provvedimenti opportuni per combattere le discriminazioni fondate sul sesso, la razza o l'origine etnica, la religione o le convinzioni personali, la disabilità, l'età o l'orientamento sessuale.

degli Stati membri. Inoltre, dichiarazioni generali sulla parità di trattamento compaiono in diversi strumenti internazionali. In particolare l'art. 14 della Convenzione europea sui diritti dell'uomo (intitolato «Divieto di discriminazione») dispone: «[i]l godimento dei diritti e delle libertà riconosciuti nella presente Convenzione deve essere assicurato senza nessuna discriminazione, in particolare quelle fondate sul sesso, la razza, il colore, la lingua, la religione, le opinioni politiche o di altro genere, l'origine nazionale o sociale, l'appartenenza a una minoranza nazionale, la ricchezza, la nascita o ogni altra condizione». È quindi plausibile considerare il principio generale di uguaglianza come «il principio stesso [sottostante al] divieto [delle] forme di discriminazione [elencate nell'art. 13 CE]», che trova la sua «fonte» «[nei 'considerando' della] direttiva (...), in vari strumenti internazionali e nelle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri»³⁶⁸.

Il principio è esplicitato, con le medesime parole, nella Carta di Nizza e nella versione consolidata provvisoria del Trattato che istituisce l'UE³⁶⁹ ed è già oggetto della *Convenzione per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali*³⁷⁰.

La a-causalità del primo contratto a termine può determinare la marginalizzazione/esclusione sociale delle persone dotate di minore professionalità e, dunque, di persone aventi, probabilmente, diversa ed inferiore origine sociale e ricchezza (cfr. anche l'art. 19 T.f.U.e.)³⁷¹.

Posto che il diritto dell'Unione deve rispettare i principi generali fondanti, che discendono dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, trasfusi nella Carta e.d.u., anche gli Stati, quando applicano il diritto dell'Unione, devono rispettare detti principi (che comunque sarebbe auspicabile rispettassero in ogni caso): dunque la sussistenza di un problema di difficile compatibilità appare in tutta la sua evidenza.

Malauguratamente detta discriminazione non è assistita dalla tutela e dai rimedi di cui alla direttiva specifica (2000/78/CE) e dalla normativa interna di recepimento (d.lgs. n. 216/03), per cui non si ha a disposizione lo specifico rimedio previsto (cfr. altresì l'art 28 del d.lgs. n. 150/11³⁷²), quanto piuttosto la applicazione diretta del principio generale di uguaglianza, dai margini più incerti, ma comunque direttamente operante anche nei rapporti interprivati.

³⁶⁸ Conclusioni dell'Avvocato generale Sharpston, presentate il 22 maggio 2008 nella causa C 427/06, Bartsch, punto 42.

³⁶⁹ Cfr. art. II-21: (Non discriminazione) È vietata qualsiasi forma di discriminazione fondata, in particolare, sul sesso, la razza, il colore della pelle o l'origine etnica o sociale, le caratteristiche genetiche, la lingua, la religione o le convinzioni personali, le opinioni politiche o di qualsiasi altra natura, l'appartenenza ad una minoranza nazionale, il patrimonio, la nascita, la disabilità, l'età o l'orientamento sessuale.

³⁷⁰ Articolo 14, divieto di discriminazione: Il godimento dei diritti e delle libertà riconosciuti nella presente Convenzione deve essere assicurato senza nessuna discriminazione, in particolare quelle fondate sul sesso, la razza, il colore, la lingua, la religione, le opinioni politiche o quelle di altro genere, l'origine nazionale o sociale, l'appartenenza a una minoranza nazionale, la ricchezza, la nascita o ogni altra condizione.

³⁷¹ Da rilevarsi il contrasto anche con la Decisione del Consiglio del 27 novembre 2000 (2000/750/CE) che istituisce un programma d'azione comunitario per combattere le discriminazioni (2001-2006) ed in specie con l'11° considerata e con l'art. 8.

³⁷² Cfr. in particolare il comma 5: Con l'ordinanza che definisce il giudizio il giudice può condannare il convenuto al risarcimento del danno anche non patrimoniale e ordinare la cessazione del comportamento, della condotta o dell'atto discriminatorio pregiudizievole, adottando, anche nei confronti della pubblica amministrazione, ogni altro provvedimento idoneo a rimuoverne gli effetti. Al fine di impedire la ripetizione della discriminazione, il giudice può ordinare di adottare, entro il termine fissato nel provvedimento, un piano di rimozione delle discriminazioni accertate. Nei casi di comportamento discriminatorio di carattere collettivo, il piano è adottato sentito l'ente collettivo ricorrente.

La tutelabilità eurounitaria del principio di uguaglianza indipendentemente dalla sua sussumibilità dell'ambito della direttiva 2000/78/Ce è stata affermata in maniera inequivocabile nella sentenza Mangold³⁷³: *In secondo luogo, e soprattutto, la direttiva 2000/78 non sancisce essa stessa il principio della parità di trattamento in materia di occupazione e di lavoro. Infatti, tale direttiva, ai sensi del suo art. 1, ha il solo obiettivo di «stabilire un quadro generale per la lotta alle discriminazioni fondate sulla religione o le convinzioni personali, gli handicap, l'età o le tendenze sessuali», dal momento che il principio stesso del divieto di siffatte forme di discriminazione, come risulta dai 'considerando' 1 e 4 della detta direttiva, trova la sua fonte in vari strumenti internazionali e nelle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri...*

Di conseguenza, 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 fondate sull'età, in particolare per quanto riguarda l'organizzazione degli opportuni strumenti di ricorso, l'onere della prova, la protezione contro le ritorsioni, il dialogo sociale, le azioni positive e altre misure specifiche di attuazione di una siffatta direttiva.

Ciò considerato, è compito del giudice nazionale, investito di una controversia che metta in discussione il principio di non discriminazione in ragione dell'età, assicurare, nell'ambito di sua competenza, la tutela giuridica che il diritto comunitario attribuisce ai soggetti dell'ordinamento, garantendone la piena efficacia e disapplicando ogni contraria disposizione di legge nazionale (v., in questo senso, sentenze 9 marzo 1978, causa 106/77, Simmenthal, Racc., pag. 629, punto 21, e 5 marzo 1998, causa C 347/96, Solred, Racc. pag. I 937, punto 30).

Dunque ai principi fondamentali ed in specie al principio di uguaglianza/non discriminazione deve essere data attuazione immediata e diretta anche nei rapporti interprivati³⁷⁴, indipendentemente dalla circostanza che la disuguaglianza ricada o meno nelle ipotesi indicate "in particolare" nella direttiva anti discriminatoria e dall'art. 10 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea, trattandosi comunque di disuguaglianze non consentite.

Appare chiaro che la a-causalità indiscriminata del contratto a termine determina margini di incertezza ordinamentale di cui di certo non vi è bisogno alcuno.

6. Il precariato pubblico in genere. Il risarcimento del danno

Il precariato pubblico non sfugge alla applicazione del d.lgs. n. 368/01 né, ovviamente, agli estemporanei interventi legislativi.

È necessaria una premessa.

Lo Stato di diritto è tale ove la sottoposizione alla legge e, nel caso di specie, a quel complesso sistema di fonti integrate che siamo tenuti ad applicare, sia garantita nei confronti di tutti. Le interpretazioni non possono seguire le convenienze del momento, pena la fine stessa della garanzia democratica.

³⁷³ Sentenza della C.g.u.e. (Grande Sezione) del 22 novembre 2005, C-144/04.

³⁷⁴ Ex plurimis, di recente, C.g.u.e. sentenza Küçükdeveci, causa C-555/07, del 19.1.10, ove si afferma: Il principio di non discriminazione in base all'età è un principio generale del diritto dell'Unione, in quanto rappresenta un'applicazione specifica del principio generale della parità di trattamento.

Il sistema pubblico è stato caratterizzato, fino al 2007 (*rectius* fino all'1.4.09), dalla sola sanzione risarcitoria di cui all'art. 36, comma 5, del d.lgs. n. 165/01 che dispone: *in ogni caso, la violazione di disposizioni imperative riguardanti l'assunzione o l'impiego di lavoratori, da parte delle pubbliche amministrazioni, non può comportare la costituzione di rapporti di lavoro a tempo indeterminato con le medesime pubbliche amministrazioni, ferma restando ogni responsabilità e sanzione. Il lavoratore interessato ha diritto al risarcimento del danno derivante dalla prestazione di lavoro in violazione di disposizioni imperative.*

La riqualificazione del contratto, da tempo determinato ad indeterminato non è indispensabile per l'attuazione della direttiva 1999/70/Ce, potendo essere limitata (o non prevista) in presenza di *condizioni* stabilite dallo Stato membro³⁷⁵.

L'art. 36, comma 5, d.lgs. n. 165/01 non è disposizione regolatrice specificamente la illegittimità del termine apposto al contratto di lavoro, ma istituto di carattere generale: esso non pone solo un ostacolo agli effetti della declaratoria di nullità del termine apposto illegittimamente al contratto di lavoro, ma trova applicazione in relazione a tutte le ipotesi di violazione di disposizioni imperative riguardanti l'assunzione o l'impiego di lavoratori (cfr. contratti nulli, contratti di collaborazione coordinata e continuativa, contratti di somministrazione, annullamenti, anche in autotutela, di procedure concorsuali, etc). Da questa premessa ne deriva la considerazione che sia difficile ipotizzare che il disposto operi su un piano corrispondente alla clausola nulla, ovvero sia una eccezione al principio di cui all'art. 1419 c.c., o ancora operi sul piano di cui al co. 2 dell'art. 1419 c.c. (nullità parziale e sostituzione con norme imperative delle clausole nulle). Esso dunque non sembra incidere sul contenuto del contratto determinandone la nullità, ma sul diverso piano della regolazione degli effetti del contratto (nel caso in esame avente clausola relativa al termine nulla). Non sarebbero altrimenti sussumibili, come invece è d'obbligo, sotto il medesimo istituto fattispecie del tutto diverse quali, ad esempio, quella relativa ad un contratto carente del requisito della forma scritta³⁷⁶, come l'ipotesi di selezione irregolare con annullamento del bando, come la carenza di requisiti del lavoratore selezionato, fino ad arrivare ad ipotesi di annullamento in autotutela della procedura concorsuale o selettiva.

Costituisce corollario di tale considerazione che dalla nullità del termine apposto al contratto derivi che lo stesso debba ritenersi *ab origine* a tempo indeterminato, ma che dall'art. 36, comma 5, derivi la impossibilità di esecuzione dello stesso (la disposizione ne impedirebbe la verifica degli effetti), con conseguenti effetti risolutivi.

Questa soluzione può portare ad un risarcimento del danno di 15+2,5/12 mensilità di retribuzione in ragione dell'intervento della legge n. 183/10 ed in particolare dell'art. 32, commi 5 e 7, da un lato e, comma 3, dall'altro.

Il comma 3 ha equiparato molte ipotesi di cessazione del rapporto di lavoro sotto un *genus* ampio la interruzione del contratto dovuta ad atto o fatto *contra legem*, prevedendo la applicabilità di

³⁷⁵ Cfr. sentenze Marrosu e Sardino, nonché Vassallo, cit.

³⁷⁶ Artt. 16 e 17 R.D. 18.11.1923 n. 2440; art. 35, comma 1, d.lgs. n. 165/01. Cfr., ex plurimis, Cons. Stato, Sez. V, 15 dicembre 2005, n. 7147; Sez. I, 3 luglio 2002, n. 1849; Cass. civ., II, 25 novembre 2003, n. 17891.

un medesimo termine impugnatorio decadenziale³⁷⁷. Ne consegue che diviene, per effetto della predetta disposizione, situazione analoga di diritto interno il recesso con tutela reale e, dunque, le conseguenze risarcitorie derivanti dalla illegittima apposizione del termine con la P.A.³⁷⁸.

Il rapporto di lavoro con la P.A. è non solo assistito da tutela reale (estesa anche alla dirigenza³⁷⁹), ma questa non può chiudere l'attività ovvero andare in decozione, diversamente dall'imprenditore privato, nei cui confronti si applica la tutela reale. La forza economica di un imprenditore con più di 15 dipendenti è infinitamente inferiore a quella dello Stato. Di contro con lo Stato, diversamente che con il privato, non si fa luogo a conversione del contratto a termine.

Ne deriva che le due situazioni, pur comparabili, presentano comunque una situazione di svantaggio per il lavoratore a termine con la P.A., giustificabile solo in forza dell'art. 97 comma 3 della Costituzione, interpretato in stretta correlazione con l'art. 35 del d.lgs. n. 165/01 (giustificabile solo ove non si sia fatto in alcun modo luogo a procedure selettive, apparendo altrimenti il rimedio sproporzionato rispetto lo scopo perseguito di selezione dei migliori³⁸⁰: è evidente che se la selezione sia stata operata ex art. 35 d.lgs. n. 165/01 non vi è principio selettivo/concorsuale da salvaguardare³⁸¹).

In linea generale quindi la circostanza che nell'impiego privato, per effetto dell'art. 32, commi 5 e 7, della legge n. 183/10, il risarcimento ivi previsto si sommi alla conversione, dovrebbe determinare, stante la equiparabilità normativa delle situazioni (cfr. il predetto comma 3), che, per rispettare il principio di equivalenza, la indennità di cui all'art. 32, commi 5 e 7, debba sommarsi alla ulteriore posta risarcitoria, compensativa della perdita del posto di lavoro. Parzialmente in questo senso, ma in chiaro ed inesplicito contrasto con il resto della giurisprudenza della Sezione lavoro, la sentenza n. 19371/13³⁸² della Corte di cassazione che fa applicazione diretta (non parametrica) dell'art. 32, commi 5/7 della legge n. 183/10, senza porsi ed affrontare il problema che la indennità risarcitoria è prevista per il solo caso di conversione del contratto di lavoro, in sostituzione del lucro cessante e si affianca alla conversione del contratto.

³⁷⁷ Art. 32, comma 3: Le disposizioni di cui all'articolo 6 della legge 15 luglio 1966, n. 604, come modificato dal comma 1 del presente articolo, si applicano inoltre: a) ai licenziamenti che presuppongono la risoluzione di questioni relative alla qualificazione del rapporto di lavoro ovvero alla legittimità del termine apposto al contratto; b) al recesso del committente nei rapporti di collaborazione coordinata e continuativa, anche nella modalità a progetto, di cui all'articolo 409, numero 3), del codice di procedura civile; c) al trasferimento ai sensi dell'articolo 2103 del codice civile, con termine decorrente dalla data di ricezione della comunicazione di trasferimento; d) all'azione di nullità del termine apposto al contratto di lavoro, ai sensi degli articoli 1, 2 e 4 del decreto legislativo 6 settembre 2001, n. 368, e successive modificazioni, con termine decorrente dalla scadenza del medesimo.

³⁷⁸ Non l'ipotesi del superamento dei 36 mesi, non essendo richiamato nel comma 3 l'art. 5, comma 4-bis, del d.lgs. n. 368/01.

³⁷⁹ Ex plurimis, da ultimo Cass. Sez. lav., sentenza n. 18198 del 29/07/2013.

³⁸⁰ Cfr. Corte di giustizia dell'Unione europea, sentenza 9 settembre 2003, procedimento C-285/01, Isabel Burbaud c/ Ministère de l'Emploi et de la Solidarité.

³⁸¹ Diviene a questo punto inspiegabile l'orientamento della Cassazione (sentenze nn. 392/12 e 4417/12, come anche 10127/12), che fanno riferimento al concorso pubblico in relazione a fattispecie per le quali lo stesso non è previsto. Peculiare il ragionamento di Cass. 18618 del 05/08/2013 (al Comune non era consentito stipulare più contratti a termine in sequenza con il medesimo lavoratore, pena l'esposizione alle sanzioni previste dall'art. 36 del decreto legislativo 165 del 2001) che finisce con il legittimare una prassi che aggira gli obblighi di cui alla direttiva 1999/70/Ce e contraria ai principi espressi da ultimo dalla Corte di giustizia nella sentenza 26 gennaio 2012, C-586/10, Bianca Küçük contro Land Nordrhein-Westfalen, punto 40 e già prima nella sentenza Angelidaki.

³⁸² Cass., Sez. lav., Pres. Lamorgese, Est. Manna, sentenza 21 agosto 2013, n.19371. La Suprema Corte ha cassato, con rinvio, la sentenza della Corte di appello di Roma che, su una fattispecie di contratti successivi stipulati tra il 1997 e il 2002 alle dipendenze di un'Azienda sanitaria locale, aveva dichiarato l'illegittimità dei contratti a termine, senza accogliere né la domanda di conversione né quella di risarcimento dei danni per perdita di chance. La Suprema Corte ha disposto il rinvio alla stessa Corte di appello in diversa composizione per la liquidazione del danno subito dal lavoratore per abusivo utilizzo di contratti a termine, applicando la "penale" sanzionatoria dell'art.32, comma 5, della legge n.183/2010, ritenuta applicabile anche al pubblico impiego.

Appare difficile giustificare, alla luce del principio di equivalenza, che allo svantaggio determinato dalla mancata conversione, si aggiunga l'ulteriore svantaggio determinato dalla mancata corrispondenza della indennità sostitutiva della stessa, prevista dall'art. 18 della L. n. 300/70. Anche dalla sentenza Carratù sono evincibili argomenti in questo senso. La tutela ex art. 18 e la tutela di diritto comune, fino alla data di entrata in vigore del Collegato lavoro, prevista per i contratti a termine "privati" sono equiparate: fino alla medesima data il principio di equivalenza imporrebbe la applicazione delle conseguenze risarcitorie di cui all'art. 18 (nel testo precedente alla legge n. 92/12), quantomeno con riferimento alla l'indennità sostitutiva prevista dalla suddetta disposizione.

Il comma 5 ha posto una presunzione *iuris et de iure* di danno minimo (2,5 mensilità), anche in ipotesi di assenza di danno effettivo: pertanto tale importo non dovrebbe avere natura di danno economico; si garantisce una effettiva efficacia dissuasiva e sanzionatoria all'ordinamento interno, nel rispetto degli obblighi derivanti dalla appartenenza alla U.E., anche quando, sulla base dei comuni criteri risarcitori, non vi è sanzione certa.

La applicazione del comma 7 nei giudizi in corso produce conseguenze favorevoli ai lavoratori abusati dallo Stato che, con la disposizione in parola, ha adeguato (senza averne probabilmente consapevolezza né intenzione) il proprio ordinamento a quello eurounitario. Si è prevista infatti, in ipotesi di reiterazione dei contratti a termine, una misura sanzionatoria che, come qui interpretata, è sempre dotata di effettività e dissuasività: tanto premesso nei confronti dello Stato non sembra sussistere alcun ostacolo alla sua operatività (diversamente invece nei rapporti interprivati).

Così delineato l'ambito applicativo della "indennità risarcitoria" dovrebbe concludersi che essa compensi una tipologia di danno, presunto *ex lege* ed ancorato ai criteri di cui all'art. 8 della legge 604/66, che nulla ha a che vedere con la perdita del posto di lavoro, da risarcirsi autonomamente, in forza del più volte richiamato principio di equivalenza.

È quasi superfluo sottolineare che la applicazione del disposto di cui all'art. 32, commi 5 e 7, può essere effettuata solo in via parametrica, considerata la inapplicabilità diretta della disposizione in parola all'ipotesi in esame, in assenza di conversione del contratto (la indennità risarcitoria è prevista solo *nei casi di conversione del contratto a tempo determinato*).

L'indennità copre sia il danno economico (lucro cessante), che il danno non economico, fissando, anche in caso di immediata proposizione del ricorso, un danno minimo pari a 2,5 mensilità. Posto che nel caso *de quo* la c.d. conversione del contratto non sembra possibile (salvo quanto si dirà circa l'ipotesi in cui il lavoratore a termine abbia superato i 36 mesi), deve essere scorporato il danno economico *sub specie* di lucro cessante. Tanto premesso il danno non economico deve essere valutato in misura ridotta rispetto al danno liquidabile ex art. 32, commi 5 e 7.

Un criterio guida può ritrovarsi nel comma 6 dell'art. 32 (*In presenza di contratti ovvero accordi collettivi nazionali, territoriali o aziendali, stipulati con le organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, che prevedano l'assunzione, anche a tempo indeterminato, di lavoratori già occupati con contratto a termine nell'ambito di specifiche graduatorie, il limite massimo dell'indennità fissata dal comma 5 è ridotto alla metà*) e nell'art. 50 della legge n. 183/10 che, in ipotesi di una effettiva possibilità di costituzione di rapporto di lavoro a tempo indeterminato, riducono il danno tra 2,5 e 6 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto. La ragione per cui alla effettiva possibilità di costituzione del rapporto di lavoro a tempo

indeterminato corrisponda la riduzione del risarcimento, sembra da rapportarsi alla circostanza che detta condotta riduce la componente non patrimoniale del danno (vista la certa futura costituzione del rapporto di lavoro). Il legislatore stima detta componente in misura pari, nel massimo, alla metà del danno totale, per cui la componente patrimoniale vale 6 mensilità (la differenza tra le due indennità nella misura massima). Per sottrazione si può ritenere che il danno non patrimoniale sia dal legislatore stimato, nella misura massima, in 6 mensilità.

Per quanto riguarda specificamente il danno da perdita del posto di lavoro, proprio la indicata comparabilità con il recesso assistito da tutela reale, in forza del comma 3 dell'art. 32 della l. n. 183/10, induce, in ragione del principio di equivalenza, a fare riferimento alla indennità sostitutiva di cui all'art. 18 della legge n. 300/70 (applicabile *alle pubbliche amministrazioni a prescindere dal numero dei dipendenti*: art. 51, comma 2, d.lgs. n. 165/01)³⁸³, posto che il "valore" del posto di lavoro sia quantificato dal legislatore in tale misura. La equiparazione operata, pur dal 24.11.10 (decorsi i 15 giorni dalla pubblicazione della Legge n. 183/10 in G.U.) costituisce criterio, di fonte normativa, atto a guidare la discrezionalità del giudicante nella determinazione del danno da perdita del posto di lavoro.

Detta opzione interpretativa è parzialmente condivisa (quanto all'applicazione della indennità risarcitoria), dalla Commissione europea nelle osservazioni depositate nella causa C-50/13, Papalia³⁸⁴.

La stessa, ricordando quanto indicato dal Giudice di rinvio nella causa Carratù, ha sottolineato come sia difficile giustificare che i lavoratori pubblici non solo non beneficino della conversione del contratto, ma neppure del criterio risarcitorio di cui all'art. 32, commi 5/7 del Collegato lavoro, dubitando così della compatibilità del meccanismo risarcitorio di cui all'art. 36, comma 5, d.lgs. n. 165/01 con l'accordo quadro.

Appare dunque evidente come l'improvvido legislatore, privo di un consapevole disegno riformista e della volontà di intervenire, per quanto effettivamente serve, sui contratti a termine, anche nel settore pubblico, finisca col creare una situazione di ingovernabilità: una disposizione che aveva l'effetto di ridurre per l'imprenditore pubblico i danni da corrispondere, può costituire criterio risarcitorio utile a liquidare ingenti danni a suo carico.

Peraltro, nonostante le osservazioni della Commissione europea³⁸⁵, la decisione della causa

³⁸³ Si riferisce alla disposizione nella formulazione antecedente la riforma Fornero che ancora disciplina, secondo parte della dottrina, il licenziamento ingiustificato da parte del datore di lavoro pubblico. Si veda E. PASQUALETTO, La questione del pubblico impiego privatizzato,.... 52; per analoghe conclusioni si v. F. CARINCI, Ripensando il "nuovo" articolo 18 dello Statuto dei lavoratori, in ADL, 2013, 3, 470 s.; A. BOSCATI, La difficile convivenza tra il nuovo articolo 18 e il lavoro pubblico, ... 1001; G. GENTILE, I dipendenti delle pubbliche amministrazioni, ... 227; M. GERARDO, A. MUTARELLI, Il licenziamento nel pubblico impiego dopo la Riforma Fornero (ovvero il cubo di Rubik), in LPA, 2013, 197 s. Secondo R. DEL PUNTA, Sull'applicazione del nuovo art. 18 al rapporto di lavoro pubblico, pag. 420, la locuzione «per quanto da esse non espressamente previsto», che rappresenta la chiave del problema a livello esegetico, andrebbe invece intesa come se fosse scritto «fatte salve diverse disposizioni».

³⁸⁴ Punti 22/28.

³⁸⁵ Nella causa Papalia C-50/13 la Commissione europea ha concluso nelle osservazioni scritte depositate il 29 aprile 2013 che l'art.36, comma 5, d.lgs. n.165/2001 è norma inefficace e inadeguata a sanzionare gli abusi in caso di successione di contratti nel pubblico impiego e, in conseguenza, l'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato «deve essere interpretato nel senso che si oppone ad un regime nazionale che subordini a condizioni di prova discriminatorie rispetto ad altre analoghe fattispecie di diritto interno o, comunque, eccessivamente onerose il risarcimento del danno dovuto al lavoratore illegittimamente assunto a termine tramite il

Papalia³⁸⁶ è stata ben più dura per l'Italia³⁸⁷. Infatti, preso atto della assoluta incertezza del criterio risarcitorio evincibile dal comma 5 dell'art. 36, d.lgs. n. 165/2001 come rappresentato (ad avviso di chi scrive in maniera assolutamente corretta) dal Tribunale di Aosta³⁸⁸, che impone al lavoratore del settore pubblico di provare che il proseguimento del rapporto di lavoro, in base a una successione di contratti a tempo determinato illegittimi, l'abbia indotto a dover rinunciare a migliori opportunità di impiego, la Corte dichiara che il diritto dell'Unione osta all'art. 36, comma 5, d.lgs. n. 165/2001.

Nel ragionamento preliminarmente dimostra di avere non pochi dubbi circa la genuinità della difesa erariale la quale sosteneva che, nell'ordinamento nazionale, il lavoratore del settore pubblico può provare con presunzioni l'esistenza del danno che egli ritenga di aver sofferto a causa dell'utilizzo abusivo di una successione di contratti di lavoro a tempo determinato; per l'Avvocatura dello Stato³⁸⁹ il lavoratore abusato potrebbe invocare, in tale cornice, elementi gravi, precisi e concordanti i quali, benché non possano essere qualificati come prova compiuta, potrebbero tuttavia fondare il convincimento del Giudice riguardo all'esistenza di un danno siffatto (punto 27 della sentenza della C.g.u.e)³⁹⁰. Infatti al punto 33 si esprime con le seguenti parole: *ammesso che risultino provate, le affermazioni del governo italiano, richiamate nel punto 27 della presente ordinanza...*

ricorso abusivo ad una successione di contratti a tempo determinato, ove il risarcimento del danno sia la sola misura prevista dall'ordinamento interno per prevenire e reprimere tale abuso».

³⁸⁶ C.g.u.e., ordinanza 12 dicembre 2013, causa C-50/13, Papalia.

³⁸⁷ La difesa del Signor Papalia in Corte di giustizia ha presentato osservazioni scritte e proposto istanza di trattazione orale della causa. Il Comune di Aosta non ha proposto osservazioni scritte, ma ha fatto istanza di trattazione orale della causa. La Corte di giustizia, in questi casi, normalmente fissa l'udienza di discussione per consentire alla parte che non si è difesa per iscritto di illustrare almeno oralmente le sue ragioni. La esaurività delle osservazioni scritte del Governo italiano ha evidentemente reso superflua detta trattazione orale ed ha probabilmente indotto la Corte europea a decidere con un'ordinanza tranchant e molto forte nei confronti del legislatore nazionale e delle Pubbliche Amministrazioni italiane.

³⁸⁸ Nell'ordinanza di rinvio pregiudiziale del 30 gennaio 2013 il Tribunale di Aosta ha formulato il seguente quesito: «Se la direttiva 1999/70/CE (articolo 1 nonché clausola 5 dell'allegato accordo quadro, oltre ad ogni altra norma comunque connessa o collegata), debba essere intesa nel senso di consentire che il lavoratore assunto da un ente pubblico con contratto a tempo determinato in assenza dei presupposti dettati dalla normativa comunitaria predetta, abbia diritto al risarcimento del danno soltanto se ne provi la concreta effettività, e cioè nei limiti in cui fornisca una positiva prova, anche indiziaria, ma comunque precisa, di aver dovuto rinunciare ad altre, migliori occasioni di lavoro.»

³⁸⁹ Il punto 21 delle osservazioni scritte del Governo italiano nella causa Papalia costituisce la parte della difesa erariale, sull'art.36, comma 5, d.lgs. n.165/2001, che sarà richiamata con (eufemisticamente) evidente diffidenza ai punti 27 e 33 dell'ordinanza Papalia della Corte di giustizia: «21. Inoltre, la stessa Corte di Cassazione, al fine di non aggravare l'onere probatorio in capo al lavoratore che intenda ottenere il risarcimento del danno per l'abusiva reiterazione di contratti a termine, evidenzia come l'interessato possa ricorrere alla prova presuntiva: in sostanza, si richiede al ricorrente quantomeno l'allegazione di elementi precisi e concordanti che, non potendosi qualificare come prova piena, possano almeno fondare un convincimento induttivo sul pregiudizio ragionevolmente subito dal dipendente "abusato" con i contratti a termine reiterati. Non pare inverosimile che l'onere della prova, così inteso, possa costituire un eccessivo aggravamento dell'esercizio del diritto tanto da renderlo in concreto di impossibile applicazione.»

³⁹⁰ Il punto 27 dell'ordinanza Papalia fa riferimento alla denunciata (da parte del Governo italiano) esistenza di presunzioni per la determinazione del danno: «Il governo italiano, nelle osservazioni scritte da esso presentate alla Corte, nega la rilevanza di un'interpretazione siffatta. Esso sostiene che nell'ordinamento nazionale il lavoratore del settore pubblico può provare con presunzioni l'esistenza del danno che egli ritenga di aver sofferto a causa dell'utilizzo abusivo, da parte del suo ex datore di lavoro pubblico, di una successione di contratti di lavoro a tempo determinato e può invocare, in tale cornice, elementi gravi, precisi e concordanti i quali, benché non possano essere qualificati come prova compiuta, potrebbero tuttavia fondare il convincimento del giudice riguardo all'esistenza di un danno siffatto. Il governo italiano sottolinea anche la circostanza che la prova in tal modo richiesta non sarebbe tale da privare detto lavoratore della possibilità di ottenere il risarcimento del suo danno.»

La Corte conclude affermando che la direttiva 1999/70/Ce osta alla norma interna che prevede soltanto *il diritto di ottenere il risarcimento del danno...*, restando esclusa qualsiasi trasformazione del rapporto di lavoro a tempo determinato in rapporto di lavoro a tempo indeterminato, in ragione delle modalità del risarcimento. Siccome la struttura della disciplina del risarcimento del danno non sembra possa essere cambiata, osterebbe la normativa europea al divieto di trasformazione.

La circostanza che la Corte sembri aver perso la pazienza con l'Italia non deve sembrare ingiustificata.

Il Tribunale di Rossano³⁹¹ aveva sollevato questione pregiudiziale³⁹² che riguardava tutto il precariato pubblico per comprendere, alla luce del principio di uguaglianza³⁹³, ed in ragione della possibilità di differenziare le misure ostative (e le sanzioni), se l'assai variegato sistema interno fosse conforme alla clausola 5 della direttiva 1999/70/Ce. La questione, di ordine sistematico, era stata ben compresa dal Presidente della Corte di giustizia che, con Ordinanza del 16 marzo 2010, nel rigettare la richiesta di giudizio accelerato, aveva sottolineato: *Alla luce di ciò, il giudice del rinvio chiede se le disposizioni dell'ordinamento nazionale destinate a recepire la direttiva 1999/70 nonché l'accordo quadro e, in particolare, quelle di cui all'art. 36, comma 5, del d.lgs. n. 165/2001, e successive modifiche, possano essere considerate misure generali che garantiscono in modo efficace la prevenzione e la sanzione nei confronti dell'uso abusivo di contratti di lavoro a tempo determinato, dal momento che, in particolare, dette disposizioni introducono disparità di trattamento in base alle categorie di lavoratori interessate.* Si tratta sostanzialmente della medesima questione affrontata dall'Avvocato generale, in maniera certamente più puntuale, nelle conclusioni presentate nella causa Jansen³⁹⁴. Quando la Corte, nella causa Affatato, ha statuito di non decidere questioni necessarie a verificare la compatibilità dell'art. 36, comma 5, alla luce dell'inciso della clausola 5 afferente la possibilità di differenziare le misure ostative *in un modo che tenga conto delle esigenze di settori e/o categorie specifici di lavoratori*, potrebbe avere avuto un certo peso la circostanza che la Corte ha inteso le difese dello Stato italiano nel seguente modo: *...il governo italiano ha sottolineato, in particolare, che l'art. 5 del d.lgs. n. 368/2001, quale modificato nel 2007, al fine di evitare il ricorso abusivo ai contratti di lavoro a tempo determinato nel settore pubblico, ha aggiunto una durata massima oltre la quale il contratto di lavoro è ritenuto concluso a tempo indeterminato e ha introdotto, a favore del lavoratore che ha prestato lavoro per un periodo superiore a sei mesi, un diritto di priorità nelle assunzioni a tempo indeterminato. Inoltre, l'art. 36, quinto comma, del d.lgs. n. 165/2001, come modificato nel 2008, prevedrebbe, oltre al diritto del lavoratore interessato al risarcimento del danno subito a causa della violazione di norme imperative e all'obbligo del datore di lavoro responsabile di restituire all'amministrazione le somme versate a tale titolo quando la violazione sia dolosa o derivi da colpa grave, l'impossibilità*

³⁹¹ Trib. Rossano (Est. Coppola), ordinanza 5 gennaio 2010 in causa C-3/10 Affatato c/ ASL di Cosenza, pubblicata su GUUE del 13 marzo 2010, n. C 63/64.

³⁹² Causa C-3/10, Affatato.

³⁹³ Quesito n.12 dell'ordinanza Affatato del Tribunale di Rossano: «se il principio dell'Unione di uguaglianza/non discriminazione, la clausola 4, la clausola 5.1, ostino ad una differenziazione di discipline sanzionatorie nel settore "personale dipendente degli organismi dello Stato" sulla scorta della genesi del rapporto di lavoro, ovvero del soggetto datore di lavoro, o ancora nel settore Scuola.».

³⁹⁴ Conclusioni del 15.3.11 nella causa C-313/10, Jansen.

del rinnovo dell'incarico dirigenziale del responsabile, nonché la presa in considerazione di detta violazione in sede di valutazione del suo operato. ...una disciplina nazionale siffatta potrebbe soddisfare i requisiti ricordati nei punti 45-47 della presente ordinanza.

Anche la Commissione europea ha ritenuto, due mesi dopo l'ordinanza Affatato³⁹⁵, che superati i 36 mesi fosse possibile costituire un rapporto di lavoro con la P.A. (*l'articolo 5, punto 4 bis del D.Lgs. n. 368 del 6 settembre 2001 prevede che uno o più contratti di durata superiore ai tre anni siano considerati contratti a durata indeterminata*)³⁹⁶.

Da segnalare che la Ordinanza Papalia parte dal presupposto, sottolineato, che *la Corte deve prendere in considerazione, nell'ambito della ripartizione delle competenze tra i giudici comunitari e i giudici nazionali, il contesto in fatto e in diritto nel quale si inseriscono le questioni pregiudiziali, come definito dal giudice del rinvio. Di conseguenza, l'esame della presente questione pregiudiziale dev'essere effettuato alla luce dell'interpretazione del diritto nazionale fornita dal giudice del rinvio.* La ricostruzione non sembra ultronea, posto che la normativa come ricostruita dal Giudice di rinvio è in antitesi al diritto eurounitario. In altra questione pendente (causa C-22/13 Mascolo) la ricostruzione del giudice interno è ben diversa ed aperta alla possibilità di costituire rapporti di lavoro a tempo indeterminato con la P.A., al verificarsi del superamento dei 36 mesi. Ciò fa pensare che, in detta controversia, le conclusioni della C.g.u.e. potrebbero essere nel senso della conformità della ricostruzione offerta dal Giudice interno ai principi del diritto eurounitario.

Peraltro vi è da segnalare che l'unica differenza tra quanto statuito dalla C.g.u.e. nell'Ordinanza Papalia e tutte le precedenti in materia di contratti a termine pubblici italiani è costituita dalla circostanza che, con la pronuncia Papalia, la Corte ha la certezza della incompatibilità. I principi espressi in precedenza erano assolutamente analoghi, lasciandosi al Giudice interno la verifica finale della compatibilità, *prima facie* ritenuta esistente: ne deriva che alcune delle sentenze interne, quelle che tale contrasto non hanno riconosciuto, potrebbero aver violato il diritto eurounitario.

Costituisce un (tardivo?) tentativo di riconoscimento di danno effettivo la già indicata sentenza n. 19371/13 della Corte di cassazione, che fa applicazione, come detto diretta (non parametrica), dell'art. 32, commi 5/7, della legge n. 183/10³⁹⁷. L'art. 32, comma 5, presuppone però la conversione del contratto di lavoro, per cui certamente il danno liquidato non attiene alla perdita del posto di lavoro, non compensa il lavoratore pubblico della situazione di miglior favore in cui versa il lavoratore privato. In effetti la sentenza, pur segnalandosi per un primo tentativo di individuare una regola risarcitoria, presenta alcune incertezze. In particolare non è condivisibile la affermazione che *la distinzione tra il regime sanzionatorio del settore pubblico e di quello privato è stata*

³⁹⁵ Sulla ordinanza Affatato della Corte di giustizia v. W. Ferrante, Il divieto di conversione a tempo indeterminato dei contratti a termine nel pubblico impiego, in *Rass.avv.Stato*, 2011, 2 Sez., I, p.12-16; M. Borzaga, L'intervento legislativo sul caso Poste Italiane e le sanzioni contro l'abuso di contratti a termine nel pubblico impiego: la Corte di giustizia si pronuncia ancora sulle "peculiarità" dell'ordinamento italiano, in *Riv.it.dir.lav.*, 2011, II, p.859-865.

³⁹⁶ Risposta fornita, a seguito di una interrogazione scritta del Parlamentare europeo On. Rita Borsellino, dal Commissario europeo Laszlo Andor a nome della Commissione in data 10.5.10 (atto E-2354/10). <http://www.europarl.europa.eu/sides/get-Doc.do?type=WQ&reference=E-2010-2354&language=IT>

³⁹⁷ Peraltro quantomeno il comma 7 dell'art 32 sconta problemi di compatibilità eurounitaria evidenziati dalla Corte di giustizia nella sentenza Carratù.

più volte rimarcata dalla giurisprudenza della CGUE (cfr., *ex aliis*, sentenza 1° 10.2010, causa C-3/10, *Affatato*). Di contro la C.g.u.e. ha segnalato la mera possibilità e non necessità di distinguere il regime sanzionatorio, senza peraltro mai spiegare in cosa consisterebbe il settore pubblico³⁹⁸ ed evidenziando che la conformità della normativa interna non era un dato acquisito, ma doveva essere oggetto di puntuale verifica.

Meriterebbe un più approfondito inquadramento sistematico la affermazione che *va applicato d'ufficio (anche riguardo a rapporto intercorso con una pubblica amministrazione) l'art. 32 legge 4.11.10 n. 183, ... quale ius superveniens*. La affermazione si inquadra in quel solco giurisprudenziale teso all'ampiamiento, oltre lo stretto dettato normativo, delle ipotesi di applicazione della indennità risarcitoria³⁹⁹; nel caso di specie detto ampiamiento, pur possibile in via parametrica, appare impossibile in via diretta, visto il dettato normativo (*Nei casi di conversione del contratto a tempo determinato, il giudice condanna alla indennità risarcitoria*) e lascia sfornito di tutela risarcitoria gran parte del danno.

Comunque si tratta di un importantissimo primo passo, nel tentativo di fornire tutela a situazioni nelle quali la tutela è del tutto assente, pur dovendosi rimarcare che anche questa sentenza si caratterizza per il richiamo al principio del pubblico concorso, senza spiegare se nel caso concreto esso fosse necessario e non fosse stato espletato. Se era necessario il pubblico concorso, il contratto di lavoro poteva ben stimarsi contrario a principio fondamentale dell'Ordinamento (art. 97, comma 3, della Costituzione) e dunque affetto da nullità radicale: pertanto il danno non risarcibile. Se non era necessario, ovvero il concorso era stato espletato, il richiamo all'art. 97, comma 3, della Costituzione sarebbe erroneo e fuorviante. La verità è che il pubblico concorso è richiamato sovente senza ragione dalla giurisprudenza per spiegare una non convertibilità del contratto di lavoro a termine che, altrimenti, si fonderebbe solo sull'art. 36, comma 5, d.lgs. n. 165/01 ed, al massimo, sull'art. 97, comma 1, della Costituzione.

7. Il superamento dei 36 mesi.

Il legislatore ha introdotto la misura ostativa della *durata massima totale dei contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato successivi*, con la legge 24 dicembre 2007, n. 247, che ha modificato l'art. 5 del d.lgs. n. 368/01, introducendo il comma 4-bis (cfr art 1, comma 40, legge n. 247/07). Esso dispone:

4-bis. Ferma restando la disciplina della successione di contratti di cui ai commi precedenti, qualora per effetto di successione di contratti a termine per lo svolgimento di mansioni equivalenti il rapporto di lavoro fra lo stesso datore di lavoro e lo stesso lavoratore abbia complessivamente superato i trentasei mesi comprensivi di proroghe e rinnovi, indipendentemente dai periodi di

³⁹⁸ La questione è stata oggetto delle conclusioni dell'Avvocato generale nella causa C-313/10, *Jansen*, presentate il 15 settembre 2011. Questi ha ritenuto che solo la qualificazione giuridica del datore di lavoro, sia esso una persona di diritto privato o una persona di diritto pubblico, poco importi nell'ambito dell'applicazione della clausola 5 della direttiva 1999/70/Ce... il settore pubblico non dovrebbe rientrare nella nozione di «settori specifici» ai sensi della clausola 5, punto 1, dell'accordo quadro, poiché mansioni perfettamente identiche possono essere espletate dai dipendenti del settore pubblico e da quelli che lavorano nel settore privato... un'interpretazione della clausola 5, punto 1, lettera a), dell'accordo quadro che riservi una sorte particolare agli impieghi rientranti nel settore pubblico potrebbe condurre ad un livello di tutela dei lavoratori abbastanza variabile tra gli Stati membri, tenuto conto delle differenze esistenti per quanto riguarda segnatamente il ruolo rispettivo dei soggetti pubblici e dei soggetti privati nella prestazione di servizi di interesse generale... la portata della nozione di settore pubblico varia in maniera troppo ampia in relazione alle concezioni adottate nei vari Stati membri.

³⁹⁹ Corte di cassazione Sez.lav., sentenza n. 1148 del 17/01/2013, nonché Sez.lav., sentenza n. 13404 del 29/05/2013.

interruzione che intercorrono tra un contratto e l'altro, il rapporto di lavoro si considera a tempo indeterminato ai sensi del comma 2. In deroga a quanto disposto dal primo periodo del presente comma, un ulteriore successivo contratto a termine fra gli stessi soggetti può essere stipulato per una sola volta, a condizione che la stipula avvenga presso la direzione provinciale del lavoro competente per territorio e con l'assistenza di un rappresentante di una delle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale cui il lavoratore sia iscritto o conferisca mandato. Le organizzazioni sindacali dei lavoratori e dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale stabiliscono con avvisi comuni la durata del predetto ulteriore contratto. In caso di mancato rispetto della descritta procedura, nonché nel caso di superamento del termine stabilito nel medesimo contratto, il nuovo contratto si considera a tempo indeterminato (il comma è stato poi così modificato dal Decreto Legge 25 giugno 2008, n. 112, come convertito: Ferma restando la disciplina della successione di contratti di cui ai commi precedenti e fatte salve diverse disposizioni di contratti collettivi stipulati a livello nazionale, territoriale o aziendale con le organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, qualora per effetto di successione di contratti a termine per lo svolgimento di mansioni equivalenti il rapporto di lavoro fra lo stesso datore di lavoro e lo stesso lavoratore abbia complessivamente superato i trentasei mesi comprensivi di proroghe e rinnovi, indipendentemente dai periodi di interruzione che intercorrono tra un contratto e l'altro, il rapporto di lavoro si considera a tempo indeterminato ai sensi del comma 2. In deroga a quanto disposto dal primo periodo del presente comma, un ulteriore successivo contratto a termine fra gli stessi soggetti può essere stipulato per una sola volta, a condizione che la stipula avvenga presso la Direzione provinciale del lavoro competente per territorio e con l'assistenza di un rappresentante di una delle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale cui il lavoratore sia iscritto o conferisca mandato. Le organizzazioni sindacali dei lavoratori e dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale stabiliscono con avvisi comuni la durata del predetto ulteriore contratto. In caso di mancato rispetto della descritta procedura, nonché nel caso di superamento del termine stabilito nel medesimo contratto, il nuovo contratto si considera a tempo indeterminato).

Il comma 4-ter prevede espressamente una ipotesi di esenzione nella applicazione del comma 4-bis che però non riguarda la P.A.: quando il legislatore ha ritenuto di escludere la applicazione del comma 4-bis, lo ha fatto esplicitamente (*attività stagionali definite dal decreto del Presidente della Repubblica 7 ottobre 1963, n. 1525..., nonché di quelle che saranno individuate dagli avvisi comuni e dai contratti collettivi nazionali stipulati dalle organizzazioni dei lavoratori e dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative*).

Il comma 43 dell'art. 1 della legge n. 247/07 prevede una disciplina transitoria, statuendo che *in fase di prima applicazione delle disposizioni di cui ai commi da 40 a 42:*

a) i contratti a termine in corso alla data di entrata in vigore della presente legge continuano fino al termine previsto dal contratto, anche in deroga alle disposizioni di cui al comma 4-bis dell'articolo 5 del decreto legislativo 6 settembre 2001, n. 368, introdotto dal presente articolo;

b) il periodo di lavoro già effettuato alla data di entrata in vigore della presente legge si computa, insieme ai periodi successivi di attività ai fini della determinazione del periodo massimo di cui al citato comma 4-bis, decorsi quindici mesi dalla medesima data.

La nuova disciplina opera dunque, con valutazione dei periodi pregressi di lavoro, dal 1° aprile 2009.

Contemporaneamente il legislatore ha modificato il d.lgs. n. 368/01, con la contestuale legge n. 244, sempre del 24 dicembre 2007, vietando alla P.A. di procedere alla stipula di contratti a termine (cfr. il testo allora vigente a seguito della sostituzione operata dall'articolo 3, comma 78, legge n. 24 dicembre 2007, n.244). Il legislatore in particolare ha previsto:

1. Le pubbliche amministrazioni assumono esclusivamente con contratti di lavoro subordinato a tempo indeterminato e non possono avvalersi delle forme contrattuali di lavoro flessibile previste dal codice civile e dalle leggi sui rapporti di lavoro subordinato nell'impresa se non per esigenze stagionali o per periodi non superiori a tre mesi fatte salve le sostituzioni per maternità relativamente alle autonomie territoriali. Il provvedimento di assunzione deve contenere l'indicazione del nominativo della persona da sostituire.

2. In nessun caso è ammesso il rinnovo del contratto o l'utilizzo del medesimo lavoratore con altra tipologia contrattuale.

3. Le amministrazioni fanno fronte ad esigenze temporanee ed eccezionali attraverso l'assegnazione temporanea di personale di altre amministrazioni per un periodo non superiore a sei mesi, non rinnovabile.

4. Le disposizioni di cui ai commi 1, 2 e 3 non possono essere derogate dalla contrattazione collettiva....

È stato quindi previsto un divieto generalizzato di assunzioni a termine ed un divieto categorico di procedere al rinnovo del contratto con il medesimo lavoratore: la sanzione di cui all'art. 5, comma 4-bis, del d.lgs. n. 368/01, come contestualmente introdotta, non veniva dunque ad operare nei confronti della P.A., non in forza di una previsione normativa interna all'art. 5, ma *ab externo*, in forza dello specifico divieto di reiterazione nelle assunzioni di cui al d.lgs. n. 165/01.

Con il D.L. n. 112/08 è stato rimosso il divieto di reiterazione dei contratti di lavoro a termine previsto con la L. 244/07, con ciò eliminando l'ostacolo al verificarsi dell'evento sanzionato dall'art. 5, comma 4-bis, del d.lgs. n. 368/01 (il superamento dei 36 mesi). Lo stesso legislatore (con il medesimo D.L. n. 112/08) è intervenuto sulla specifica disciplina del contratto a termine (d.lgs. n. 368/01) con l'art. 21, inserendo da un lato l'art. 4-bis (poi dichiarato incostituzionale) e dall'altro operando proprio sull'art. 5, comma 4 bis, nonché sul comma 4-quarter⁴⁰⁰.

Anche la legge n. 102/09 sembra deporre nel senso della operatività dell'intero articolo 5, comma 4-bis, alla P.A. L'art. 17 ha modificato l'art. 36 del d.lgs. n. 165/01 prevedendo, al comma 5-bis, che *Le disposizioni previste dall'articolo 5, commi 4-quater, 4-quinquies e 4-sexies del decreto legislativo 6 settembre 2001, n. 368 si applicano esclusivamente al personale reclutato secondo le procedure di cui all'articolo 35, comma 1, lettera b), del presente decreto*. Il legislatore, intervenendo espressamente sul coordinamento tra l'art. 5 del d.lgs. n. 368/01 e l'art. 36 del d.lgs. n. 165/01 non ha ritenuto di dover escludere la operatività del comma 4-bis, ma solo di diversi e successivi commi del medesimo articolo 5, che peraltro sono stati inseriti dalla legge n. 247/07

⁴⁰⁰ Difficile sostenere un difetto di coordinamento tra norme quando il medesimo legislatore modifica l'art. 36 da una parte, rimuovendo il divieto alla stipula e rinnovo dei contratti a termine con la P.A., e modifica contestualmente proprio il comma 4-bis, senza prevedere alcun ostacolo alla sua operatività verso la P.A.

unitamente al comma 4-bis: difficile ipotizzare una dimenticanza (istituto che è bene ricordare sia assente tra i canoni di ermeneutica normativa) o un difetto di coordinamento tra norme. Il comma 4-bis, dunque, dovrebbe consequenzialmente applicarsi alla P.A.

Tralasciando le specifiche ed ulteriori disposizioni, nelle quali il legislatore ha espressamente previsto la inapplicabilità, per specifici settori della P.A., dell'art. 5, comma 4-bis (D.L. n. 134/09, in vigore dal 25.9.09 e legge di conversione 24 novembre 2009, n. 167; art 2, comma 6, del D.L. n. 225/10 convertito, senza modifiche sul punto, con Legge 26 febbraio 2011, n. 10), merita una menzione speciale l'art. 9, comma 18, del D.L. 13 maggio 2011, n. 70, come convertito, che prevede: *All'articolo 10 del decreto legislativo 6 settembre 2001, n. 368, dopo il comma 4 è aggiunto il seguente: «4-bis. Stante quanto stabilito dalle disposizioni di cui all'articolo 40, comma 1, della legge 27 dicembre 1997, n. 449, e successive modificazioni, all'articolo 4, comma 14-bis, della legge 3 maggio 1999, n. 124, e all'articolo 6, comma 5, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, sono altresì esclusi dall'applicazione del presente decreto i contratti a tempo determinato stipulati per il conferimento delle supplenze del personale docente ed ATA, considerata la necessità di garantire la costante erogazione del servizio scolastico ed educativo anche in caso di assenza temporanea del personale docente ed ATA con rapporto di lavoro a tempo indeterminato ed anche determinato. In ogni caso non si applica l'articolo 5, comma 4-bis, del presente decreto.»*. A contrario se ne ricava la applicabilità ad ogni altro settore⁴⁰¹.

Né sembra ipotizzabile che il comma 4-bis dell'art. 5 operi solo per la parte precettiva, e non in relazione alla sanzione costitutiva dallo stesso prevista. Infatti, come si è visto, la fattispecie predetta non presuppone la illegittimità di alcun contratto di lavoro a termine, ma solo un effetto costitutivo automatico. Proprio la strutturale mancata valutazione normativa dei contratti successivi in termini di illegittimità, non consente di ritenere risarcibile il danno ex art. 36, comma 5, che prevede, di contro, un contratto illegittimo: l'unica sanzione giuridicamente possibile sembra essere la costituzione del rapporto di lavoro.

8. L'abrogazione del risarcimento del danno.

Il legislatore interno, preoccupato dalla possibilità di risarcire i danni di cui all'art. 36, comma 5, d.lgs. n. 165/01 in tarda estate è intervenuto con il D.L. n. 101/13, convertito con L. n. 125/13, abolendo il risarcimento del danno in ipotesi di illegittima apposizione del termine al contratto di lavoro con la P.A. L'art. 36 per la parte ed i commi che interessano, statuisce:

2. Per rispondere ad esigenze di carattere esclusivamente temporaneo o eccezionale le amministrazioni pubbliche possono avvalersi delle forme contrattuali flessibili di assunzione e di impiego del personale previste dal codice civile e dalle leggi sui rapporti di lavoro subordinato nell'impresa, nel rispetto delle procedure di reclutamento vigenti. ... i contratti collettivi nazionali provvedono a disciplinare la materia dei contratti di lavoro a tempo determinato, ...in applicazione di quanto previsto dal decreto legislativo 6 settembre 2001, n. 368, ... nonché da ogni successiva modificazione o integrazione della relativa disciplina con riferimento alla individuazione dei contingenti di personale utilizzabile. ...Per prevenire fenomeni di precariato, le amministrazioni pubbliche, nel rispetto delle disposizioni del presente articolo, sottoscrivono contratti a tempo determinato con i

⁴⁰¹ Anche la Presidenza del Consiglio dei Ministri, Dipartimento della Funzione Pubblica, ritiene la applicabilità generalizzata dell'art 5, comma 4-bis, del d.lgs. n. 368/01, come da pareri del 21.12.09 e del 28.9.12.

vincitori e gli idonei delle proprie graduatorie vigenti per concorsi pubblici a tempo indeterminato...

5. In ogni caso, la violazione di disposizioni imperative riguardanti l'assunzione o l'impiego di lavoratori, da parte delle pubbliche amministrazioni, non può comportare la costituzione di rapporti di lavoro a tempo indeterminato con le medesime pubbliche amministrazioni, ferma restando ogni responsabilità e sanzione. Il lavoratore interessato ha diritto al risarcimento del danno derivante dalla prestazione di lavoro in violazione di disposizioni imperative. Le amministrazioni hanno l'obbligo di recuperare le somme pagate a tale titolo nei confronti dei dirigenti responsabili, qualora la violazione sia dovuta a dolo o colpa grave. I dirigenti che operano in violazione delle disposizioni del presente articolo sono responsabili anche ai sensi dell'articolo 21 del presente decreto. Di tali violazioni si terrà conto in sede di valutazione dell'operato del dirigente ai sensi dell'articolo 5 del decreto legislativo 30 luglio 1999, n. 286.

5-bis. Le disposizioni previste dall'articolo 5, commi 4-quater, 4-quinquies e 4-sexies del decreto legislativo 6 settembre 2001, n. 368 si applicano esclusivamente al personale reclutato secondo le procedure di cui all'articolo 35, comma 1, lettera b), del presente decreto.

5-ter. Le disposizioni previste dal decreto legislativo 6 settembre 2001, n. 368 si applicano alle pubbliche amministrazioni, fermi restando per tutti i settori l'obbligo di rispettare il comma 1, la facoltà di ricorrere ai contratti di lavoro a tempo determinato esclusivamente per rispondere alle esigenze di cui al comma 2 e il divieto di trasformazione del contratto di lavoro da tempo determinato a tempo indeterminato.

5-quater. I contratti di lavoro a tempo determinato posti in essere in violazione del presente articolo sono nulli e determinano responsabilità erariale. I dirigenti che operano in violazione delle disposizioni del presente articolo sono, altresì, responsabili ai sensi dell'articolo 21. Al dirigente responsabile di irregolarità nell'utilizzo del lavoro flessibile non può essere erogata la retribuzione di risultato.

È previsto dunque per i contratti a termine un meccanismo ostativo (comma 5-*quarter*) uguale a quello previsto dal comma 5, senza il solo risarcimento del danno. Si tratta di una disposizione speciale, relativa alle ipotesi di nullità della clausola appositiva del termine ed alle sue conseguenze, che cancella la previsione del risarcimento del danno.

Può dirsi sufficientemente la responsabilità erariale a contrastare la illegittima apposizione del termine al contratto di lavoro con la P.A.? Invero deve solo rilevarsi che l'assenza di danno risarcibile fa venir meno ogni efficacia dissuasiva alla previsione della responsabilità erariale, stante la conseguente assenza di danno erariale. D'altro canto neanche la precedente previsione del risarcimento del danno e, dunque, di possibile responsabilità erariale ha costituito, nella pratica, ostacolo alla crescita esponenziale del precariato pubblico di lunga durata.

Il comma 5-*quarter* prevede, altresì, la responsabilità dei dirigenti ai sensi dell'articolo 21 del d.lgs. n. 165/01 (responsabilità dirigenziale), accompagnata dal divieto di erogazione della retribuzione di risultato. Quanto alla prima conseguenza, essa è già presente nel comma 5; quanto alla seconda, peraltro già implicitamente presente nella responsabilità ex art. 21, deve domandarsi come, nella pratica, sia compatibile la mancata erogazione per un determinato periodo della retribuzione di risultato con i tempi complessivi necessari per l'accertamento definitivo della illegittimità della apposizione del termine a contratti di lavoro: quando l'accertamento interverrà la

retribuzione di risultato sarà presumibilmente già stata erogata. Il legislatore dunque, pur dichiarando opposte intenzioni, ha reso più agevole, per chi escluda la possibilità di costituire contratti a tempo indeterminato con la P.A., la conclusione di contratti a termine.

Dalla ordinanza Papalia emerge che responsabilità dirigenziale ed erariale non costituiscono misure ostative: infatti la Corte di giustizia nel riportare, nel corpo della ordinanza, la normativa interna ostativa (il comma 5 dell'art. 36) non ha riprodotto l'inciso relativo alla responsabilità dirigenziale⁴⁰² così mostrando di non ritenere che detta previsione costituisca misura ostativa. Appare essere dunque *ius receptum* (le statuizioni della C.g.u.e. integrano il precetto della disposizione interpretata, chiarificandolo) che responsabilità dirigenziale ed erariale non costituiscono misure ostative.

Deve pertanto ritenersi che il quadro normativo è stato reso ancor più insufficiente, vista la riduzione/cancellazione delle disposizioni ostative per effetto del comma 5-*quarter*, a conseguire il dovuto effetto ostativo, non realizzato neppure in precedenza, in presenza di una norma di maggiore efficacia come il comma 5.

Ove non si ritenga di accedere alla tesi che consente la costituzione dei contratti a termine per il superamento dei 36 mesi, sembra possibile evincere disposizione ostativa immediatamente applicabile nel combinato disposto di cui alle clausole 4 e 8, paragrafi 1 e 3, della direttiva 1999/70/Ce, facendo riferimento a quanto ha detto la Corte di giustizia nella causa Carratù.

Infatti visto che la clausola 8, punto 1, dell'accordo quadro dispone che «[g]li Stati membri e/o le parti sociali possono mantenere o introdurre disposizioni più favorevoli per i lavoratori di quelle stabilite nel presente accordo», le conseguenze della illegittima interruzione del rapporto di lavoro a termine sono "coperte" dalla clausola predetta, in ragione della equiparazione/assimilazione operata dall'Ordinamento interno con l'interruzione illegittima del rapporto di lavoro a tempo indeterminato.

È sempre possibile regredire le tutele nei limiti delle previsioni di cui alla clausola di non regresso (in particolare clausola 8, punto 3, della direttiva 1999/70/Ce), come ha fatto il legislatore con il comma 5-*quarter* dell'art. 36 del d.lgs. n. 165/01. La riduzione del livello di tutela, operata in applicazione di disposizioni dell'Ordinamento europeo, rientrante tra le misure nazionali intese a garantire che l'obiettivo perseguito dalla direttiva possa essere raggiunto, può essere operata solo ove la finalità perseguita sia legittimità⁴⁰³.

Ecco che la regressione significativa delle tutele, che si evince dal comma 5-*quarter* dell'art. 36, con elisione della principale misura ostativa alla stipula e reiterazione di contratti a termine illegittimi, potrebbe essere ritenuta contraria ai principi espressi nella sentenza Carratù.

⁴⁰² Il comma 5 è così riportato: In ogni caso, la violazione di disposizioni imperative riguardanti l'assunzione o l'impiego di lavoratori, da parte delle pubbliche amministrazioni, non può comportare la costituzione di rapporti di lavoro a tempo indeterminato con le medesime pubbliche amministrazioni, ferma restando ogni responsabilità e sanzione. Il lavoratore interessato ha diritto al risarcimento del danno derivante dalla prestazione di lavoro in violazione di disposizioni imperative (...).

⁴⁰³ La finalità perseguita potrebbe non rientrare tra le legittime finalità di politica sociale che consentono la regressione delle tutele, (di talché sarebbe ipotizzabile la perdurante operatività della precedente tutela perché conforme alla clausola 4, in combinato disposto con la clausola 8, punto 1), posto che la disposizione pone a carico della parte che ha ragione i tempi, anche non brevi, del processo, rendendo così ipotizzabile la violazione del principio del giusto processo.

9. La costituzione del rapporto di lavoro oggi: che fine hanno fatto le misure ostative?

A fronte della previsione di cui al comma 5-*quarter* dell'art. 36 del d.lgs. n. 165/01, residua, a fini ostativi, la astratta possibilità di costituzione del contratto a tempo indeterminato. È possibile tale soluzione nell'attuale assetto normativo?

Il legislatore della tarda estate 2013 ha modificato l'art. 7 dello stesso d.lgs. n. 165/01, aggiungendo un inciso al comma 6: *Il ricorso a contratti di collaborazione coordinata e continuativa per lo svolgimento di funzioni ordinarie o l'utilizzo dei collaboratori come lavoratori subordinati è causa di responsabilità amministrativa per il dirigente che ha stipulato i contratti... Si applicano le disposizioni previste dall'articolo 36, comma 3, del presente decreto e, in caso di violazione delle disposizioni di cui al presente comma, fermo restando il divieto di costituzione di rapporti di lavoro a tempo indeterminato, si applica quanto previsto dal citato articolo 36, comma 5-*quarter*.*

Lo stesso legislatore (quello del D.L. n. 101/13, convertito con legge n. 125/13) distingue, dunque, la trasformazione del contratto di lavoro da tempo determinato a tempo indeterminato dalla costituzione di rapporti di lavoro a tempo indeterminato

Quella di cui all'art. 5, comma 4-*bis*, è costituzione e non trasformazione e, pertanto, se la tecnica normativa vuol dire ancora qualcosa, la costituzione suddetta non sembra vietata dall'art. 36, d.lgs. n. 165/01 che riguarda il solo divieto di trasformazione.

Ed allora o si conclude che dalla adozione del D.L. n. 101/13⁴⁰⁴, in pendenza di plurime procedure di infrazione⁴⁰⁵ ed in un quadro normativo ad accertata illegittimità eurounitaria⁴⁰⁶, l'Italia abbia scelto di violare in maniera ancor più palese il diritto europeo⁴⁰⁷, ovvero si deve percorrere l'opzione interpretativa della costituzione del contratto, visti i plurimi indici normativi in tal senso.

Seguendo la seconda opzione interpretativa la *ratio* della previsione di un diverso quadro normativo estivo appare ovvia: si è normato un principio antagonistico alla mancata conversione e che, invero, era già nel sistema. Esso è contenuto nel comma 2, penultimo periodo, dell'art. 36 del d.lgs. n. 165/01, come modificato dal D.L. n. 101/13: *Per prevenire fenomeni di precariato, le amministrazioni pubbliche, nel rispetto delle disposizioni del presente articolo, sottoscrivono contratti a tempo determinato con i vincitori e gli idonei delle proprie graduatorie vigenti per concorsi pubblici a tempo indeterminato.*

Vi è preliminarmente da rilevare come non si comprenda in quale modo questa previsione possa prevenire fenomeni di precariato se non accompagnata da una sanzione: essa non potrebbe che essere la costituzione del rapporto di lavoro, posto che il risarcimento del danno è stato abrogato. La conclusione sarebbe del tutto coerente con la circostanza che la procedura di reclutamento, per l'impiego a tempo determinato ed indeterminato, è assolutamente la stessa, per cui non si porrebbe alcun problema di mancata effettuazione di una procedura di accesso corretta (non vi

⁴⁰⁴ Cfr. V. De Michele, Le ordinanze pregiudiziali Ue della Costituzionale, della Cassazione e dei Tribunali di Aosta e Napoli sugli abusi permanenti del legislatore nella successione delle discipline che dovrebbero regolare i contratti a tempo determinato, pubblicato il 20 ottobre 2013 su <http://www.europeanrights.eu/>.

⁴⁰⁵ Cfr. parere del 20 giugno 2012 della XIV Commissione permanente parlamentare per i rapporti con l'Unione europea nel quale viene segnalata la pendenza delle proc. n. 2010/2045 e n. 2010/2124.

⁴⁰⁶ Ancora C.g.u.e., ordinanza Papalia.

⁴⁰⁷ Con l'unica previsione favorevole al precariato di una procedura di stabilizzazione legata alla individuazione di fondi ed alla individuazione di fabbisogno di personale, nonché prevista solo a causa della costrizione costituita dalle pregiudiziali pendenti.

sarebbe alcun problema di mancato rispetto dell'art. 97, comma 3, della Costituzione). Peraltro anche prima della adozione di detta disposizione mai è stato ipotizzato che contratti a termine senza procedure di selezione (concorso o equiparate), previste dall'art. 35 del d.lgs. n. 165/01, consentissero di computare i periodi di lavoro conseguenti nei 36 mesi necessari alla costituzione del rapporto di lavoro. Dopo il 31.1.13 è indubitabile che la procedura selettiva (concorso pubblico o equiparata) per i precari ed i non precari sia la stessa e che da detta previsione debba derivare l'effetto di *prevenire fenomeni di precariato*: non è dato comprendersi come l'effetto sarebbe realizzabile, se non con la costituzione del rapporto di lavoro.

Deve inoltre rilevarsi come i contratti sanzionati dal comma 5 dell'art. 36, d.lgs. n. 165/01 siano contratti illegittimi, mentre per quelli di cui al comma 4-bis dell'art. 5 del d.lgs. n. 368/01 non vi è alcuna valutazione in termini di illegittimità (nessuna violazione di norma di legge è prevista dalla norma), per cui nessun risarcimento del danno appare configurabile sulla base dell'art. 36, d.lgs. n. 165/01 *ante* modifica del 31.8.13.

Il legislatore sembra dunque aver abbandonato definitivamente la opzione risarcitoria, in favore della conversione.

Deve d'altro canto sottolinearsi che il risarcimento del danno in Italia era oggettivamente di difficile configurabilità secondo i canoni del diritto civile comune (Cassazione, sentenza n. 392/12)⁴⁰⁸ e comportava il dover sostenere tesi invero peculiari (come prefigurare il concorso pubblico per il bagnino trimestrale: Cass., sentenza n. 4417/12). Ancora portava a conseguenze risarcitorie estreme, in ipotesi di contratti brevissimi, come il riconoscimento di un danno pari a 12 mensilità in favore di un solo contratto trimestrale (sempre sentenza n. 4417/12)⁴⁰⁹. Consentiva altresì di ipotizzare, astraendo la costituzione del contratto a tempo indeterminato dal piano delle conseguenze della violazione del d.lgs. n. 368/01, l'obbligo di risarcire il danno anche per i lavoratori assunti attraverso i processi di stabilizzazione del precariato pubblico succedentisi dalle leggi finanziarie n.296/2006 e n.244/2007 in poi⁴¹⁰.

Deve inoltre darsi atto che il superamento dei 36 mesi, ove si ritenga il contratto che supera detto limite illegittimo (non si vede come, ma così alcuni commentatori), rende possibile ipotizzare il risarcimento del danno per ognuno di essi. Infatti il risarcimento del danno non elide i periodi pregressi, conseguendo, in tale ottica, il danno ad ogni contratto successivo.

Posti i 250.000 lavoratori a termine extrascolastici con oltre 36 mesi, anche applicando la sola indennità risarcitoria del Collegato lavoro per ogni contratto successivo, si ha un danno pari a

⁴⁰⁸ Pres.est. Vidiri. La sentenza viene definita strana e censurata da L. Menghini, La conversione giudiziale dei reiterati contratti a termine con le p.a.: il rilievo del principio di non discriminazione, cit. Il lavoratore Angileri che non ha ottenuto né riqualificazione del rapporto di lavoro né risarcimento del danno ha proposto il ricorso n.44205/2012 alla Corte europea dei diritti dell'uomo, depositato tempestivamente il 12 luglio 2012. Il giudizio è tuttora pendente.

⁴⁰⁹ Cass., Sez. lav., Pres. Lamorgese, Est. Napoletano, sent. 20 marzo 2012, n.4417.

⁴¹⁰ In tal senso tutte le sentenze della Corte costituzionale in tema di stabilizzazioni che, nel dichiarare incostituzionali le leggi regionali in materia di stabilizzazione (n. 215 e n. 293 del 2009, nonché n. 42 del 2011 e la n. 277 del 2013), per violazione del principio del pubblico concorso, non hanno in alcun modo verificato il rapporto tra art. 97, comma 3, della Costituzione con gli obblighi derivanti dal diritto dell'U.E. (direttiva 1999/70/Ce) e dunque il rispetto dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario (artt. 11 e 117 della Costituzione).

(ipotizzando solo la misura minima di 2,5 mensilità di retribuzione⁴¹¹, una retribuzione lorda di soli € 1.600,00 mensili ed un minimo di spese legali, ovvero € 5.000,00 a precario) la non sostenibile somma di € 1.250.000.000,00 per anno (calcolata su 15 mensilità si hanno € 6.000.000.000,00).

Secondo le diverse stime della Ragioneria Generale dello Stato⁴¹² i precari sarebbero 260.000, considerate tutte le forme di flessibilità, di cui 130.000 i precari nella scuola, 115.000 nella sanità e negli enti locali e 15.000 nelle amministrazioni centrali. A considerare i soli 130.000 (*rectius* sarebbero 150.000 dovendosi considerare gli esclusi Professori universitari a contratto per 60 ore annue e i ricercatori assegnisti pari a circa 20.000 unità) così stimati si arriva sempre ad una spesa di € 650.000.000,00 annui (€ 3.120.000.000,00 se calcolate 15 mensilità).

Le stabilizzazioni, nel solo triennio 2008/2010, ammontano, senza contare il personale scolastico immesso in ruolo, a 49.999 unità⁴¹³, con possibile risarcimento del danno per € 249.995.000,00 (sempre stimato nella misura più bassa possibile; € 1.199.976.000,00 se calcolate 15 mensilità).

Non appare quindi casuale una possibile scelta del legislatore nel senso della costituzione di rapporti di lavoro a tempo indeterminato per persone che hanno lavorato, lavorano e, presumibilmente, lavoreranno comunque.

Deve osservarsi la natura effettiva della misura: il sistema di reclutamento del personale non consente il mutamento del precario a 35 mesi e 29 giorni, visto l'oggettivo criterio selettivo (graduatorie), che non consente il mutamento a piacimento del precario. Il meccanismo rappresenta dunque, una categoria di misura che consente, pur esaminando *di volta in volta tutte le circostanze del caso concreto, prendendo in considerazione, segnatamente, il numero di tali contratti successivi stipulati con lo stesso soggetto oppure per lo svolgimento di uno stesso lavoro, di escludere che i rapporti di lavoro a tempo determinato siano utilizzati in modo abusivo dai datori di lavoro* (sentenza Angelidaki cit., punto 157, ed ordinanza Vassilakis e a., cit., punti 115 117).

D'altro canto detta conclusione potrebbe essere "certificata" dalla Corte di giustizia nella decisione della causa Mascolo⁴¹⁴ ed altri, nonché Napolitano⁴¹⁵.

⁴¹¹ Attualmente la maggior parte della giurisprudenza di merito lo calcola tra le 15 e le 20 mensilità di retribuzione.

⁴¹² http://www.rgs.mef.gov.it/VERSIONE-I/RGS-comuni/Note-per-I/2013/2013_conto_annuale/

Peraltro, ad una lettura della "Sintesi dei dati del periodo 2007-2012", alla nota 2, si legge: il personale a tempo determinato non comprende i "supplenti brevi" della scuola dei quali si rileva solo la spesa, mentre il per il personale a tempo determinato annuale e fino al termine delle attività didattiche è stato considerato nel totale degli occupati a tempo indeterminato in quanto è assunto a copertura di posti di organico vacanti. Sono esclusi dal calcolo i Professori universitari a contratto (per 60 ore annue) e i ricercatori assegnisti pari a circa 20.000 unità.

La Ragioneria Generale dello Stato evidenzia che i precari scolastici con contratto annuale coprono posti in organico vacanti.

⁴¹³ Corte dei Conti, sezioni riunite in sede di controllo: Relazione 2012 sul costo del lavoro pubblico. Cfr. pag. 147, Stabilizzazioni nel pubblico impiego per comparto e per categorie di personale, tabella 1.

⁴¹⁴ Sollevate dal Tribunale di Napoli con ordinanze 2/15.1.13; C.g.u.e., C-22/13 e da C-61/13 a C-63/13, Mascolo e a. (Mascolo, C-61/13, Forni, C-62/13, Racca, e C-63/13, Russo, poi riunite).

⁴¹⁵ Sollevata dalla Corte costituzionale con ordinanza n. 207 del 3-18 luglio 2013, causa C-418/13, Napolitano. Questi i quesiti posti: 1) se la clausola 5, punto 1, dell'accordo quadro CES, UNICE e CEEP sul lavoro a tempo determinato, allegato alla direttiva del Consiglio 28 giugno 1999, n. 1999/70/CE 1, debba essere interpretata nel senso che osti all'applicazione dell'art. 4, commi 1, ultima proposizione, e 11, della legge 3 maggio 1999, n. 124 (Disposizioni urgenti in materia di personale scolastico) – i quali, dopo aver disciplinato il conferimento di supplenze annuali su posti «che risultino effettivamente vacanti e disponibili entro la data del 31 dicembre», dispongono che si provveda mediante il conferimento di supplenze annuali, «in attesa dell'espletamento delle procedure concorsuali

Preliminarmente la causa C-63/13 riguarda il precariato pubblico in generale ed in specie il precariato degli asili comunali, cui non si applica la disciplina del settore scolastico. Il legislatore, accortosi di ciò solo dopo la proposta questione pregiudiziale, ha aggiunto⁴¹⁶ all'articolo 10, comma 4-bis, del d.lgs. n. 368/01 il seguente periodo: «*Per assicurare il diritto all'educazione, negli asili nidi e nelle scuole dell'infanzia degli enti locali, le deroghe di cui al presente comma si applicano, nel rispetto del patto di stabilità e dei vincoli finanziari che limitano per gli enti locali la spesa per il personale e il regime delle assunzioni, anche al relativo personale educativo e scolastico*».

Si escludono dunque dalla applicazione del d.lgs. n. 368/01, oltre che i contratti a tempo determinato stipulati per il conferimento delle supplenze del personale docente ed ATA,⁴¹⁷ anche quelli degli asili degli Ee.Ll. ed *in ogni caso non si applica l'articolo 5, comma 4-bis, del d.lgs. n. 368/01.*

La prima questione proposta riguarda quando debba ritenersi che un rapporto di lavoro sia alle dipendenze dello "Stato", ai sensi della clausola 5 della direttiva 1999/70/Ce ed in particolare anche dell'inciso "settori e/o categorie specifiche di lavoratori" e quindi sia atto a legittimare conseguenze differenti rispetto ai rapporti di lavoro privati.

Si tratta di una questione che riprende le conclusioni dell'Avvocato generale Jääskinen nella causa Jansen (C-313/10) che non è stata decisa dalla C.g.u.e. perché *il procedimento principale era divenuto privo di oggetto*⁴¹⁸ (la Germania il precario pubblico lo aveva nel frattempo probabilmente assunto dopo una sentenza di primo grado di riqualificazione come rapporto a tempo indeterminato). L'Avvocato generale, dopo aver rilevato che per giurisprudenza costante della Corte le conseguenze dell'abuso per lo Stato possono essere diverse da quelle previste per i privati (trattamento differenziato), evidenzia che mai è stato indicato cosa si intenda per Stato ovvero settore pubblico.

La clausola 5, punto 1, dell'accordo quadro autorizza chiaramente gli Stati membri a tener conto delle caratteristiche proprie a taluni settori, che sono inerenti alle attività specifiche. Nelle varie versioni linguistiche della clausola 5, punto 1, dell'accordo quadro la dizione più corretta appare essere «determinati rami», e non «settori specifici» come nel testo italiano, e tale terminologia rinvia più a suddivisioni professionali quali l'industria, l'industria automobilistica, la siderurgia, la banca, le assicurazioni, o ancora a mio parere la metallurgia, la navigazione, il commercio al dettaglio, la sanità, ecc., piuttosto che ad una ramificazione che permetta di opporre il settore privato e il settore pubblico...La nozione utilizzata in tale clausola 5 deve essere interpretata con riferimento ai criteri pertinenti del diritto del lavoro collettivo, sapendo che il concetto economico di «ramo» è in particolare utilizzato per determinare l'ambito di applicazione professionale di contratti collettivi di lavoro.

per l'assunzione di personale docente di ruolo» – disposizione la quale consente che si faccia ricorso a contratti a tempo determinato senza indicare tempi certi per l'espletamento dei concorsi e in una condizione che non prevede il diritto al risarcimento del danno; 2) se costituiscano ragioni obiettive, ai sensi della clausola 5, punto 1, della direttiva 28 giugno 1999, n. 1999/70/CE, le esigenze di organizzazione del sistema scolastico italiano come sopra delineato, tali da rendere compatibile con il diritto dell'Unione europea una normativa come quella italiana che per l'assunzione del personale scolastico a tempo determinato non prevede il diritto al risarcimento del danno.

⁴¹⁶ Cfr. art. 4, comma 11, del D.L. 31 agosto 2013, n. 101, come convertito con modificazioni dalla L. 30 ottobre 2013, n. 125.

⁴¹⁷ Già esclusi in forza della introduzione del comma 4-bis all'art 10 del d.lgs. n. 368/01 ad opera del Decreto-Legge 13 maggio 2011, n. 70, convertito, con modificazioni, dalla L. 12 luglio 2011, n. 106.

⁴¹⁸ C.g.u.e. ordinanza del Presidente della II Sezione della Corte del 25 ottobre 2011.

Ad avviso dell'A.G. non è consentita una differenziazione delle misure ostative a fronte di mansioni perfettamente identiche che *possono essere espletate dai dipendenti del settore pubblico e da quelli che lavorano nel settore privato.*

Un'interpretazione della clausola 5, punto 1, lettera a), dell'accordo quadro che riservi una sorte particolare agli impieghi rientranti nel settore pubblico potrebbe condurre ad un livello di tutela dei lavoratori abbastanza variabile tra gli Stati membri, tenuto conto delle differenze esistenti per quanto riguarda segnatamente il ruolo rispettivo dei soggetti pubblici e dei soggetti privati nella prestazione di servizi di interesse generale.

Di contro le «*esigenze di settori specifici*» di cui alla clausola 5 dell'accordo quadro dev'essere collegata all'«*attenzione particolare*» di cui ha chiaramente formato oggetto «*la situazione specifica delle piccole e medie imprese*» (PMI) al momento dell'elaborazione del testo dell'accordo quadro, conformemente all'articolo 137, paragrafo 2, CE (divenuto articolo 153 TFUE).

Seguendo detto ragionamento vi è da chiedersi quando vi sia Stato ai fini della differenziazione anche delle conseguenze dell'abuso e, dunque, se del concetto di Stato debba trarsi una interpretazione restrittiva, limitata alle funzioni essenziali dello stesso⁴¹⁹, per cui una differenziazione delle conseguenze sia possibile solo in relazione a detti settori.

Nella causa Affatato le difese dello Stato sono state intese dalla Corte di giustizia⁴²⁰ nel senso che sarebbe stata rappresentata la circostanza che, decorsi 36 mesi, in forza dell'art. 5, comma 4-*bis*, del d.lgs. n. 368/01 fosse possibile la costituzione del rapporto di lavoro con datore di lavoro pubblico. Invero si tratta di tesi⁴²¹ che, ad avviso di chi scrive, appare sostenibile, ma che ha trovato la ferma (e poco motivata) opposizione della Corte di cassazione (sentenza n. 392/12). Detta

⁴¹⁹Di certo difesa, giustizia, polizia, funzionamento degli organi essenziali, esteri.

⁴²⁰Ordinanza Affatato, punto 48: A tale proposito, nelle sue osservazioni scritte il governo italiano ha sottolineato, in particolare, che l'art. 5 del d.lgs. n. 368/2001, quale modificato nel 2007, al fine di evitare il ricorso abusivo ai contratti di lavoro a tempo determinato nel settore pubblico, ha aggiunto una durata massima oltre la quale il contratto di lavoro è ritenuto concluso a tempo indeterminato e ha introdotto, a favore del lavoratore che ha prestato lavoro per un periodo superiore a sei mesi, un diritto di priorità nelle assunzioni a tempo indeterminato. Inoltre, l'art. 36, quinto comma, del d.lgs. n. 165/2001, come modificato nel 2008, prevedrebbe, oltre al diritto del lavoratore interessato al risarcimento del danno subito a causa della violazione di norme imperative e all'obbligo del datore di lavoro responsabile di restituire all'amministrazione le somme versate a tale titolo quando la violazione sia dolosa o derivi da colpa grave, l'impossibilità del rinnovo dell'incarico dirigenziale del responsabile, nonché la presa in considerazione di detta violazione in sede di valutazione del suo operato.

⁴²¹Cfr. ex pluribus, L. Menghini, La successione dei contratti a termine con la P.A. e le supplenze scolastiche: diritto interno e diritto europeo, in RGL, 2012, 699 ss.; nonché Lavoro flessibile e lavoro precario alle dipendenze delle Pubbliche Amministrazioni, relazione al Seminario di formazione tenutosi a Scandicci il 27-29 maggio 2013 su "Lavoro flessibile, lavoro precario, lavoro diffuso: dove va il diritto del lavoro?", organizzato dalla Scuola superiore della Magistratura, 1-35 del manoscritto, cit.; La conversione giudiziale dei rapporti precari con le p.a.: cadono molte barriere, in LG, n. 9, 2011; Il lavoro a termine, in I contratti di lavoro, di A. Vallebona (a cura di), in Trattato dei contratti, Torino, 2009, I, 1146; M.A. La Notte Chirone, Quale tutela per i precari del pubblico impiego: spunti per una riflessione, su RGL, 2012, 735 ss.; V. De Michele, Il dialogo tra Corte di Giustizia e Giudice nazionale in materia di precariato pubblico, ivi, 2012, 755 ss.; nonché, Il Tribunale aquilano demolisce la sentenza antispread della Cassazione sul precariato scolastico, in LG, 8/9, 2012, 777 e ss.; N. Zampieri, Sull'applicabilità del principio della conversione a tempo indeterminato del rapporto di impiego a termine stipulato da un Ente Locale in violazione del decreto legislativo n. 368/2001, in RU, n. 6/2002; nonché, Lo stato dell'arte sull'abuso del contratto a termine nel pubblico impiego contrattualizzato, in D&L - Rivista di Diritto del Lavoro, n. 4/2010 p. 955- 974; stesso A., Il rapporto di lavoro a termine, la sentenza Affatato e il Collegato lavoro in RU, 1/2011, pp. 138 e ss.; L. Zoppoli, La flessibilità nel lavoro pubblico, in Il contratto a termine nel lavoro privato e pubblico, a cura di M. D'Onghia e M. Ricci, Milano, 2009, p. 219. Per una eccellente ricostruzione del quadro normativo interno nella comparazione con la disciplina spagnola, v. A. Olivieri, La successione di contratti a tempo determinato nella p.a.: la via spagnola e quella italiana, su Lpa, 2013, p.769 ss.

opzione interpretativa reca come sua conseguenza *che quanto dichiarato dall'Italia nella causa Affatato non sia rispondente al vero. La stessa Corte di cassazione però non ha esaminato in alcun modo gli obblighi derivati dal principio di leale cooperazione e ha lasciato, consequenzialmente, irrisolta la perplessità che in tal modo si determini la violazione di uno dei principi fondanti l'U.E.*⁴²².

Posto che, di contro, la opzione interpretativa della difesa erariale, come intesa dalla Corte di giustizia nella causa Affatato, potrebbe ritenersi pienamente soddisfattiva degli obblighi di cui alla direttiva 1999/70/Ce, è stato chiesto alla C.g.u.e. se, in forza del principio di leale cooperazione⁴²³, ad uno Stato *sia vietato rappresentare in un procedimento pregiudiziale interpretativo alla Corte di giustizia dell'Unione europea un quadro normativo interno volutamente non corrispondente al vero ed il giudice sia obbligato, in assenza di una diversa interpretazione del diritto interno ugualmente soddisfattiva degli obblighi derivanti dalla appartenenza alla Unione europea, ad interpretare, ove possibile, il diritto interno conformemente alla interpretazione offerta dallo Stato.* La risposta potrebbe indurre le Corti interne a fare propria la (ad avviso di chi scrive probabilmente corretta) interpretazione illustrata dall'Italia nella causa Affatato e risolvere, almeno parzialmente, i problemi derivati dalle procedure di infrazione e dagli insostenibili costi del risarcimento del danno.

Nelle pregiudiziali scolastiche sollevate dal Tribunale di Napoli è stato richiesto se il contesto normativo del settore scuola costituisca misura equivalente ai sensi della clausola 5 della direttiva 1999/70/Ce e nello stesso senso, come visto, i quesiti, proposti successivamente, dalla Corte costituzionale. È stato altresì richiesto di deliberare se la disposizione interpretativa/retroattiva di cui al comma 4-bis all'art. 10 del d.lgs. n. 368/01, atta ad alterare le conseguenze dei processi in corso danneggiando direttamente il lavoratore a vantaggio del datore di lavoro – Stato *sia contraria ai principi generali del vigente diritto comunitario della certezza del diritto, della tutela del legittimo affidamento, della uguaglianza delle armi del processo, dell'effettiva tutela giurisdizionale, a un tribunale indipendente e, più in generale, a un equo processo, garantiti dall'art. 6, n. 2, del Trattato sull'Unione europea (così come modificato dall'art. 1.8 del Trattato di Lisbona e al quale fa rinvio l'art. 46 del Trattato sull'Unione) – in combinato disposto con l'art. 6 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950, e con gli artt. 46, 47 e 52, n. 3, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000, come recepiti dal Trattato di Lisbona.*

Si tratta della ennesima riproposizione di questione, mai deliberata dalla C.g.u.e.⁴²⁴

Sul punto la Commissione, nelle sue osservazioni scritte, ha preso una posizione decisa e contraria alla possibilità di incidere retroattivamente sui processi in corso in *subiecta materia* perché *la semplice esigenza di chiarire una disposizione anteriore e di salvaguardare l'intenzione iniziale del legislatore non costituisce di per sé un'esigenza imperativa di interesse generale sufficiente a giustificare l'adozione di una norma interpretativa retroattiva che influisca sull'esito dei giudizi pendenti ove l'adozione di tale norma non fosse in qualche modo prevedibile per gli interessati e*

⁴²² Tribunale di Napoli, ordinanza 29.1.13, punto 74, causa C-63/13, Russo.

⁴²³Cfr. tra le tantissime, sentenza 13 novembre 1999, causa C-106/89, Marleasing, punti 8-9; sentenza 16 giugno 2005, causa C-105/03, Pupino, punti 43-47.

⁴²⁴ Cfr. causa Carratù, ma già ben prima C.g.u.e., causa C-108/10, Scattolon, che proprio per risolvere detta questione era stata assegnata alla Grande sezione.

ragioni di carattere puramente finanziario non costituiscono, di per sé e salvo casi estremi, motivi imperativi di interesse generale sufficienti.

Quanto al motivo imperativo di interesse generale che giustificerebbe l'adozione del decreto legge n. 70/2011, risulta dal testo stesso di tale decreto che l'esclusione del settore della scuola dal campo di applicazione della disciplina generale sulla conversione del contratto a termine illegittimo in contratto a durata indeterminata, si giustificerebbe alla luce della necessità di garantire la costante erogazione del servizio scolastico ed educativo anche in caso di assenza temporanea del personale docente ed ATA con rapporto di lavoro a tempo indeterminato o determinato. Come sopra osservato, sul carattere oggettivo di tale giustificazione si possono tuttavia nutrire fieri dubbi.

Ciò posto, se le osservazioni della Commissione dovessero essere accolte, il comma 4-bis dell'art. 10 del d.lgs. n. 368/01 dovrebbe essere oggetto di non applicazione in relazione alle fattispecie temporalmente antecedenti alla sua introduzione, in ragione del contrasto con il principio generale espresso nell'art. 6 C.e.d.u.

10. Il settore scuola

Si è dunque così giunti al settore scolastico, cui è applicabile il d.lgs. n. 368/01.

L'art. 70, comma 8, d.lgs. n.165/2001 statuisce: *Le disposizioni del presente decreto si applicano al personale della scuola. Restano ferme le disposizioni di cui all' articolo 21 della legge 15 marzo 1997, n. 59 e del decreto legislativo 12 febbraio 1993, n. 35*⁴²⁵. Sono fatte salve le procedure di reclutamento del personale della scuola di cui al decreto legislativo 16 aprile 1994, n. 297 e successive modificazioni ed integrazioni. La disposizione conferma testualmente l'applicazione del d.lgs. n.368/2001, perchè richiamato dall'art. 36, comma 1, d.lgs. n.165/2001⁴²⁶.

Deve solo incidentalmente rilevarsi che la salvezza delle (sole) procedure di reclutamento, non è incompatibile con la applicazione dell'art. 5, comma 4-bis, del d.lgs. n. 165/01, non essendo necessario effetto automatico della applicazione delle procedure di reclutamento il superamento dei 36 mesi (diversamente la procedura di reclutamento e la continuità didattica rendono incompatibili la a-causalità dei contratti e la disciplina delle proroghe ovvero della distanza ravvicinata tra i contratti). Sarebbe quasi ultroneo osservare (ma è necessario vista Cass.n. 10127/12) che altro è il reclutamento, ovvero la disciplina delle modalità di scelta del lavoratore da assumere, altro la disciplina del rapporto, se del caso a tempo determinato. Nessun commentatore ha mai ritenuto che, in ragione dell'art. 70, d.lgs. n. 165/2001 nel settore scolastico non fossero applicabili le norme in materia di *part-time*: non si vede come dalla predetta disposizione si possa trarre la conseguenza della inapplicabilità della disciplina del rapporto di lavoro relativa al contratto a termine nella sua interezza.

Se si accedesse alla tesi della inapplicabilità del d.lgs. n. 368/01, si dovrebbe concludere che, nello specifico ambito della Scuola, la direttiva 1999/70/CE non trova applicazione: in particolare non sarebbe prevista alcuna misura ostativa alla libera reiterazione dei contratti di lavoro (in contrasto con la clausola 5 della direttiva 1999/70/Ce).

⁴²⁵ Questa parte della disposizione è dimenticata dalla sentenza n. 10127 del 20/06/2012 della Corte di cassazione.

⁴²⁶ Contra Corte di cassazione Sez. lav., sentenza n. 10127 del 20/06/2012, su LG, n.8-9, 2012, p.777 ss., con nota di V. De Michele, Il tribunale aquilano demolisce la sentenza antispread della Cassazione sul precariato scolastico.

Infatti ai sensi dell'art. 4 del d.lgs. n. 124/99 (commi 11 e 1) è possibile la assunzione a termine (incarichi) anche su posti vacanti; detta disciplina è specificata dal Decreto (Inter)Ministeriale del 13 dicembre 2000, n. 430, che prevede (art. 1): «*nei casi in cui non sia stato possibile assegnare sulle disponibilità di posti di personale amministrativo, tecnico e ausiliario, personale soprannumerario in utilizzazione o, a qualsiasi titolo, personale con contratto a tempo indeterminato, si dispone con:*

- a) supplenze annuali, per la copertura dei posti vacanti, disponibili entro la data del 31 dicembre, e che rimangono presumibilmente tali per tutto l'anno scolastico;*
- b) supplenze temporanee sino al termine delle attività didattiche, per la copertura di posti non vacanti, di fatto disponibili entro la data del 31 dicembre e fino al termine dell'anno scolastico;*
- c) supplenze temporanee, per ogni altra necessità di supplenza diversa dai casi precedenti secondo quanto specificato all'articolo 6.».*

Appare evidente che per i contratti a termine in forza della disciplina specifica non è statuito l'obbligo di specificazione delle ragioni oggettive di cui all'art.1 d.lgs. n. 368/01, non è possibile la applicazione della disciplina della proroga di cui all'art. 4 dello stesso d.lgs., nonchè delle riassunzioni (art. 5).

La Corte di giustizia ha evidenziato che, sebbene l'esigenza di sostituire personale assente possa considerarsi, in linea di principio, ragione obiettiva ai sensi della clausola 5, punto 1, lett. a) dell'accordo quadro, le Autorità competenti devono garantire che l'applicazione concreta di tale ragione obiettiva, tenuto conto delle particolarità dell'attività lavorativa svolta e delle condizioni del suo esercizio, sia conforme alle esigenze dell'accordo. Esse devono quindi essere in grado di stabilire criteri obiettivi e trasparenti al fine di verificare se il rinnovo dei contratti in questione risponda effettivamente ad un'esigenza reale e sia atto a raggiungere lo scopo perseguito e necessario a tale effetto⁴²⁷.

Non costituisce infatti un limite la possibilità che, in funzione dell'anzianità di servizio accumulata e quindi della durata complessiva dei contratti temporanei conclusi, nonché dei posti via via disponibili, il lavoratore interessato sia immesso in ruolo per effetto dello scorrimento della graduatoria in cui è iscritto. Si tratta infatti di una circostanza del tutto aleatoria, che il lavoratore non è assolutamente in grado di prevedere... non sembra si possa ritenere che la legislazione italiana sul reclutamento del personale docente e ATA a termine contenga criteri obiettivi e trasparenti al fine di verificare se il rinnovo dei contratti in questione risponda effettivamente ad un'esigenza reale, sia atta a raggiungere lo scopo perseguito e necessaria a tal fine. Almeno ad una prima valutazione, il ricorso a contratti a termine successivi per la copertura di vacanze in organico che tale legislazione consente non può pertanto considerarsi giustificato da ragioni obiettive come previsto dalla clausola 5, punto 1, lett. a), dell'accordo quadro⁴²⁸.

⁴²⁷ C.g.u.e. sentenza del 26 gennaio 2012, causa C-586/10, Küçük.

⁴²⁸ Commissione europea, osservazioni depositate nella causa C-22/13, Mascolo e a.

La compatibilità tra disciplina del precariato della Scuola e l'Ordinamento europeo è data dunque solo dalla applicazione della disciplina generale di cui al d.lgs. n. 368/01 ed in specie dell'unica misura ostativa residuale: l'art. 5, comma 4-*bis*.

L'art. 1, comma 12-*bis*, della legge n. 124/99, come già introdotta dal D.L. n. 134/09 (legge di conversione 24 novembre 2009, n. 167)⁴²⁹ e dell'art 10, comma 4-*bis*, del d.lgs. n. 368/01, introdotto dall'art 9, comma 18, del D.L. 13 maggio 2011, n. 70,⁴³⁰ convertito con L. 12 luglio 2011, n. 106, impedisce di procedere a costituzione del rapporto di lavoro nel settore scolastico, salva disapplicazione della disposizione in parola.

La Corte costituzionale⁴³¹ (ordinanza Napolitano del 3-18 luglio 2013) ha sollevato, probabilmente spinta dalla presenza delle altre questioni pregiudiziali (da segnalarsi che le osservazioni della Commissione europea nella causa C-22/13⁴³², evidenziano forti perplessità nei confronti del

⁴²⁹Art 1, comma 12-*bis*: I contratti a tempo determinato stipulati per il conferimento delle supplenze previste dai commi 1, 2 e 3, in quanto necessari per garantire la costante erogazione del servizio scolastico ed educativo, possono trasformarsi in rapporti di lavoro a tempo indeterminato solo nel caso di immissione in ruolo, ai sensi delle disposizioni vigenti e sulla base delle graduatorie previste dalla presente legge e dall'articolo 1, comma 605, lettera c), della legge 27 dicembre 2006, n.296, e successive modificazioni.

⁴³⁰ «4-*bis*. Stante quanto stabilito dalle disposizioni di cui all'articolo 40, comma 1, della legge 27 dicembre 1997, n. 449, e successive modificazioni, all'articolo 4, comma 14-*bis*, della legge 3 maggio 1999, n. 124, e all'articolo 6, comma 5, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, sono altresì esclusi dall'applicazione del presente decreto i contratti a tempo determinato stipulati per il conferimento delle supplenze del personale docente ed ATA, considerata la necessità di garantire la costante erogazione del servizio scolastico ed educativo anche in caso di assenza temporanea del personale docente ed ATA con rapporto di lavoro a tempo indeterminato ed anche determinato. In ogni caso non si applica l'articolo 5, comma 4-*bis*, del presente decreto...».

⁴³¹ Cfr. A. Agosta, Il rinvio pregiudiziale ex art. 234 Trattato CE, tra (ingiustificato?) horror obsequii della Corte costituzionale e irresistibile vocazione espansiva del giudice comunitario, 357 ss., in P. Falzea, A. Spadaro; E. Cannizzaro, La Corte costituzionale come giurisdizione nazionale ai sensi dell'art. 177 del Trattato CE, in Riv.dir.int., 1996, 452; S.M. Carbone, Corte costituzionale, pregiudiziale comunitaria e uniforme applicazione del diritto comunitario, in Dir. UE, 2007, 707 ss.; M. Cartabia, La Corte costituzionale italiana e il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia europea in N. Zanon (a cura di), Le Corti dell'integrazione europea e la Corte costituzionale italiana, Napoli, 2006, p.99 ss.; M. Cartabia e A. Celotto, La giustizia costituzionale in Italia dopo la Carta di Nizza, in Giur. cost., 2002, 4504 ss.; R. Conti, Il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia. Dalla pratica alla teoria, maggio 2013, su www.europeanrights.eu; R. Cosio, Il ruolo dei diritti fondamentali nel rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, maggio 2013, ibidem; G. Gaja, La Corte costituzionale di fronte al diritto comunitario, in L. Daniele (a cura di), La dimensione internazionale ed europea del diritto nell'esperienza della Corte costituzionale, Napoli, 2006, 277; T. Groppi, La corte costituzionale come giudice del rinvio ai sensi dell'art. 177 del Trattato CE, in Giudici e giurisdizione nella giurisprudenza della corte costituzionale, Torino, 1997, 171 ss.; A. Pizzorusso, Commento all'art. 134, in Commentario alla Costituzione, di G. Branca e A. Pizzorusso (a cura di), Bologna – Roma, 1981, 39; F. Salmoni, La Corte costituzionale e la Corte di giustizia delle Comunità europee, in Dir. pubbl., 2002, 491; L. Ventura, La Corte costituzionale e le Corti d'Europa: Atti del Seminario svoltosi a Copanello (CZ) il 31 maggio - 1 giugno 2002, Torino, 2003, pp. 349-373; F. Sorrentino, Corte Costituzionale e Corte di Giustizia delle Comunità Europee, I, Milano, 1970, 129 ss.; G. Tesaurò, Corte di Giustizia e Corte Costituzionale, in AA.VV., La Corte costituzionale tra diritto interno e diritto comunitario, Milano, 1991, 177 ss.; G. Zagrebelsky, intervento al Seminario Corti europee e corti nazionali, relazione del 12 gennaio 2001 al Seminario dell'Osservatorio costituzionale L.U.I.S.S. in www.luiss.it/semcost/europa

⁴³² Queste le conclusioni proposte dalla Commissione europea nelle cause riunite Mascolo e a. C-22/13: «Non può ritenersi obiettivamente giustificata ai sensi della clausola 5, punto 1, lett. a) dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato, siglato il 18 marzo 1999, che compare in allegato alla direttiva del Consiglio 28 giugno 1999, 1999/70/CE, relativa all'accordo quadro CES, UNICE e CEEP sul lavoro a tempo determinato, una legislazione nazionale che consente il rinnovo di contratti a tempo determinato non solo per la sostituzione di personale temporaneamente assente ma anche per la copertura di vacanze nell'organico del personale docente e ausiliario tecnico amministrativo della scuola statale in attesa dell'espletamento delle procedure concorsuali per l'assunzione di personale di ruolo, senza che vi sia alcuna certezza sul momento in cui tali procedure saranno espletate e, pertanto, senza prevedere criteri obiettivi e trasparenti per verificare se il rinnovo dei contratti in questione risponda effettivamente ad un'esigenza temporanea reale, sia atta a raggiungere lo scopo perseguito e necessaria a tal fine. Spetta al giudice nazionale verificare se tali condizioni ricorrano nel caso di specie.

La clausola 5 dell'accordo quadro non osta a che gli Stati membri prevedano, per tutto il settore pubblico, incluso il settore scolastico, un regime per il ricorso abusivo a contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato successivi diverso da quello applicabile al settore privato, purché le misure previste nell'ambito di tale regime siano sufficientemente effettive e dissuasive per garantire la piena

sistema interno, sono state depositate il 22/05/2013 ed iscritte nell'apposito registro il 27/05/2013), questione interpretativa pregiudiziale alla C.g.u.e. Dal ragionamento della Corte costituzionale si evince che la stessa, all'esito del pronunciamento della C.g.u.e. dovrebbe risolversi a dichiarare la illegittimità costituzionale delle disposizioni ostative al risarcimento del danno (dalla ordinanza sembrerebbe evincersi un orientamento della Consulta in tal senso).

Il 17 ottobre 2013 sono state depositate, nella causa Napolitano (C-418/13), le osservazioni della Commissione europea (disponibili, dopo la traduzione, dal 6.2.14). Esse sono forse ancor più categoriche di quelle depositate nella causa Mascolo e a. segnalando la predetta che *negli ultimi dieci anni la prospettiva di un'immissione in ruolo tramite concorso o scorrimento della graduatoria ha rappresentato per il personale supplente della scuola un'eventualità non solo aleatoria, ma altresì piuttosto remota*, con percentuali elevatissime di precari, apprese però da altre fonti diverse dalla ordinanza della Corte costituzionale (ordinanza di rinvio nella causa mascolo e a. nonché procedure di infrazione aperte). La Commissione dubita *seriamente...della reale corrispondenza della legislazione in causa con le esigenze di flessibilità, legate a imprevedibili e temporanee variazioni della popolazione scolastica, che, secondo l'ordinanza di rinvio* (ndr. della Corte costituzionale), *sono alla base di tale legislazione. Peraltro, anche ove l'esigenza di flessibilità negli organici della scuola, dovuta alla variabilità della popolazione scolastica, giustificasse il ricorso ad una certa quota di personale temporaneo, resta comunque da stabilire se il mezzo previsto a tal fine dalla legislazione nazionale in causa sia necessario e proporzionato allo scopo*. Conclude dunque affermando che *almeno ad una prima valutazione, il ricorso a contratti a termine successivi per la copertura di vacanze in organico che tale legislazione consente non può pertanto considerarsi giustificato da ragioni obiettive come previsto dalla clausola 5, punto 1, lett. a), dell'accordo quadro*.

efficacia delle norme adottate in attuazione dell'accordo quadro, non meno favorevoli di quelle che disciplinano situazioni analoghe di natura interna e tali da non rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento dell'Unione.

La clausola 4, punto 1, dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato deve essere interpretata nel senso che non osta ad una legislazione nazionale, quale quella in causa nel giudizio a quo, che, nel disciplinare le conseguenze pecuniarie dell'illegittima assunzione a termine nel settore del pubblico impiego, stabilisce condizioni meno favorevoli di quelle previste in favore del lavoratore a durata indeterminata illegittimamente licenziato dello stesso settore, ove che tale disparità di trattamento sia giustificata da ragioni oggettive e le misure previste in favore del lavoratore a termine siano comunque effettive e dissuasive per garantire la piena efficacia delle norme adottate in attuazione dell'accordo quadro, non meno favorevoli della disciplina di situazioni analoghe di natura interna e tale da non rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico comunitario.

Il principio di cooperazione di cui all'art. 4, n. 3, TUE non obbliga il giudice nazionale ad interpretare il proprio diritto interno in senso conforme all'interpretazione data a tale diritto dal suo Stato membro di appartenenza nel quadro di una procedura pregiudiziale, ove tale interpretazione si riveli erronea.

L'art. 2, n. 2, lett. e), della direttiva 91/533/CEE del Consiglio, del 14 ottobre 1991, relativa all'obbligo del datore di lavoro di informare il lavoratore delle condizioni applicabili al contratto o al rapporto di lavoro, deve essere interpretato nel senso che esso non impone agli Stati membri di prevedere l'obbligo per il datore di lavoro, in caso di contratto o rapporto di lavoro temporaneo, di indicare al lavoratore i casi in cui il contratto di lavoro a termine si può trasformare in contratto a tempo indeterminato per effetto di una successione abusiva di rapporti a termine.

I principi generali di certezza del diritto, tutela del legittimo affidamento, parità delle armi nel processo, effettiva tutela giurisdizionale, diritto ad un tribunale indipendente e ad un equo processo sanciti dall'art. 6, n. 2, TUE in combinato disposto con l'art. 6 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU) con gli articoli 47 e 52, n. 3, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea non ostano a che, nel campo di applicazione della direttiva 1999/70/CE, il legislatore nazionale adotti nuove disposizioni retroattivamente applicabili che incidano sui diritti derivanti per i singoli da norme anteriori e influenzino la soluzione di controversie pendenti, ove tale legislazione sia giustificata da motivi imperativi di interesse generale. Ragioni di carattere puramente finanziario non costituiscono, di per sé e salvo casi estremi, motivi imperativi di interesse generale sufficienti».

Le pregiudiziali Napolitano e Mascolo e a. partono dal medesimo dubbio: contrasto tra ordinamento interno scolastico e direttiva 1999/70/Ce, ma si muovono in direzioni opposte (costituzione dei rapporti di lavoro o risarcimento del danno). Le cause, riunite, verranno discusse oralmente alla udienza del 27 marzo 2014.

La Corte di giustizia, nella comunicazione alle parti del 13 febbraio 2014, ha chiesto di incentrare la discussione, ex art. 61, paragrafo 2, del regolamento della Corte, su due aspetti, che evidentemente al momento ritiene centrali:

- 1) la possibilità che la normativa scolastica costituisca ragione oggettiva ai sensi della Clausola 5 (quesito sostanzialmente comune ad entrambe le questioni pregiudiziali proposte);
- 2) il 7° quesito delle cause Forni e Racca (riunite alla causa Mascolo) ovvero la possibilità, sulla scorta dei principi sul giusto processo (art. 6, n. 2, del Trattato sull'Unione europea– in combinato disposto con l'art. 6 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e con gli artt. 46, 47 e 52, n. 3, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000, come recepiti dal Trattato di Lisbona), che lo Stato italiano possa adottare una disposizione normativa (il comma 4-bis all'art 10 del D.lgs. n. 368/01) atta ad alterare le conseguenze dei processi in corso danneggiando direttamente il lavoratore a vantaggio del datore di lavoro – Stato ed eliminando la possibilità conferita dall'Ordinamento interno di sanzionare l'abusiva reiterazione di contratti a termine.

La ratio della scelta potrebbe essere costituita dalla considerazione che, ove la normativa scolastica dovesse ritenersi elusiva della direttiva 1999/70/Ce, nella accertata inidoneità del meccanismo risarcitorio a costituire misura ostativa, come ritenuto dalla stessa C.g.u.e. nella ordinanza Papalia, si potrebbe rimettere al giudice interno la possibilità di non applicare la disposizione ostativa alla costituzione del rapporto di lavoro a tempo indeterminato per il superamento dei 36 mesi (art. 5, comma 4-bis del d.lgs. n. 368/01). Tale misura sanzionatoria è certamente effettiva e la stessa sarebbe applicabile, ad avviso del Tribunale di Napoli alla P.A. Peraltro la Corte di giustizia potrebbe prendere per la prima volta posizione sulle disposizioni retroattive.

Premesso che non appare utile unirsi al coro degli entusiasti europeisti per la prima questione sollevata quando la Corte costituzionale⁴³³ è Giudice di un incidente di costituzionalità⁴³⁴, è lecito chiedersi se i Giudici della Consulta abbiano tenuto conto delle conseguenze economiche della

⁴³³ V. N. Zampieri, Sull'obbligo della Corte Costituzionale di effettuare anche nei giudizi in via incidentale il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia e sulla dubbia conformità della normativa nazionale sul precariato pubblico all'accordo quadro CES, UNICE e CEEP sul lavoro a tempo determinato, in R.U., n.4-5, 2013, pp.123-144. Condivide in parte le critiche sul piano soprattutto della tardività dell'intervento della Consulta, G. Repetto, La Corte costituzionale effettua il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia UE anche in sede di giudizio incidentale: non c'è mai fine ai nuovi inizi (sull'ordinanza n. 207 del 2013 della Corte costituzionale), su www.diritticomparati.it, che però sottolinea l'importanza della decisione interinale. In termini, A. Ruggeri, "Dialogo" tra le Corti e tecniche decisorie, a tutela dei diritti fondamentali, cit., p.7.

⁴³⁴ Le entusiastiche voci dovrebbero placarsi ove si rilevi la assenza della benchè minima attenzione al diritto U.E. nella sentenza in materia di stabilizzazioni n. 277 del 18.11.13 depositata il 22.11.13, successiva alla pregiudiziale "europea". La CGUE aveva già considerato comunitaria la materia delle stabilizzazioni con l'Ordinanza Vassilakis del 10.6.08, causa C-364/07 (stabilizzazione in Grecia) ed ancor prima con la sentenza Adeneler, sentenza della Corte, Grande Sezione, 4 luglio 2006, Causa C-212/04. La Corte costituzionale non spende una parola sul diritto U.E., pur essendo la direttiva 1999/70/Ce puntualmente indicata dal Presidente del Consiglio dei Ministri: appare evidente che la pregiudiziale "europea" è stato un mero "incidente" nel percorso di non adeguamento, forzata da altra pregiudiziale e forse con lo scopo di mitigarne gli effetti.

tesi risarcitoria, che comporterebbe un esborso, costituzionalizzato il criterio risarcitorio, ed aggiunti i 120.000 precari pubblici della scuola ad un costo risarcitorio di ulteriori € 600.000.000,00 annui (€ 2.880.000.000,00 se calcolate 15 mensilità).

Ma il problema della scuola non finisce qui.

Il legislatore, nonostante il procedere della procedura di infrazione⁴³⁵ da parte della Commissione, *in consecutio* con la Corte costituzionale a sua volta *in consecutio* con le pregiudiziali dei Tribunali di Aosta (decisa con l'ordinanza Papalia) e Napoli, non ha compreso che il problema non è costituito dal numero dei lavoratori precari, ma dal sistema delle supplenze, che è precarifero. Se non si modifica il meccanismo delle supplenze è giocoforza la creazione di ulteriori precari.

11. La soluzione interna (come cambia il reclutamento)

Come risolve il problema il legislatore? L'unica riforma rilevante, licenziata negli ultimi tempi, è costituita dal meccanismo dei tirocini abilitanti, previsto D.M. 10 settembre 2010, n. 249.

Lo stesso, nel testo risultante a seguito delle modifiche di cui al D.M. 25 marzo 2013, n. 81, prevede i requisiti e le modalità della formazione iniziale degli insegnanti della scuola dell'infanzia, della scuola primaria e della scuola secondaria di primo e secondo grado, con l'istituzione di un tirocinio formativo attivo (TFA), da svolgersi durante un corso di laurea magistrale quinquennale (per l'insegnamento nella scuola dell'infanzia e nella scuola primaria), ovvero all'esito di un corso di laurea magistrale biennale (per l'insegnamento nella scuola secondaria di primo e secondo grado e della durata di un anno)⁴³⁶.

I corsi di laurea magistrale di cui al D.M. n. 249/10 sono istituiti dalle università. L'accesso è a numero programmato, con prova d'ingresso.

Accanto al TFA, con la modifica del 2013, è istituito un percorso abilitante speciale (PAS) per *i docenti non di ruolo, ivi compresi gli insegnanti tecnico pratici, che, sprovvisti di abilitazione ovvero di idoneità alla classe di concorso per la quale chiedono di partecipare e in possesso dei requisiti previsti al comma 1, abbiano maturato, a decorrere dall'anno scolastico 1999/2000 fino all'anno scolastico 2011/2012 incluso, almeno tre anni di servizio in scuole statali, paritarie ovvero nei centri di formazione professionale*. Per essi non è prevista prova di accesso ed a loro è garantito, *nel rispetto dell'invarianza di spesa e dei generali vincoli di finanza pubblica, l'accesso ai percorsi abilitanti speciali se ne facciano richiesta...*

⁴³⁵ Commissione europea. Memo. Bruxelles, 20 novembre 2013. Pacchetto infrazioni di novembre: decisioni principali.

Diritto del lavoro: la Commissione chiede all'Italia di porre fine a ogni discriminazione nei confronti dei dipendenti delle scuole pubbliche con contratti a tempo determinato.

La Commissione europea ha chiesto all'Italia di rivedere le condizioni di lavoro dei dipendenti delle scuole pubbliche con contratti a tempo determinato. La Commissione europea ha ricevuto numerose denunce secondo le quali i dipendenti delle scuole pubbliche con contratti a tempo determinato sarebbero trattati meno favorevolmente dei lavoratori a tempo indeterminato comparabili. Segnatamente, tali dipendenti sono assunti con contratti a tempo determinato ripetuti negli anni, per cui continuano ad essere precari anche se sostanzialmente esercitano funzioni di personale permanente. Il diritto nazionale non prevede misure efficaci per evitare tali abusi. Inoltre, i dipendenti a tempo determinato sono retribuiti meno del personale di ruolo con iter professionale comparabile. La Commissione europea ritiene che tale situazione contrasti con la direttiva dell'UE sul lavoro a tempo determinato.

La richiesta della Commissione si configura in un parere motivato nel contesto delle procedure di infrazione dell'UE. L'Italia dispone ora di un termine di due mesi per notificare alla Commissione le misure adottate al fine di attuare appieno la direttiva. In caso contrario la Commissione potrà decidere di deferire l'Italia alla Corte di giustizia dell'Unione europea.

⁴³⁶ Nonché specifico percorso formativo preordinato all'insegnamento delle discipline artistiche, musicali e coreutiche della scuola secondaria di primo grado e di secondo grado.

I PAS riguardano dunque docenti che, anche per ben più di 36 mesi, hanno insegnato e possono, attraverso lo scorrimento delle graduatorie ad esaurimento, divenire insegnanti di ruolo: questi devono oggi formarsi.

Tutto ciò poteva essere previsto? Il D.M. 249/10 è stato adottato sulla scorta dell'articolo 2, comma 416, della legge 24 dicembre 2007, n. 244, richiamato nel preambolo del decreto.

Detta disposizione, che sembra essere la sola norma primaria che supporta il nuovo sistema di abilitazione, dispone: *Nelle more del complessivo processo di riforma della formazione iniziale e del reclutamento dei docenti, anche al fine di assicurare regolarità alle assunzioni di personale docente sulla base del numero dei posti vacanti e disponibili effettivamente rilevati e di eliminare le cause che determinano la formazione di precariato, con regolamento adottato dal Ministro della pubblica istruzione e dal Ministro dell'università e della ricerca ai sensi dell'articolo 17, comma 3, della legge 23 agosto 1988, n. 400, sentiti il Ministro dell'economia e delle finanze e il Ministro per le riforme e le innovazioni nella pubblica amministrazione, previo parere delle Commissioni parlamentari competenti per materia e per le conseguenze di carattere finanziario da rendere entro il termine di quarantacinque giorni, decorso il quale il provvedimento può essere comunque adottato, è definita la disciplina dei requisiti e delle modalità della formazione iniziale e dell'attività procedurale per il reclutamento del personale docente, attraverso concorsi ordinari, con cadenza biennale, nei limiti delle risorse disponibili a legislazione vigente per il reclutamento del personale docente, senza maggiori oneri a carico della finanza pubblica e fermo restando il vigente regime autorizzatorio delle assunzioni. È comunque fatta salva la validità delle graduatorie di cui all'articolo 1, comma 605, lettera c), della legge 27 dicembre 2006, n. 296⁴³⁷. Sono abrogati l'articolo 5 della legge 28 marzo 2003, n. 53, e il decreto legislativo 17 ottobre 2005, n. 227.*

In linea generale si deve ricordare come i tirocini formativi siano di due tipi: curricolari (che si svolgono nel corso di un programma di studi teso al conseguimento di un titolo di studi) ed extracurricolari.

Analizzando solo l'art. 2, comma 416, della L. n. 244/07, ove la stessa si dovesse ritenere disposizione che preveda un tirocinio extracurricolare, ovvero a percorso di studi universitario già completato, essa dovrebbe ritenersi incostituzionale, stante la riserva di disciplina regionale (art. 117 della Carta). Per non giungere a questa conclusione i TFA dovrebbero ritenersi disciplinati anche dalla legge c.d. Fornero (n. 92/12) ed in specie dai commi 34/36 dell'art. 1, che prevedono la disciplina quadro dei tirocini formativi⁴³⁸.

⁴³⁷ Si tratta delle graduatorie permanenti di cui all'articolo 1 del decreto-legge 7 aprile 2004, n. 97 (convertito, con modificazioni, dalla legge 4 giugno 2004, n. 143), trasformate in graduatorie ad esaurimento.

⁴³⁸ 34. Entro centottanta giorni dalla data di entrata in vigore della presente legge, il Governo e le regioni concludono in sede di Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano un accordo per la definizione di linee-guida condivise in materia di tirocini formativi e di orientamento, sulla base dei seguenti criteri: a) revisione della disciplina dei tirocini formativi, anche in relazione alla valorizzazione di altre forme contrattuali a contenuto formativo; b) previsione di azioni e interventi volti a prevenire e contrastare un uso distorto dell'istituto, anche attraverso la puntuale individuazione delle modalità con cui il tirocinante presta propria attività; c) individuazione degli elementi qualificanti del tirocinio e degli effetti conseguenti alla loro assenza; d) riconoscimento di una congrua indennità, anche in forma forfetaria, in relazione alla prestazione svolta. 35. In ogni caso, la mancata corresponsione dell'indennità di cui alla lettera d) del comma 34 comporta a carico del trasgressore l'irrogazione di una sanzione amministrativa il cui ammontare è proporzionato alla gravità dell'illecito commesso, in misura variabile da un minimo

Le caratteristiche di tali tirocini formativi (extracurricolari ovvero tirocini formativi e di orientamento) sono indicate nell'*accordo per la definizione di linee-guida condivise* del 24 gennaio 2013 in sede di Conferenza Stato-Regioni, previsto dal comma 34: sulla scorta delle stesse ogni regione ha adottato la propria disciplina legislativa. I TFA non rientrerebbero nella esclusione di cui alla lettera b)-a) della premessa all'accordo⁴³⁹, dunque sarebbero pienamente disciplinati dalla predetta normativa.

Con riferimento alla riserva di legge regionale, la Corte costituzionale (sentenza n. 287/2012), nel dichiarare costituzionalmente illegittimo l'art. 11 D.L. n. 138/2011, convertito con L. n. 148/2011, ha precisato che *dopo la riforma costituzionale del 2001, la competenza esclusiva delle Regioni in materia di istruzione e formazione professionale «riguarda la istruzione e la formazione professionale pubbliche che possono essere impartite sia negli istituti scolastici a ciò destinati, sia mediante strutture proprie che le singole Regioni possano approntare in relazione alle peculiarità delle realtà locali, sia in organismi privati con i quali vengano stipulati accordi» (sentenza n. 50 del 2005). Viceversa, la disciplina della formazione interna – ossia quella formazione che i datori di lavoro offrono in ambito aziendale ai propri dipendenti – di per sé non rientra nella menzionata materia, né in altre di competenza regionale; essa, essendo intimamente connessa con il sinallagma contrattuale, attiene all'ordinamento civile, sicché spetta allo Stato stabilire la relativa normativa (sentenza n. 24 del 2007)...il nucleo «di tale competenza, che in linea di principio non può venire sottratto al legislatore regionale (...) – al di fuori del sistema scolastico secondario superiore, universitario e post-universitario – cade sull'addestramento teorico e pratico offerto o prescritto obbligatoriamente (sentenza n. 372 del 1989) al lavoratore o comunque a chi aspiri al lavoro.*

Ne deriva che, per escludere la competenza regionale, il sistema dei TFA/PAS dovrebbe ritenersi inserito nel sistema scolastico universitario o post universitario: dunque dovrebbe trattarsi di un tirocinio formativo curricolare. *La sfera di attribuzione legislativa regionale di carattere residuale viene a distinguersi sia dalla competenza concorrente in materia di istruzione (sentenza n. 309 del 2010), sia da quella, anch'essa ripartita, in materia di professioni (art. 117, terzo comma, Cost.), nel quadro della esclusiva potestà statale di dettare le norme generali sull'istruzione (art. 117, secondo comma, lettera n, Cost.)⁴⁴⁰».*

Dunque delle due l'una: i tirocini o devono ritenersi inquadrati nel *sistema scolastico secondario superiore, universitario e post-universitario*, ovvero devono ritenersi regolati dalle rispettive normative regionali e, in via residuale, dall'art. 18 della L. 196/97 e relativo regolamento di attuazione (D.M. n. 142/98).

L'art. 2, comma 416, della L. n. 244/07, non sembra prevedere la istituzione di un tirocinio curricolare, che è teso al conseguimento di un titolo di studi: infatti il Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca poteva solo definire *la disciplina dei requisiti e delle modalità della formazione iniziale e dell'attività procedurale per il reclutamento del personale docente*. In ciò non sembra potersi includere la "creazione" di un nuovo titolo di studio, una nuova "laurea" (ciò che invece è stato probabilmente fatto).

di 1.000 a un massimo di 6.000 euro, conformemente alle previsioni di cui alla legge 24 novembre 1981, n. 689. 36. Dall'applicazione dei commi 34 e 35 non devono derivare nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica.

⁴³⁹ Si veda il seguente sito ufficiale del Governo:

<http://www.cliclavoro.gov.it/Cittadini/FAQ/Pagine/Tirocini-formativi-e-di-orientamento.aspx>

⁴⁴⁰ Corte cost. sentenza n. 108 del 2012.

Dunque sulla scorta della disposizione suddetta dovrebbe trattarsi di tirocinio extracurricolare. Allora è giocoforza concludere per il contrasto del D.M. del MIUR n. 249 del 10.9.10 ed in specie dell'art. 15, comma 1, lett A) e C), aggravato nell'ipotesi di cui ai commi 13 e 1-bis e seguenti, con l'accordo del 24 gennaio 2013 in sede di Conferenza Stato-Regioni, recepito sul punto dalla normativa regionale. Infatti:

- 1) un tirocinio formativo non può essere previsto per tipologie di attività per le quali non sia necessario un periodo di formazione. Di contro per accedere ai TFA si è sovente in graduatorie atte alla immissione in ruolo (commi 1-bis e segg. e comma 13, lett. a e c) e per i PAS è espressamente previsto che si tratti di soggetti con anni di servizio in scuole statali, paritarie ovvero nei centri di formazione professionale;
- 2) si tratterebbe di tirocinio di inserimento/reinserimento al lavoro, finalizzato ad un percorso di inserimento/reinserimento al lavoro (punto 1, lett. B, delle linee guida) che deve avere un percorso di formazione non superiore a 12 mesi (punto 2), con tutela della maternità;
- 3) vi è una riserva di legge regionale (punto 3) ed accreditamento regionale (punto 4);
- 4) deve essere previsto uno specifico progetto formativo per ciascun tirocinante (punto 6);
- 5) deve essere prevista una indennità di partecipazione non inferiore ad €. 300,00 al mese (punto 12);
- 6) il tirocinio deve essere sottoposto a monitoraggio del soggetto promotore (punto 13); al punto 14 sono previsti controllo, vigilanza e sanzioni.

Non risulta la applicazione, con riferimento a TFA e PAS, della disciplina in materia di tirocini formativi extracurricolari.

Analizzando invece il testo del D.M. 249/10, il tirocinio formativo ivi previsto appare essere curricolare universitario (ovvero che si inserisce in un corso di istruzione e/o di formazione di livello secondario o terziario - lauree, master e dottorati - e, in generale, di corso secondario universitario con rilascio di un titolo o una certificazione con valore pubblico abilitante all'insegnamento).

Se ciò è vero, il suo fondamento e la sua disciplina dovrebbero essere contenuti solo nelle leggi sugli ordinamenti universitari e corsi di laurea e non nell'art. 2, comma 416, della L. 244/07, che consentiva solo di definire *la disciplina dei requisiti e delle modalità della formazione iniziale e dell'attività procedurale per il reclutamento del personale docente*. La disposizione consentiva una serie di opzioni, tra cui, eventualmente, una modifica dei corsi di laurea o l'istituzione di nuovi corsi ma, scelta questa opzione, doveva essere rispettata la disciplina primaria specificamente prevista, in relazione alla quale nessuna deroga sembra prevista dall'art. 2, comma 416.

Non pare possibile ritenere che l'art. 2, comma 416, della L. n. 244/07 costituisca norma speciale rispetto alla normativa che prevede e disciplina le specifiche modalità di creazione o modificazione di corsi universitari (Legge 19 novembre 1990, n. 341 ed in parte L. 127/97): pertanto non sembra esistano spazi interpretativi per ritenere che la disciplina generale non operi in ragione del principio di specialità.

A titolo esemplificativo, deve rilevarsi che la previsione di nuovi corsi di laurea è regolamentata

dall'art. 3, comma 3⁴⁴¹, della l. 341/90. Il comma 6 dell'art. 3 prevede che il diploma di laurea debba essere valido per l'esercizio di attività.

Deve escludersi che il D.M. 249/10 possa trovare fondamento nell'art. 4, comma 2⁴⁴², della L. 341/90 perché la disposizione si riferisce alla formazione... *prevista dalle norme del relativo stato giuridico* e dunque a disposizioni già vigenti alla data di adozione della disposizione (anno 1990).

A riprova deve rilevarsi come il comma 3 (abrogato dalla L. 127/97) prevedesse: *Con decreto del Presidente della Repubblica, da adottare nel termine e con le modalità di cui all'articolo 3, comma 3, sono definiti la tabella della scuola di specializzazione all'insegnamento di cui al comma 2 del presente articolo, la durata dei corsi da fissare in un periodo non inferiore ad un anno ed i relativi piani di studio. Questi devono comprendere discipline finalizzate alla preparazione professionale con riferimento alle scienze dell'educazione e all'approfondimento metodologico e didattico delle aree disciplinari interessate nonché, attività di tirocinio didattico obbligatorio. Con decreto del Ministro dell'università e della ricerca scientifica e tecnologica, emanato di concerto con il Ministro della pubblica istruzione, sono stabiliti i criteri di ammissione alla scuola di specializzazione all'insegnamento e le modalità di svolgimento dell'esame finale. Si applicano altresì le disposizioni di cui all'articolo 3, commi 7 e 8⁴⁴³.*

L'ordinamento degli studi dei corsi di diploma universitario, di laurea e di specializzazione di cui agli articoli 2, 3 e 4 della legge 19 novembre 1990, n. 341 è disciplinato dagli atenei ai sensi dell'art. 17, commi 95 e segg. della L. 127/97), in conformità a criteri generali definiti, nel rispetto della normativa comunitaria vigente in materia.

La procedura si svolge con le modalità di cui all'articolo 11, commi 1 e 2, della L. 341/90, sentiti il Consiglio universitario nazionale e le Commissioni parlamentari competenti, con uno o più decreti del Ministro dell'università e della ricerca scientifica e tecnologica, di concerto con altri Ministri interessati, limitatamente ai criteri relativi agli ordinamenti per i quali il medesimo concerto è previsto.

⁴⁴¹ Art. 3, comma 3: Entro due anni dalla data di entrata in vigore della presente legge, con decreto del Presidente della Repubblica, previa deliberazione del Consiglio dei Ministri su proposta del Ministro dell'università e della ricerca scientifica e tecnologica, su parere conforme del Consiglio universitario nazionale (CUN), di concerto con il Ministro della pubblica istruzione, sentito il Consiglio nazionale della pubblica istruzione (CNPI), acquisito il parere del Consiglio di Stato, viene definita la tabella del corso di laurea e ne sono precisati modalità e contenuti, comprese le attività di tirocinio didattico. I Ministri dell'università e della ricerca scientifica e tecnologica e della pubblica istruzione si avvalgono della commissione di cui all'articolo 4, comma 5, della legge 9 maggio 1989, n. 168 (2), integrata, a tal fine, da esperti nelle problematiche del corso di laurea stesso e della scuola di specializzazione di cui all'articolo 4, comma 2, della presente legge.

⁴⁴² Art 4, comma 2: Con una specifica scuola di specializzazione articolata in indirizzi, cui contribuiscono le facoltà ed i dipartimenti interessati, ed in particolare le attuali facoltà di magistero, le università provvedono alla formazione, anche attraverso attività di tirocinio didattico, degli insegnanti delle scuole secondarie, prevista dalle norme del relativo stato giuridico. L'esame finale per il conseguimento del diploma ha valore di esame di Stato ed abilita all'insegnamento per le aree disciplinari cui si riferiscono i relativi diplomi di laurea. I diplomi rilasciati dalla scuola di specializzazione costituiscono titolo di ammissione ai corrispondenti concorsi a posti di insegnamento nelle scuole secondarie.

⁴⁴³ Interessante e nello stesso senso il comma 4: Con lo stesso decreto del Presidente della Repubblica di cui al comma 3 o con altro decreto adottato con le medesime modalità, di concerto altresì con i Ministri di grazia e giustizia e per la funzione pubblica, sono determinati i diplomi di specializzazione di cui al comma 2 che in relazione a specifici profili professionali danno titolo alla partecipazione agli esami di abilitazione per l'esercizio delle corrispondenti professioni ovvero danno titolo per l'accesso alla dirigenza nel pubblico impiego.

Nessuna di queste previsioni pare essere stata rispettata nella istituzione dei TFA/PAS.

Il parere, richiamato nel preambolo del D.M. 249/10, espresso nell' Adunanza del 25 giugno 2009 dal Consiglio Universitario Nazionale, riguarda altro⁴⁴⁴. Non pare dunque sostenibile la attivazione della procedura di cui all'art. 17, commi 95 e segg. della L. n. 127/97.

Neppure in relazione al successivo decreto (D.M. marzo 2013, n. 81), che ha modificato in alcune parti il D.M. 249/10 è riscontrabile lo specifico parere di cui all'articolo 11, commi 1 e 2, della L. 341/90. Anche in questo caso il richiamato parere del Consiglio universitario nazionale, espresso nell'adunanza del 12 settembre 2012, riguarda altro⁴⁴⁵.

Ai sensi dell'art. 3, comma 6, della L. 341/90⁴⁴⁶ con lo stesso decreto del Presidente della Repubblica (sostituito da D.M. ex art. 15, comma 97, l. 127/97) di cui al comma 3 o con altro adottato con le medesime modalità⁴⁴⁷, di concerto altresì con i Ministri di grazia e giustizia e per la funzione pubblica e con gli altri Ministri interessati, sono individuati i profili professionali per i quali, salvo le eventuali e opportune integrazioni, il diploma di laurea di cui al comma 2 è titolo valido per l'esercizio delle corrispondenti attività, nonché le qualifiche funzionali del pubblico impiego per le quali il diploma di laurea costituisce titolo per l'accesso. Anche detta disposizione non pare rispettata dal D.M. n. 249/10.

Sembra dunque che i commi 95 e segg. dell'art. 17 della L. 127/97 (come la legge n. 341/90) non siano rispettati dal D.M. n. 249/10.

Ecco che, indipendentemente dall'inquadramento sistematico dei tirocini formativi previsti, la loro disciplina appare di dubbia legittimità:

- o si tratta di tirocini comunque extracurricolari ed è violata la disciplina regionale⁴⁴⁸;

⁴⁴⁴ Nello specifico riguarda lo schema del decreto di riparto del Fondo di Finanziamento Ordinario 2009 nonché lo schema di decreto previsto dall'art. 2, comma 428, della Legge 24 dicembre 2007, n. 244; nessun parere è dunque stato espresso in relazione alle previsioni di cui all'art. 2, comma 416, della L. 244/07.

⁴⁴⁵ In specie lo "Schema di regolamento recante modifiche agli articoli 5 e 15 del Decreto del Ministro dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca 10 settembre 2010, N. 249", senza peraltro coinvolgimento dei comitati consultivi di cui all'art. 67 del decreto del Presidente della Repubblica 11 luglio 1980, n.382.

⁴⁴⁶ D.p.r. sostituito da D.M. ex art 15, comma 97, l. 127/97.

⁴⁴⁷ Ovvero: previa deliberazione del Consiglio dei Ministri su proposta del Ministro dell'università e della ricerca scientifica e tecnologica, su parere conforme del Consiglio universitario nazionale (CUN), di concerto con il Ministro della pubblica istruzione, sentito il Consiglio nazionale della pubblica istruzione (CNPI), acquisito il parere del Consiglio di Stato, viene definita la tabella del corso di laurea e ne sono precisati modalità e contenuti, comprese le attività di tirocinio didattico. I Ministri dell'università e della ricerca scientifica e tecnologica e della pubblica istruzione si avvalgono della commissione di cui all'articolo 4, comma 5, della legge 9 maggio 1989, n. 168 (2), integrata, a tal fine, da esperti nelle problematiche del corso di laurea stesso e della scuola di specializzazione di cui all'articolo 4, comma 2, della presente legge.

⁴⁴⁸ Ai sensi dell'art. 117 della Costituzione: La potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto della Costituzione, nonché dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali. Lo Stato ha legislazione esclusiva nelle seguenti materie: n) norme generali sull'istruzione.

Il Reclutamento e formazione del personale scolastico appare esserne estraneo alle norme generali sull'istruzione ed in ogni caso si verterebbe quantomeno in materia di legislazione concorrente.

Infatti Sono materie di legislazione concorrente quelle relative a: rapporti internazionali e con l'Unione europea delle Regioni;; istruzione, salva l'autonomia delle istituzioni scolastiche e con esclusione della istruzione e della formazione professionale; professioni; ... Nelle materie di legislazione concorrente spetta alle Regioni la potestà legislativa, salvo che per la determinazione dei principi fondamentali, riservata alla legislazione dello Stato.

Spetta alle Regioni la potestà legislativa in riferimento ad ogni materia non espressamente riservata alla legislazione dello Stato.

- ovvero si tratta di tirocini curricolari, non legittimati dall'art. 2, comma 416, della L. n. 244/07 (si poteva definire la disciplina dei requisiti e delle modalità della formazione iniziale e dell'attività procedurale per il reclutamento del personale docente, attraverso concorsi ordinari, ma la disposizione non abilitava alla creazione di nuovi corsi di laurea come sembra essere previsto dall'art. 3 del D.M. 249/10). In ogni caso non si è rispettata la normativa per la istituzione dei nuovi titoli di studi.

12. Conclusioni.

La vicenda delle nuove modalità di abilitazione è emblematica della superficialità e della inidoneità, ormai acclarata, ad affrontare la problematica del precariato di Stato. Si continua secondo sperimentate modalità di elusione del problema, creando aspettative (a pagamento, visto che i percorsi abilitanti speciali hanno un costo a carico degli iscritti, privi di lavoro stabile) e rimandando la soluzione, probabilmente perché non si hanno idee.

Eppure la soluzione sarebbe semplice, bastando, dopo i fatidici 36 mesi, prevedere il passaggio di ruolo, se del caso *part-time* con clausola di flessibilità oraria⁴⁴⁹, e formazione, con gli *ex* precari, di un contingente in disponibilità, su base territoriale, da inviare di volta in volta a coprire le varie vacanze temporanee (l'impresa privata di grandi dimensioni spesso ha le squadre di sostituzione).

Il meccanismo è già presente nell'Ordinamento interno, seppur in misura ridotta e senza previsione di *part-time* e flessibilità oraria. In Italia la legge 20 maggio 1982, n. 270, intitolata <<Revisione della disciplina del reclutamento del personale docente della scuola materna, elementare, secondaria ed artistica, ristrutturazione degli organici, adozione di misure idonee ad evitare la formazione di precariato e sistemazione del personale precario esistente>> prevede la presenza di una dotazione organica aggiuntiva (DOA) del 5%, proprio al fine di sopperire, almeno parzialmente, alle ordinarie necessità di sostituzione di personale docente, del sistema scolastico⁴⁵⁰. Le

Dunque le scuole e la autonomia scolastica sono disciplinate dallo Stato mentre l'istruzione in genere (non la formazione professionale di competenza residuale, erga regionale), è oggetto di legislazione concorrente.

La finalità di reclutamento non è atta a fondare una competenza statale basata sull'art 97, comma 3, della Costituzione, perché non si tratta di procedura di reclutamento (non sono pre determinati, nel numero e nella loro effettiva esistenza, i posti di lavoro).

⁴⁴⁹ Prevedendo il diritto, in presenza della disponibilità delle relative ore, al completamento o, comunque, all'elevazione del medesimo orario settimanale, secondo il meccanismo di cui al comma 7 dell'art 40 del C.C.N.L. Comparto Scuola per il quadriennio normativo 2006-2009 e biennio economico 2006-2007, stipulato il 29 novembre 2007.

⁴⁵⁰ In particolare assumono rilievo gli artt. 13, 14:

Art. 13: Determinazione di dotazioni aggiuntive all'organico. Le dotazioni organiche determinate ai sensi del precedente articolo 12 sono aumentate di una dotazione aggiuntiva risultante dalla applicazione di un incremento percentuale medio del 5 per cento, calcolato sulla consistenza complessiva delle predette dotazioni organiche, fatta salva la determinazione in cifra assoluta, stabilita dal successivo articolo 20, per la prima applicazione della presente legge.

La dotazione aggiuntiva risultante dall'applicazione del precedente comma è ripartita dal Ministro della pubblica istruzione, sentite le organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative, preliminarmente tra i diversi ordini e gradi di scuola in relazione alle rispettive specifiche esigenze.

Art. 14. Utilizzazione del personale docente di ruolo. La utilizzazione dei docenti delle dotazioni aggiuntive deve contribuire nella scuola elementare e media, e per quanto compatibile anche nella scuola materna, a realizzare una programmazione educativa secondo quanto previsto dalla legge 4 agosto 1977, n. 517, assicurando peraltro il soddisfacimento in via prioritaria, nell'ordine, delle seguenti esigenze:

- a) copertura dei posti di insegnamento che non possono concorrere a costituire cattedre o posti orario;
- b) copertura dei posti di insegnamento comunque vacanti e disponibili per un periodo non inferiore a 5 mesi nell'ambito del distretto o dei distretti vicini;

dotazioni aggiuntive sono confermate dagli artt. 1 e segg. del D.L. n. 104/1988, dall'art. 4 della L. n. 498/1992, dagli artt. 445 (che ripartisce le DOA su base regionale) e 455 del d.lgs. n. 297/94. Detta ultima disposizione, al comma 1, prevede che *l'utilizzazione dei docenti delle dotazioni organiche aggiuntive è finalizzata alla copertura di posti e cattedre da attribuire alle supplenze annuali, nonché di posti comunque disponibili per l'intero anno scolastico, in misura prevalente rispetto a tutte le altre attività previste dai successivi commi.*

Ancora sulla disciplina sono intervenuti l'art. 8, comma 1, dell'O.M. 9 luglio 1996, n. 332. Il comma 71 dell'art. 1 della L. 662/1996 ha determinato che la dotazione organica aggiuntiva sia divenuta dotazione organica provinciale (DOP)⁴⁵¹.

L'art. 4 della legge n. 124/1999 dispone che *alla copertura delle cattedre e dei posti di insegnamento che risultino effettivamente vacanti e disponibili ..., qualora non sia possibile provvedere con il personale docente di ruolo delle dotazioni organiche provinciali o mediante l'utilizzazione del personale in soprannumero, e sempreché ai posti medesimi non sia stato già assegnato a qualsiasi titolo personale di ruolo, si provvede mediante il conferimento di supplenze annuali...*

Il comma 4⁴⁵² ribadisce che la DOP è composta da personale di ruolo.

L'ordinamento dunque già prevede un sistema di supplenze di non precari, così dimostrando che supplente=precario non è una equazione necessaria, ma una scelta del legislatore. Appare a questo punto evidente che il problema del precariato scolastico è di facile soluzione, anzi la normativa già le prevede *in nuce*: basterebbe ampliarle e perfezionarle.

Analogamente per il precariato pubblico in genere la soluzione è nell'art. 36, comma 2⁴⁵³, del d.lgs. n. 165/01. Lo stesso percorso di accesso tra lavoratore a tempo determinato e tempo indeterminato, che risolve in maniera evidente qualsivoglia problema di compatibilità con l'art. 97, comma 3, della Costituzione, consentirebbe di prevedere, con chiarezza, la costituzione del rapporto di lavoro decorso un certo tempo (ove il legislatore dovesse ritenere, anche ad orario ridotto). Le esigenze, decorso un lungo tempo, si dimostrano senza dubbio, in fatto, stabili e non si

c) sostituzione dei docenti destinati ai compiti di cui al successivo sesto comma;

d) sostituzione dei docenti impegnati nella realizzazione delle scuole a tempo pieno;

e) sostituzione dei docenti impegnati nello svolgimento dei corsi di istruzione per adulti finalizzati al conseguimento dei titoli di studio e per l'insegnamento nei corsi sperimentali di scuola media per lavoratori;

f) sostituzione dei docenti utilizzati ai sensi del nono comma, secondo periodo del presente articolo.

2. A tal fine il provveditore agli studi definisce il contingente su base distrettuale ed assegna a ciascun circolo o scuola, in relazione alle esigenze, un contingente di docenti della dotazione aggiuntiva per la scuola materna, elementare e media.

3. In caso di eccedenza detto personale dovrà essere utilizzato prioritariamente presso circoli didattici o scuole medie dello stesso distretto o del distretto vicinioro.

4. Nelle scuole secondarie superiori i docenti della dotazione aggiuntiva sono assegnati dal provveditore agli studi per coprire le esigenze di cui ai punti a), b), c) e f) del primo comma.

5. Il personale docente della dotazione aggiuntiva dipende dal circolo didattico o dalle scuole in cui è stato assegnato all'inizio dell'anno scolastico.

⁴⁵¹ Cfr. altresì schema di Decreto interministeriale del 19/02/2002 relativo a "Disposizioni sulla determinazione degli organici del personale docente per l'anno scolastico 2002/2003" e circolare del Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca n. 16 del 19/02/2002, avente ad oggetto: Dotazioni organiche del personale docente per l'anno scolastico 2002/2003 - Schema di decreto interministeriale.

⁴⁵² Comma 4: I posti delle dotazioni organiche provinciali non possono essere coperti in nessun caso mediante assunzione di personale docente non di ruolo docente di ruolo.

⁴⁵³ Art. 36, comma 2, penultimo periodo: Per prevenire fenomeni di precariato, le amministrazioni pubbliche, nel rispetto delle disposizioni del presente articolo, sottoscrivono contratti a tempo determinato con i vincitori e gli idonei delle proprie graduatorie vigenti per concorsi pubblici a tempo indeterminato.

comprende come la costituzione di tali rapporti di lavoro potrebbe arrecare danno allo Stato, in misura maggiore del risarcimento del danno.

Da queste considerazioni emerge la possibile soluzione anche del precariato ordinario non di Stato: una sola misura ostativa, basata sulla durata complessiva massima dei contratti a termine, in uno con graduatorie per la riassunzione nell'impresa. In tal modo si consente di assicurare sia esigenze connesse al patto di prova, sia di garantire una certa flessibilità in entrata. Ovviamente sarebbe necessario prevedere la possibilità per l'imprenditore di espellere il lavoratore dalle graduatorie per la riassunzione, a fronte di una giusta causa ovvero di plurimi rifiuti di riassunzione. A fronte di esigenze temporanee, ad esempio trimestrali, ipotizzando una durata massima di 36 mesi (come è oggi previsto dall'art 5, comma 4-*bis*, del d.lgs. n. 368/01) si determina la costituzione del rapporto di lavoro addirittura dopo 12 anni. Peraltro le esigenze cicliche conoscono uno specifico contratto, il *part-time* verticale.

Ed allora perché la problematica dei contratti a termine se è previsto il *part-time* verticale? Perché si è prevista ad esempio la c.d. causale postale anche per esigenze connesse a periodi dell'anno precisi (*sei mesi, compresi tra aprile ed ottobre di ogni anno*)?

La ragione potrebbe risiedere nella disciplina della indennità di disoccupazione (che non spetta in ipotesi di *part-time* verticale) che si traduce in un vantaggio economico per i lavoratori ove assunti a termine per periodi ciclici.

Infatti i periodi di non occupazione, ovvero i periodi di tempo non lavorati in caso di *part-time* verticale, non danno diritto al pagamento della indennità di disoccupazione, trattandosi di periodi non conseguenti a disoccupazione involontaria. Detta previsione potrebbe però costituire un caso di violazione del principio di uguaglianza/non discriminazione di cui alla clausola 4 della direttiva 97/81/Ce⁴⁵⁴ essendo "lavoratore a tempo pieno comparabile", di cui alla clausola 2 della stessa, anche il lavoratore a tempo pieno e determinato. Il passaggio logico necessario per sostenere la discriminatorietà è nel rilievo che l'indennità di disoccupazione consente l'accredito contributivo, incidendo pertanto sul diritto a pensione. Posto che la Corte di giustizia riconosce che tutte le forme di pensioni professionali costituiscono un elemento di retribuzione⁴⁵⁵ e che le pensioni italiane dovrebbero ritenersi pensioni professionali⁴⁵⁶, traspare la possibile discriminatorietà del sistema interno, anche ai sensi della clausola 4 della direttiva 97/81/Ce, vista la disuguaglianza, in termini di retribuzione.

⁴⁵⁴ Direttiva UE 97/81/CE del Consiglio del 15 dicembre 1997 relativa all'accordo quadro sul lavoro a tempo parziale concluso dall'UNICE, dal CEEP e dalla CES -/Accordo quadro sul lavoro a tempo parziale. clausola 4: Per quanto attiene alle condizioni di impiego, i lavoratori a tempo parziale non devono essere trattati in modo meno favorevole rispetto ai lavoratori a tempo pieno comparabili per il solo motivo di lavorare a tempo parziale, a meno che un trattamento differente sia giustificato da ragioni obiettive.

⁴⁵⁵ Ciò sin dalla sentenza del 17 maggio 1990, nella causa C-262/88, Barber/Royal Exchange Assurance.

⁴⁵⁶ Semplificando si può affermare che si tratta di retribuzione differita (pensione professionale) quando la prestazione è calcolata (solo o in misura assolutamente prevalente) sulla base delle retribuzioni e del periodo di iscrizione, trovando così la sua causa diretta nel rapporto di lavoro e non in una erogazione da parte dello Stato per ragioni di carattere sociale. In detta ipotesi si tratta di retribuzione differita per cui si ricade nel pieno della applicazione del diritto dell'Unione. È irrilevante che il soggetto erogante sia diverso dal datore di lavoro (sentenza della Corte del 17 aprile 1997, C-147/95, Dimossia Epicheirissi Illektrismou (DEI) contro Efthimos Evrenopoulos, punti 16 e 23).

Seguendo questa impostazione, la disciplina della indennità di disoccupazione, che pone in una condizione di minore convenienza economica i lavoratori con *part-time* verticale, potrebbe ritenersi contraria al diritto eurounitario; sulla scorta di esso si potrebbe riconoscere la predetta indennità anche nelle ipotesi di *part-time* verticale⁴⁵⁷. In tal modo verrebbe meno un notevole ostacolo alla diffusione di tale tipologia di articolazione dell'orario di lavoro, non affrontato neppure con la previsione della Assicurazione sociale per l'impiego (ASpl) di cui alla riforma Monti-Fornero.

⁴⁵⁷ Da ricordarsi che l'Ordinamento europeo conosce, ad altri fini, il concetto di disoccupazione parziale, contrapposta alla totale (cfr. art. 65 del Regolamento n. 883/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio del 24 aprile 2004 relativo al coordinamento dei sistemi di sicurezza sociale; cfr. altresì l'art. 71 dell'abrogato Regolamento n. 1408/71 del Consiglio del 14 giugno 1971, relativo all'applicazione dei regimi di sicurezza sociale ai lavoratori dipendenti e ai loro familiari che si spostano all'interno della Comunità).

Il diritto alla vita appeso al ramo e la svolta risarcitoria*

Roberto Rivero

1. Premessa	140
2. Cronometristi della morte	141
3. L'irrilevanza del tempo e la lucida agonia	142
4. La mancanza di tutela del bene vita. Orientamento pre-Costituzione	143
5. Risarcire la vita: un ossimoro?	145
6. Il danno terminale: più vivi più sei risarcito!	145
7. La riduzione in coma: nessun risarcimento.	147
8. La stima del risarcimento.	147
9. Il superamento dell'orientamento tradizionale. La sentenza n. 1361/2014	148

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 199/2014

Fino alla sentenza 1361/2014 della Cassazione, la giurisprudenza offriva l'opportunità di effettuare "il delitto perfetto" a livello civilistico (s'intende) e di non pagare nulla nel rispetto dell'ordinamento; bastava uccidere immediatamente e scegliere una persona che non avesse una occupazione, nè prossimi congiunti; e non si rischiava assolutamente niente.

Da circa un secolo la giurisprudenza dominante (dalla Cassazione alla Corte Costituzionale) sosteneva infatti che chi muore immediatamente per responsabilità altrui non subirebbe alcun danno civilistico perché - questo il paradosso del diritto alla vita - quando è arrivata la morte il soggetto più non esisteva per maturare il diritto al risarcimento e trasmetterlo iure hereditatis. In sostanza l'ordinamento non avrebbe potuto risarcire il danno alla vita perché per il diritto non c'era nulla da risarcire e non essendoci nessuno su cui potesse agire una riparazione civilistica il risarcimento avrebbe avuto una funzione esclusivamente punitiva.

Contro questa concezione – a dir poco inquietante - poteva bastare lo stesso senso comune ed il sentimento di giustizia che rifiutano di ammettere che chi ha perso la vita non abbia subito nessuna perdita. Oggi contro questa concezione si è espressa finalmente la Corte di Cassazione (sentenza n.1361/2014) con dovizia di argomenti logici e giuridici.

1. Premessa

Appeso al ramo di un albero, per circa mezz'ora, fulminato da una scarica elettrica, lo sventurato lavoratore avrà provato sofferenza interiore percependo l'approssimarsi della fine? Tratto da una vicenda reale (Cass. n. 8360/2010), il caso riassume il paradigma decisorio in base al quale la giurisprudenza perveniva, talvolta, al controverso riconoscimento del c.d. danno tantologico, con un incerto incedere durato circa 100 anni.

Con la sentenza n. 1361/2014 la Cassazione perviene ad una storica svolta, riconoscendo per la prima volta, con una approfondita motivazione che si snoda per più di 100 pagine, il diritto al risarcimento del "danno alla vita" in quanto tale, ovvero il danno da morte propria della vittima trasmissibile perciò iure hereditatis (agli eredi quali che essi siano) nei cui confronti dovrà essere conseguentemente corrisposto l'equivalente.

Si tratta di una sentenza importante che segna un cambiamento di rotta epocale rispetto ad un orientamento giurisprudenziale foriero di ingiustizie e disparità di trattamento, troppo a lungo praticate.

Nel novembre 2008 le stesse Sezioni Unite della Cassazione con le quattro sentenze gemelle sul danno non patrimoniale, avevano incidentalmente rievocato la giurisprudenza sul danno da morte (c.d. tanatologico) - inteso come danno morale (trasmissibile *iure successionis*) - subito dalla vittima di lesioni fisiche alle quali fosse seguita *dopo breve tempo* la morte e che fosse rimasta *in lucida attesa* durante l'agonia, "in consapevole attesa della fine"; da cui appunto la sofferenza morale oggetto del risarcimento.

Lo stesso pronunciamento delle Sez. Unite 2008 rendeva bene, dunque, gli avvimenti logici attraverso cui veniva costruita la figura del danno tanatologico nella nostra giurisprudenza. All'interno di una impostazione teorica che in via di principio non concepiva in realtà nessuna tutela per il diritto alla vita, la Corte di Cassazione era venuta creando una nozione di danno tanatologico tanto sfaccettata, quanto gravida di dilemmi interpretativi e sistematici.

Non era chiaro prima di tutto dove risiedesse la demarcazione della linea stessa della risarcibilità ossia la distinzione tra danno tanatologico risarcibile e quello non risarcibile. Non si intuiva dove riposasse la separazione con la diversa figura del danno che veniva chiamato terminale e che era correlato alla morte che seguiva a lunga distanza dal fatto lesivo (ad es. una malattia professionale); figura rispetto alla quale veniva naturale domandarsi: ma quando è che il danno tanatologico diventa terminale (dopo quanto tempo)? Nei confronti del sistema del diritto civile in generale, poi, questa giurisprudenza poneva soprattutto un interrogativo spiazzante rispetto all'ottica dei valori costituzionali nella quale era stata avvolta negli ultimi anni la nuova sistematica del danno non patrimoniale: come era possibile, dunque, che il maggiore dei beni costituzionali di una persona (la vita), tutelato nell'art.2 della Cost., non venisse considerato sempre e comunque risarcibile in caso di perdita dovuta a fatto illecito altrui? Per non dire poi dell'altalena interpretativa sulla natura intrinseca del danno tanatologico che, a seconda delle pronunce, rilevava ora come morale; altre volte come biologico o biologico catastrofico (ad es. Cass. 1072/2011); mentre quello c.d. terminale era sempre un danno biologico, ma soltanto *sub species* di biologico temporaneo.

Si tratta di distinzioni che sfuggono in realtà ad una logica ricostruttiva chiara; e che riposano su criteri temporali incerti e latamente discrezionali: come *l'immediatezza* della morte rispetto al fatto lesivo che contraddistingueva il danno tanatologico non risarcibile; il *breve tempo* che invece veniva richiesto per l'ammissibilità del danno tanatologico risarcibile; quello del *tempo apprezzabile* per il danno terminale.

2. Cronometristi della morte

Tutto questo impianto non poteva che cagionare incertezze e contraddizioni. Soprattutto per chi era obbligato a porsi l'incongruente questione di quale durata dovesse avere la sopravvivenza per potersi risarcire la morte. Indotti dalla casistica, i giudici – ma non sono mancate lodevoli eccezioni – si sono dovuti cimentare perciò nel tragico ruolo di cronometristi della morte.

In un caso la Cassazione (n. 870/2008) ha dovuto annullare una sentenza di merito con cui si era affermato che la sopravvivenza di tre giorni non integrasse un sufficiente lasso di tempo tale da far acquistare alla vittima il diritto al risarcimento del danno (qualificato peraltro come biologico).

In un altro caso la Cassazione (4783/2001) ha invece stabilito che anche l'intervallo di quattro ore tra le lesioni e la morte potrebbe giustificare *“la risarcibilità del danno biologico iure hereditatis ove il danno fisico o psichico possa essere apprezzato dalla vittima come danno catastrofico pur nel breve intervallo delle residue speranza di vita”*.

Nella sentenza n. 8360/2010 la Cassazione, nel caso del lavoratore fulminato da una scarica elettrica proveniente dai fili dell'alta tensione mentre lavorava su un albero, ha sostenuto che anche la morte sopraggiunta dopo circa mezz'ora (essendo il de cuius *“rimasto appeso al ramo a cavalcioni”*) meritasse un risarcimento del danno (già ritenuto come biologico e questa volta riqualificato dalla Corte come morale).

3. L'irrelevanza del tempo e la lucida agonia

La giurisprudenza della Corte di Cassazione aveva poi compiuto ulteriori passi nell'elaborazione del danno tanatologico, superando del tutto la distinzione tra morte immediata e non immediata e dando risalto esclusivamente alla (prova della) percezione della sofferenza. In qualche modo rivedendo e precisando i propri precedenti distinguo ed anche l'arresto delle SU 2008 prima cit. che (limitandosi ad operare una mera ricognizione sugli orientamenti di legittimità) richiedevano ancora – insieme, come si è visto – il breve lasso di tempo, la lucida attesa e l'agonia nel trapasso dalla vita alla morte.

In particolare con due sentenze del 2010 e 2011, la Corte di Cassazione aveva chiarito espressamente che ai fini del risarcimento del danno non patrimoniale, tanatologico, iure hereditatis, fosse del tutto irrilevante il lasso di tempo intercorrente fra il sinistro e l'evento letale.

La sentenza n.1072/2011 (richiamando altri precedenti: Cass. 3260/2007; 4783/2001) aveva infatti statuito che: “ In caso di lesione dell'integrità fisica - nella specie conseguente ad un infortunio sul lavoro - che abbia portato a breve distanza di tempo ad esito letale, è configurabile un danno biologico di natura psichica subito dalla vittima che abbia percepito lucidamente l'approssimarsi della morte, reclamabile dai suoi eredi, la cui entità dipende non già dalla durata dell'intervallo tra la lesione e la morte bensì dall'intensità della sofferenza provata; il diritto al risarcimento di tale danno è trasmissibile agli eredi.”

Nell'altra pronuncia la Cassazione (n. 13672/2010) aveva pure affermato che “In caso di morte che segua le lesioni fisiche dopo breve tempo, il danno c.d. tanatologico, consistente nella sofferenza patita dalla vittima che sia rimasta lucida durante l'agonia, in consapevole attesa della fine, dev'essere ricondotto nella dimensione del danno morale, inteso nella sua più ampia accezione, ed il diritto al relativo risarcimento è trasmissibile agli eredi.” Ed anche in questa sentenza la Cassazione ha proceduto a cassare la pronuncia della corte di merito la quale aveva ritenuto che l'ambito temporale estremamente circoscritto dei fatti rendesse irrilevante l'accertamento sull'esistenza in vita del lavoratore (al momento della sua estrazione dalle macerie) e sulla sua richiesta di aiuto. In particolare in quel caso risultava che il lavoratore prima di morire si fosse limitato soltanto a chiamare aiuto da sotto le macerie di un muro che gli era crollato addosso. E nella stessa sentenza la Corte, dando ragione dello sviluppo giurisprudenziale di cui si è detto prima ha osservato che “nel quadro sistematico del "danno non patrimoniale" complessivo recentemente precisato dalle Sezioni Unite di questa Corte (v. Cass. S.U. 11 - 11 - 2008 n. 26972), deve essere riconosciuto (ove, in sostanza, allegato e provato) il "danno morale, a ristoro della sofferenza psichica provata dalla vittima di lesioni fisiche, alle quali sia seguita dopo breve tempo la morte, che sia rimasta lucida durante l'agonia in consapevole attesa della fine". Peraltro questa Corte, anche in precedenza aveva affermato che la brevità del periodo di sopravvivenza alle lesioni, se esclude l'apprezzabilità ai fini risarcitori del deterioramento della qualità della vita in ragione del pregiudizio della salute, ostando alla configurabilità di un danno biologico risarcibile, non esclude viceversa che la vittima abbia potuto percepire le conseguenze catastrofiche delle lesioni subite e patire sofferenza, il diritto al cui risarcimento, sotto il profilo del danno morale, risulta pertanto già entrato a far parte del suo patrimonio al momento della morte, e può essere conseguentemente fatto valere "iure hereditatis".

In sostanza, sulla scorta degli sviluppi giurisprudenziali di cui sopra, poteva affermarsi che la giurisprudenza della Corte di Cassazione avesse del tutto superato il requisito della morte immediata

richiedendo soltanto quello della percezione della sofferenza (Cass. 1072/2011 parla appunto in sentenza della “irrelevanza del lasso di tempo intercorrente fra il sinistro e l'evento letale”).

Quello che occorre, dunque, secondo l'ultima giurisprudenza era soltanto la percezione della fine; non era necessario che il giudice di merito cronometrassero un periodo di tempo apprezzabile tra la morte e l'evento. D'altra parte sarebbe veramente assurdo pretenderlo, operando una incerta distinzione (di maggiore o minore lasso di tempo) foriera di irrazionalità ed inevitabilmente in contrasto con la superiore direttrice di ragionevolezza che promana dall'art.3 Cost. Perché cosa potrebbe mai cambiare nella situazione di sofferenza di un lavoratore ad es. seppellito sotto terra (come nel caso giudicato dalla Cassazione n. 13672/2010) se la sua morte fosse intervenuta dopo 1 minuto piuttosto che dopo 15 minuti?

Tuttavia, anche questa condizione selettiva aveva posto i giudici dei casi concreti ad operare con incerte presunzioni; spingendosi, talvolta, nella fantasiosa ricerca della percezione della sofferenza a vere e proprie finzioni, onde aggirare la rigidità dell'orientamento tradizionale. Una sentenza del Tribunale di Trieste per verificare se una persona che aveva subito gravissime lesioni mortali (dopo un incendio) avesse maturato il danno tanatologico è stata costretta a chiedersi se è stata cosciente durante il coma e pur senza alcun elemento in tale senso ha concluso che l'interessato avrà avuto coscienza nei 33 giorni di coma “*seppur presumibilmente e per brevi tratti*”. Mentre nel caso del lavoratore fulminato sull'albero la Corte di Cassazione (8360/2010) ha soltanto presunto che la vittima fosse stata cosciente *poichè i soccorsi non sarebbero stati tempestivi*, ma senza accertare perché la morte sarebbe sopraggiunta veramente dopo circa mezz'ora.

4. La mancanza di tutela del bene vita. Orientamento pre-Costituzione

Seguitando a richiedere la percezione della sofferenza interiore della vittima, come condizione per la risarcibilità del danno da morte, la giurisprudenza continuava comunque a ribadire che l'ordinamento non ammettesse tutela per la perdita diretta del bene vita, secondo la disciplina costituzionale dei beni, premessa alla teorica oramai più che decennale della liquidazione del danno non patrimoniale.

Si poteva perciò affermare che per il sistema risarcitorio civilistico la vita della persona non aveva valore; e tanto meno quella del lavoratore, posto che essa non veniva certo indennizzata dall'INAIL (Cass. Sez. 3, Sentenza n. 15760 del 2006) il quale si occupa delle sole conseguenze patrimoniali che la morte del lavoratore produce a determinati congiunti, ai quali l'istituto eroga una rendita (per diritto iure proprio e non certo iure successione).

Il fatto più sorprendente era poi apprendere che le basi teoriche di questa clamorosa carenza di tutela fossero largamente opinabili, ancorchè avessero trovato suggello in un pronunciamento della Corte Costituzionale (sentenza 27.10.1994 n. 372) la quale si era limitata, peraltro, ad attestarsi su un orientamento giurisprudenziale risalente, addirittura, al periodo pre-costituzionale in quanto elaborato nel 1925 dalle Sezioni Unite della Cassazione (con la sentenza n.3475). Insomma su una questione di così fondamentale portata, si immaginano chissà quali argomenti ed ostacoli normativi insormontabili e si scopre invece che l'argomento restrittivo si fonda per intero su una sentenza pre-Costituzione secondo la quale “*se è alla lesione che si rapportano i danni, questi entrano e possono logicamente entrare nel patrimonio del lesionato solo in quanto e fin quando il medesimo sia in vita. Questo spentosi, cessa anche la capacità di acquistare che presuppone appunto e necessariamente l'esistenza di un soggetto di diritto. Onde, in rapporto alla persona del*

lesionato, come subbietto dell'azione di danni, questi restano senz'altro confinati nell'ambito dei danni verificatisi dal momento della lesione a quello della morte, ed è soltanto rispetto ad essi che gli eredi possono agire iure hereditatis".

La stessa argomentazione viene ripresa dunque dalla Corte Cost. 27 ottobre 1994 n. 372⁴⁵⁸, come argomento definitivo e preclusivo per il risarcimento del danno alla vita (sia pure erroneamente prospettato dal giudice a quo come massima lesione della salute) ricordando appunto che secondo *"la non recente sentenza delle Sezioni unite della Corte di cassazione (n. 3475 del 1925)"* *"un diritto di risarcimento può sorgere in capo alla persona deceduta limitatamente ai danni verificatisi dal momento della lesione a quello della morte, e quindi non sorge in caso di morte immediata, la quale impedisce che la lesione si rifletta in una perdita a carico della persona offesa, ormai non più in vita"* E questo costituirebbe secondo la stessa Corte Cost. *"un limite strutturale della responsabilità civile: limite afferente sia all'oggetto del risarcimento, che non può consistere se non in una perdita cagionata dalla lesione di una situazione giuridica soggettiva, sia alla liquidazione del danno, che non può riferirsi se non a perdite."*

A fondamento della tesi negativa del risarcimento del bene vita, i supremi giudici avevano dunque elaborato una sorta di giustificazione sofisticata fondata sul più tipico degli argomenti epicurei: se c'è la morte non c'è la vita (e viceversa). Veniva opposto, in sostanza, che il bene della vita non potesse essere risarcito per un limite intrinseco dello stesso ordinamento risarcitorio, in quanto la morte immediata si opporrebbe alla maturazione (istantanea) del diritto al risarcimento in capo alla vittima; talchè non essendovi iato tra vita e morte non ci sarebbe stato il tempo (lo spazio temporale) per una maturazione del diritto in capo alla vittima (come soggetto di diritto, come persona) da trasmettersi agli eredi.

A questo orientamento si poteva subito replicare che, in realtà, il titolare del bene vita diventi titolare del diritto al risarcimento al momento stesso della lesione, nè prima, nè dopo (e che qui andasse tenuto conto della natura del bene). Si poteva obiettare cioè che nel momento stesso in cui un soggetto fosse privato del bene della vita, egli diventasse titolare del diritto al risarcimento del danno da trasmettere agli eredi. E non pare che contro questa argomentazione si potessero opporre barriere logiche insormontabili: non poteva certo dirsi che chi è privato della vita non venisse privato di nulla, perché appunto con il sopravvenire della morte non c'è più la vita che c'era prima. Anche perché, come è stato notato altre volte, la relazione tra i beni e tra i due termini del discorso non era da impostare in termini puramente temporali, ma appunto logici; a fini giuridici: distinguendo un prius (la perdita del bene vita) dall'acquisto del suo equivalente giuridico (rappresentato dal risarcimento del danno) come posterius, rilevante sempre sul piano logico.

D'altra parte anche il discorso scientifico supporta questa soluzione; sono oramai diversi decenni (oltre 40 anni, dal congresso della World Medical Assembly di Sidney), che la morte di una persona viene considerata come processo graduale a livello cellulare, in quanto i diversi tessuti hanno diverse capacità di resistere alla privazione di ossigeno; non esiste la morte istantanea, intesa come cessazione di tutte le funzioni vitali di una persona nello stesso unico istante (se non in casi rarissimi); bisogna distinguere la morte come processo (il morire) dalla morte come evento (punto di morte). La stessa legge italiana accoglie oggi la definizione di morte come morte

⁴⁵⁸ Per il commento alla sentenza 372/1994 vedi in Resp. Civ. e prev., 1994, 976, con nota di Scalfi Giannini e Navaretta.

cerebrale (cessazione delle funzioni dell'encefalo). La morte cerebrale avviene prima della morte cardiaca; e su queste premesse (dell'anticipazione della morte) che si fonda il fatto che i rianimatori non incorrano più nell'accusa di essere considerati assassini se spengono le loro macchine; nè correvano tale rischio i chirurghi che espantavano degli organi (ad es. il cuore "da cadavere a cuore battente", espantato già nel 1967 da Christian Barnard). Oggi addirittura con l'evoluzione delle conoscenze scientifiche si può distinguere anche all'interno della morte cerebrale; tra morte cerebrale totale e morte corticale.

In altri termini il rapporto tra vita e morte, anche dal punto di vista scientifico (come da quello normativo) non può impostarsi in termini di passaggi rigidi, come suppone la giurisprudenza che nega il danno alla vita.

5. Risarcire la vita: un ossimoro?

Un altro argomento che veniva opposto contro il risarcimento del danno alla vita si faceva risalire alla concezione essenzialmente riparatoria accolta dal nostro sistema di diritto civile, la quale non avrebbe consentito – secondo molti interpreti – di poter risarcire per equivalente la vita ad una persona che più non esiste. Vi sono stati giudici che in proposito hanno perciò scritto che risarcire la vita fosse un vero e proprio *non sense* e comunque un ossimoro (!). In realtà questa argomentazione sulla funzione riparatoria del risarcimento civilistico non aggiunge proprio nulla alla discussione, ma soltanto ribadisce che non si possa risarcire il danno alla vita ad una persona che abbia cessato di esistere. Esso sottende cioè la stessa aberrante concezione che non ci sia nulla da risarcire; e non essendoci nulla su cui possa agire una riparazione civilistica, il risarcimento finirebbe per assumere una funzione esclusivamente punitiva. L'obiezione che si fonda sulla concezione riparatoria della responsabilità civile vuol dire soltanto che quando una persona muore (immediatamente) non avrebbe subito alcun danno, nessuna perdita, perché - questo il paradosso del diritto alla vita - quando è arrivata la morte il soggetto non poteva essere in vita per maturare il diritto al risarcimento.

Si tratta di un'obiezione che può essere disattesa sulla base dello stesso senso comune e del sentimento di giustizia che rifiuta di ammettere che chi ha subito la perdita della vita non abbia subito nessuna perdita.

6. Il danno terminale: più vivi più sei risarcito!

La prova più evidente che il diritto alla vita in quanto tale non venisse considerato ai fini del risarcimento, era però dimostrato dal fatto che quand'anche una persona fosse deceduta per effetto di una condotta lesiva dopo un lungo tempo dal fatto ed in perfetto stato di lucidità, non venisse mai risarcito il danno alla vita (la perdita della vita), ma sempre e comunque un altro bene (con non pochi paradossi). Ed è qui che viene in rilievo la vicenda del c.d. danno terminale commisurato dalla giurisprudenza alla durata della lesione del danno biologico (temporaneo). Considerando soltanto il tempo tra la lesione e la morte la giurisprudenza finiva per risarcire in modo più consistente chi fosse vissuto più a lungo e liquidare di meno a chi fosse vissuto per un tempo minore rispetto all'illecito. Una prima evidente incongruità, perché per quanto si possa argomentare nessuno potrai mai convincerci che morire possa essere (normalmente) un danno minore che vivere; e che vivere di meno (normalmente) sia un danno meno grave che vivere più a lungo.

La figura del danno terminale dimostrava in modo palmare come la perdita della vita non contasse nulla per il nostro sistema risarcitorio; che risarciva il danno morale o il danno biologico catastrofico se la morte sopravveniva (anche nell'immediatezza ma) in stato di coscienza; oppure il danno biologico se la morte sopravveniva in stato di coscienza dopo lungo tempo. Talchè l'aver cagionato ad es. ad una persona l'insorgenza di una malattia ad effetti sicuramente letali (come un mesotelioma pleurico da illecita esposizione all'amianto) non determinava alcun risarcimento del bene della vita.

Non si spiegava poi nemmeno perché nel caso del danno terminale venisse negato pure il risarcimento lo stesso danno biologico permanente, pure presente nel periodo che va dalla stabilizzazione delle lesioni alla morte. Perché se un soggetto fosse sopravvissuto alla liquidazione maturava diritto al danno permanente e temporaneo mentre se fosse morto prima gli eredi potevano reclamare solo quello temporaneo? Nel periodo di invalidità pre morte non vale l'invalidità permanente se la malattia perdura per anni? E ciò conferma pure che nel nostro ordinamento uccidere fosse sempre ed in ogni caso più conveniente che ferire.

Essere sottoposti ad una azione nociva che cagionasse una lenta malattia mortale (professionale o non professionale) poteva dunque costare assai poco dal punto di vista risarcitorio. Seguendo la teorica del c.d. danno terminale il danno biologico veniva limitato a quello temporaneo. Solitamente poche migliaia di Euro (cfr. però Corte Appello Torino che ha cercato di rimediare a questa incongruenza; sentenza 287/2013). Non si liquidava il danno permanente maturato nel corso di una vita fortemente menomata. Ed anche il danno morale, ovviamente, ne risentiva perché col nuovo corso delle Sez.Un. del 2008 i giudici per lo più lo liquidano in modo ancor più automatico di prima (anche se preferiscono parlare formalmente di personalizzazione) all'interno del danno biologico o non patrimoniale che dir si voglia. Dimenticando che, come ricorda la stessa sentenza 1361/2014 che qui si commenta, il danno morale ha riguardo anche alla dignità della persona che è un aspetto del tutto distinto dalla sofferenza soggettiva; e che è perciò da escludersi possa essere risarcito con una frazione di danno biologico tabellare.

Pertanto quando il biologico (considerato solo nella dimensione temporanea) è basso ancor più basso sarà il danno morale di chi muore per una lunga malattia. E se si valuta in cifra il criterio di liquidazione adottato da molti giudici per il danno terminale si assiste a degli scostamenti veramente ingiustificabili: si va dal criterio dell'indennità biologica temporanea pura - 600 euro! aveva liquidato il Tribunale di Fermo per una morte avvenuta dopo gg. 27 (22 euro al giorno); mentre il tribunale di Genova per un mesotelioma che aveva condotto alla morte dopo nove mesi ha riconosciuto 69 euro al giorno e liquidato circa 20000 - al criterio del danno biologico personalizzato alla gravità del caso concreto come suggerisce la Cassazione.⁴⁵⁹ Per il tribunale di Bologna il criterio corretto sarebbe 600 euro come media (da 500 a 1000 euro al giorno); e liquida € 16.200 per la stessa morte di 27 giorni. La Corte d'Appello di Venezia per una morte di mesotelioma avvenuto dopo nove mesi riconosce 150 euro al giorno (4500 euro al mese) e liquida 40.000 euro per nove mesi di sofferenza. La Cass. 16 maggio 2003 n. 7632 conferma una pronuncia della Corte

⁴⁵⁹ Cass. 16 maggio 2003 n. 7632: La quantificazione equitativa del danno terminale va operata tenendo conto delle caratteristiche peculiari di questo pregiudizio, consistenti nel fatto che si tratta di un danno alla salute che, sebbene temporaneo, è massimo nella sua entità ed intensità, sia che si applichi il criterio di liquidazione equitativa "puro" sia che si applichi il criterio di liquidazione tabellare, in quanto entrambi questi criteri di liquidazione sono legittimamente utilizzabili, purchè vengano dal giudice adeguatamente "personalizzati!", ovvero adeguati al caso concreto

d'Appello di Venezia che aveva riconosciuto il danno terminale di euro 31.500 per un ragazzo di 17 anni morto dopo dieci giorni di agonia (e quindi in base a più di tremila euro al giorno). Da 22 a 3000 euro al giorno: uno scostamento da lotteria forense, che non risponde certamente al principio cardine di equità che secondo la Cassazione include anche il rispetto della parità di trattamento.

Si tratta di liquidazioni che come ognuno può vedere rasentano talvolta l'assurdo; anche perché in cifra assoluta il danno non patrimoniale (morale e biologico terminale) di una vittima primaria del bene, finisce per valere molto meno del danno morale dei parenti della vittima; i quali per la tabella di Milano quando muore un congiunto vengono risarciti con cifre sicuramente più elevate (anche di 5/10 volte più elevate), fino ad arrivare anche a più di 300.000 euro.

Un criterio ragionevole sul terreno della liquidazione, fondato su una logica di congruità comparativa, poteva essere quello di non stimare mai il danno di chi muore (per infortunio o malattia dovuta a responsabilità altrui) in misura inferiore a quello liquidato per danno parentale dei congiunti; e ciò sulla base dell'indiscutibile assioma che la perdita della vita (o il dolore per la sua perdita) sia comunque più grave del dolore residuo in chi continui a vivere (se è vero che, come riconosce la saggezza popolare, "il peggio è per chi muore, che chi vive si consola"....).

7. La riduzione in coma: nessun risarcimento.

Anche per il coma ovvero nel caso di persona che sopravviva alla lesione (per un tempo più o meno lungo) ridotta però in stato comatoso, la giurisprudenza non accordava nessun risarcimento. Ad es. Cassazione n. 79/2010 ha negato qualsiasi rilevanza risarcitoria per la riduzione in coma di una persona sostenendo (senza ulteriori necessarie specificazioni, quantomeno sul tipo di coma) che chi venga ridotto in coma sia "*sostanzialmente deceduto*" e non merita perciò alcun risarcimento; ma, appunto, non certo perché manchi il tempo per la maturazione (e quindi per il passaggio) del diritto in capo alla vittima, ma perché mancherebbe lo stato di cosciente attesa della morte, ossia la percezione della sofferenza.

Risultava quindi, ancora una volta, come nel nostro ordinamento la perdita del diritto alla vita (che subisce anche chi passa alla morte attraverso il coma) non venisse risarcita non perché mancherebbe una qualche condizione giuridica o un qualche elemento costitutivo della responsabilità civile (la persona in coma potrebbe essere anzi sopravvissuta più a lungo alla lesione rispetto a chi muoia cosciente dopo poco tempo); ma soltanto perché non si considerava la vita un bene risarcibile in quanto tale, dando rilievo risarcitorio soltanto alla sofferenza soggettiva che si assume non potrebbe subire la persona non cosciente.

Insomma mancando la tutela risarcitoria del bene vita e la giurisprudenza offriva l'opportunità di effettuare "il delitto perfetto", a livello civilistico (s'intende) e di non pagare nulla in applicazione della legge; bastava uccidere immediatamente e scegliere una persona che non avesse lavoro e prossimi congiunti; e non si pagava proprio niente.

8. La stima del risarcimento.

Neppure poteva essere attribuito rilievo contro il risarcimento del danno alla vita ad una supposta difficoltà di stimarne il valore. Al contrario, a livello di liquidazione giudiziaria risarcire la vita dovrebbe ritenersi più facile che risarcire altri beni immateriali; la vita dovrebbe avere infatti un valore di base tendenzialmente eguale per tutti. L'argomento secondo cui la vita non può avere

un valore non può ritenersi quindi corretto o risolutivo: certo la vita è il bene sommo e non può esistere un valore patrimoniale sufficiente per risarcirne la perdita in modo oggettivo; ma questo non impedisce di trovare una compensazione convenzionale per equivalente, come si fa per tutti gli altri beni di natura non patrimoniali. Esiste forse il valore reale della salute? E dell'onore? E del danno morale o del biologico catastrofico e del danno terminale? D'altra parte, se venisse individuato un criterio di liquidazione per il risarcimento del bene vita si impedirebbero tante altre contraddizioni e si consentirebbe di non duplicare risarcimenti. Si liquiderebbe perciò tendenzialmente con lo stesso parametro di base (salve le opportune personalizzazioni) il danno di chi è deceduto dopo un lungo periodo di malattia e di chi è morto subito dopo il fatto; di chi è morto cosciente o incosciente; di chi è stato in coma oppure no.

9. Il superamento dell'orientamento tradizionale. La sentenza n. 1361/2014

L'orientamento tradizionale si poneva poi in contraddizione con la tesi espressa da altre sentenze della Cassazione che quando non discorrono di risarcimento ma di altri fini riconoscono espressamente il diritto alla vita come bene giuridico sommo, diverso dalla salute, tutelato dal nostro ordinamento (ad es. Cassazione 27 maggio 2009 n. 13326 che pure parla del diritto alla vita).

Vi erano inoltre pressanti argomenti di spessore costituzionale che muovevano per il superamento di questa situazione di denegata tutela. Si poteva pensare di riproporre una nuova questione di costituzionalità dell'art.2059 c.c., oltre che per violazione dell'art.2 Cost., anche per violazione delle norme della CEDU. Il diritto alla vita è infatti tutelato espressamente dall'art.2 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (*"Il diritto alla vita è tutelato dalla legge"*). La CEDU è quantomeno parametro interposto per la violazione dell'art.117 o comunque dell'art. 10 della Cost. Se quindi vi è una posizione soggettiva come il diritto alla vita garantita dalla CEDU (secondo l'interpretazione che ne fa la Corte di Giustizia) si rischia di rendere costituzionalmente illegittimo il sistema risarcitorio (l'art.2059 c.c.) per violazione degli artt.117 e 10 Cost. La Corte Europea dei diritti dell'uomo ha infatti riconosciuto il diritto dell'erede (iure successionis) al danno risentito dal defunto a causa della sua uccisione nonostante la morte fosse avvenuta immediatamente (Affare Akkoc c. Turquie 10 ottobre 2000, 136; Case of Gul v. Turkey 14 febbraio 200, 110).

I tempi sembravano quindi maturi per il superamento dell'orientamento tradizionale; e questo compito è stato assolto dalla Cassazione in modo meditato, con la sentenza n. 1361/2014.

Dopo aver invitato (per circa 60 pagine) i giudici di merito a tener conto nella liquidazione del danno non patrimoniale di tutte le lesioni, ovvero di tutti gli interessi pregiudicati dall'illecito in tutti i loro aspetti (biologico, morale, esistenziale), nessuno dei quali può mai restare senza risarcimento (ovviamente in quanto allegato e provato); soltanto dopo, la Corte di Cassazione è passata all'esame della questione del danno tanatologico.

Muovendo dalla contraddittorietà ed illegittimità che inficiava l'argomentazione sostenuta dai giudici del merito milanesi (Tribunale e Corte d'Appello di Milano) a proposito del fatto che nessun danno iure successionis potesse sussistere nel caso esaminato, essendo la vittima deceduta dopo circa tre ore e mezzo dal sinistro, dopo cioè un lasso di tempo, ritenuto dagli stessi giudici del merito, *"insufficiente e far sorgere in capo alla vittima il diritto ad indennizzi di sorta"*. Quindi (a partire dalla pagina 66 in avanti) la Corte di Cassazione ha affrontato i nodi teorici della (apparentemente) complicata questione, partendo dalla tesi negativa espressa dalla Corte Costituzionale con la sentenza del 27.10.1994 n. 372, nella quale in realtà la questione venne liquidata con

un richiamo esplicito (veramente sorprendente data la natura stessa dell'organo) all'orientamento pre-costituzionale fatto proprio dalle Sezioni Unite nel 1925, prima cit.

La Corte di Cassazione 1361/2014 rievoca quindi le diverse figure elaborate dalla giurisprudenza come succedanee del mancato risarcimento del bene vita: il danno terminale biologico, il danno terminale morale (o catastrofe), il danno da perdita della chance di sopravvivenza; definendole soluzioni indirette, ricostruzioni parziali ed inappaganti, sebbene sintomatiche dell'avvertita necessità di superare la rigidità dell'assunto circa l'irrisarcibilità del danno da perdita della vita. Qualifica perciò come meri *escamotages* interpretativi i criteri del lasso di tempo, dell'entità delle sofferenze, della consapevolezza della fine che secondo alcune sentenze potrebbe anche essere "non cosciente" (Cassazione 28.08.2007 m. 18163). Ricorda che sebbene la salute sia un bene diverso dal diritto alla vita, ciò non comporti che debba negarsi risarcibilità alla perdita della vita; cita più volte la giurisprudenza di merito che ne ha ammesso il risarcimento (Tribunale Venezia 55492/2006; ma si v. anche Tribunale Ravenna 7.6.2011, inedita).

Nota come d'altra parte oramai si ammetta la trasmissibilità agli eredi del diritto al risarcimento dei danni non patrimoniali; e ricorda i casi del neonato, del nascituro e della persona giuridica ammessi alla tutela del danno non patrimoniale. Riconferma che tra fatto e diritto la relazione è sempre logica e mai di natura empirica e temporale; e richiama perciò l'invito dottrinario a non considerare le categorie giuridiche come dati immodificabili, esistenti in *rerum natura*, e ritenerli bensì in funzione servente del caso che si tratta di risolvere.

L'invito è a superare la dimensione del diritto soggettivo e considerare invece l'ottica del bene che viene meno e che reclama tutela, non solo quale danno del singolo che lo subisce ma anche per la collettività.

La Corte perviene quindi al superamento dell'orientamento negativo consolidato perché "*non del tutto rispondente all'effettivo sentire sociale nell'attuale momento storico*"; e senza che per questo sia necessario superare ("*allo stato*") l'assioma posto dalle Sezioni Unite nel 1998 (pag. 89) secondo cui solo i danni conseguenza sono risarcibili ma non il danno evento. La perdita della vita non ha altre "conseguenze" per l'individuo che abbia cessato di vivere ma solo perché comporta la perdita non di qualcosa ma di tutto, di tutti gli effetti e le conseguenze. Essa è dunque l'eccezione che conferma la regola: perché il danno non è mai risarcibile in re ipsa.

Per la Cassazione la stessa funzione compensativa del diritto civile risulta assolta anche ammettendo il risarcimento del diritto alla vita, siccome il credito della vittima accresce comunque il suo patrimonio ereditario, non diversamente da ogni altro caso di danno patrimoniale e non patrimoniale.

Attraverso questa via La Corte giunge al riconoscimento del danno alla vita definito come danno della vittima che rileva in sé e per sé, nella sua oggettività, di perdita del bene vita, oggetto di un diritto assoluto e inviolabile; a prescindere dalla consapevolezza che il danneggiato ne abbia, anche in caso di morte immediata. E senza che assuma rilievo né il lasso di tempo, né il criterio dell'intensità della sofferenza subita dalla vittima.

Per ciò che attiene al criterio di liquidazione la Corte suggerisce un sistema di quantificazione specifico, diverso da quello dettato per il danno biologico da cui il danno alla vita è autonomo. Occorre solo che sia equo e che non sia né meramente soggettivo (in base alla valutazione che ciascuno abbia della propria vita o altrui), né oggettivo (uguale per tutti). Per la Corte occorre

invece che sia personalizzato (contano perciò età, condizioni di salute, speranze di vita futura, attività svolta, condizioni personali e familiari).

In definitiva, anche sulla liquidazione del danno da morte, la Cassazione reitera l'invito al Giudice di merito ad operare una valutazione concreta dei danni guardando ai fatti e dando conto di aver apprezzato oltre all'età della vittima tutti gli indici del fatto (il sesso, grado di sensibilità dei danneggiati superstiti, situazioni di convivenza, gravità del fatto ed entità delle sofferenze). Perché questa è la reale personalizzazione del danno; e non quella di cui spesso discorrono sentenze che - quale che sia la lesione della persona che hanno davanti - elevano sempre di una frazione la somma del danno biologico tabellare, senza dar conto di alcun percorso logico (né di fatto né di diritto); e violando perciò il principio normativo di equità, a cui tutti i giudici devono ritenersi pur sempre sottoposti nel nostro ordinamento nella materia del risarcimento del danno non patrimoniale.

Tutele collettive *versus* tutele individuali nella riforma dei licenziamenti collettivi (L. N.92/12)*

Gaetano Natullo

1. Una premessa opportuna. Interessi collettivi e individuali nei licenziamenti per riduzione di personale.	152
2. I principali nodi al pettine nella applicazione della disciplina legislativa previgente.	153
3. I licenziamenti collettivi nella riforma Fornero: gli interventi organici (al disegno normativo) ed i “fuor d’opera”.	155
4. Segue... La correzione di rotta nelle procedure sindacali: la “sanatoria” negoziale (tra ratifica e interpretazione autentica).	156
5. Il nuovo regime sanzionatorio: stravolgimento dell’impianto originario ed incoerenze sistematiche.	158
6. Segue. Persistenti lacune e necessarie integrazioni per “analogia” (dalla disciplina dei licenziamenti individuali)	161
7. Una breve conclusione critica.	162
8. Riferimenti bibliografici	163

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 200/2014

1. Una premessa opportuna. Interessi collettivi e individuali nei licenziamenti per riduzione di personale.

Il presente contributo intende esaminare le modifiche apportate dalla c.d. “riforma Fornero” (l. n. 92 del 28 giugno 2012) alla disciplina dei licenziamenti collettivi, adottando due principali chiavi di lettura: a) l’impatto sul precedente assetto regolativo ed i suoi principali problemi applicativi; b) il confronto sistematico con il parallelo nuovo assetto regolativo dei licenziamenti individuali, che inevitabilmente ha costituito il “modello” della riforma.

È utile premettere almeno alcuni cenni essenziali all’assetto previgente, come noto regolamentato dalla l. n. 223 del 1991⁴⁶⁰, anche al fine di orientare metodologicamente una prima valutazione dell’intervento di riforma in termini di coerenza rispetto, da un lato, a *ratio* e contenuti della disciplina originaria e, dall’altro lato, rispetto ai principali problemi applicativi della stessa.

In questa ottica, credo convenga evidenziare almeno alcuni aspetti più significativi e rilevanti.

La prima ragione della differenza tra le fattispecie dei licenziamenti individuali e collettivi, che risiede nella diversa articolazione e connotazione degli interessi coinvolti e tutelati; come noto, infatti, sottese a quest’ultima vi sono vicende, eccedenze di personale talora anche quantitativamente assai rilevanti, che producono l’intrecciarsi di interessi complessi, sia all’esterno che all’interno dell’impresa, che a livello più ampio e generale sono riconducibili, più direttamente che nei licenziamenti individuali, al conflitto tra i principi costituzionali sottesi (solo per citare le principali norme) agli artt. 4 e 41 Cost. (diritto al lavoro *versus* diritto alla libertà di iniziativa economica privata). Quel conflitto, poi, come nel nostro caso, <<assume a volte rilievo tale da trasmutare anche in un contrasto tra le ragioni delle macroeconomie (macrointeressi) e quelle della microeconomia (microinteressi)>>⁴⁶¹.

Da qui, la altrettanto nota caratteristica fondamentale della disciplina dei licenziamenti collettivi e della sua applicazione, che risiede proprio nella “supremazia”, per un verso, dei profili (e interessi) quantitativi e collettivi (sindacali) su quelli individuali e, per altro verso, dei profili procedurali su quelli qualitativo-sostanziali. Infatti, la rilevanza essenziale delle “procedure sindacali” nel sistema delle tutele previsto dalla normativa europea e dalla legislazione italiana di trasposizione, ha prodotto, per contrappunto, la sostanziale “irrilevanza” dei vizi causali e del relativo sindacato giudiziale; sul punto è assolutamente consolidato l’orientamento della giurisprudenza: *“In materia di licenziamenti collettivi, la legge 23 luglio 1991 n. 223 ha introdotto un elemento innovativo consistente nel passaggio dal controllo giurisdizionale, esercitato “ex post” nel precedente assetto normativo, ad un controllo sull’iniziativa imprenditoriale devoluto “ex ante” alle organizzazioni sindacali. Conseguentemente i residui spazi di controllo devoluti al giudice non riguardano più i motivi della riduzione del personale (a differenza di quanto accade in relazione ai licenziamenti per giustificato motivo oggettivo) ma la correttezza procedurale dell’operazione; onde non possono trovare ingresso in sede giudiziale le censure riguardanti l’eventuale difetto di esigenze effettive di riduzione del personale o trasformazione dell’attività produttiva”*⁴⁶².

⁴⁶⁰ In generale e da ultimo, sulla disciplina italiana, v. MAZZOTTA, 2012; VENDITTI, 2012; BOLEGO, 2007; RICCI M., 2007; GRAGNOLI, 2006; DE LUCA TAMAJO – BIANCHI D’URSO, 2006 (in particolare i contributi di M.T. SALIMBENI, L. CALCATERRA, M. DE ROSA); sia consentito anche il rinvio a NATULLO, 2004.

⁴⁶¹ Così GAROFALO, 1990.

⁴⁶² Da ultimo Cass. 08 ottobre 2013, n. 22873, *GD*, 2013, 48, 71; cfr. anche di recente Cass. 26 agosto 2013 n. 19576, *GC, Mass.*, 2013.

Ne deriva, come inevitabile conseguenza, anche per le ulteriori ragioni che vedremo più avanti, la supremazia del ruolo e delle ragioni del sindacato su quelle dei lavoratori *uti singuli*.

Proprio la diversa rilevanza “quantitativa” della vicenda, da cui la diversa articolazione degli interessi coinvolti, dopo la disciplina del 1991 diviene anche l’unico vero elemento distintivo dalla fattispecie del licenziamento individuale per motivo oggettivo: è infatti opinione assolutamente diffusa, sebbene con inevitabili distinguo, che la tesi della differenza “ontologica” e “qualitativo-causale” tra le due fattispecie, in precedenza avanzata, è del tutto superata, a vantaggio, pur nella distinzione ed autonomia degli istituti, di una sostanziale unitarietà del profilo causale.⁴⁶³

Di tutto ciò converrà tener conto nel prosieguo dell’indagine.

2. I principali nodi al pettine nella applicazione della disciplina legislativa previgente.

Venendo ad approfondire i principali problemi applicativi presentati dalla disciplina del 1991, per quanto sopra detto era inevitabile che si incentrassero sulla corretta attuazione delle procedure sindacali.

Nel diritto vivente si è determinato un forte divario interpretativo tra opzioni, per così dire, “formal-garantistiche” e opzioni che all’opposto è possibile definire “funzional-sostanzialistiche”, con contrasti interpretativi in giurisprudenza solo parzialmente risolti⁴⁶⁴.

Infatti, secondo il primo orientamento, il rilievo assorbente conferito dal legislatore del 1991 alle procedure (di comunicazione ed esame), unitamente alla “irrilevanza” del profilo causale nella normativa sui licenziamenti collettivi, fanno sì da “concentrare” tutta l’attenzione sul corretto svolgimento delle procedure stesse, nel senso che «la norma legale che attribuisce il diritto di azione al lavoratore, nel dare ingresso *anche* alla tutela dell’interesse individuale alla conservazione del posto di lavoro...ha reso questo interesse autonomo e indipendente, così dimostrando nel contempo di esigere che...la tutela degli interessi collettivi e pubblici vada soddisfatta anzitutto attraverso l’osservanza dei vincoli procedurali... onde soltanto il pieno rispetto di essi è in grado di consentire il sacrificio di quello individuale»⁴⁶⁵. Dunque, «la comunicazione rituale, completa della mancanza di alternative ai licenziamenti, rappresenta nell’ambito della procedura, una cadenza legale che se mancante è ontologicamente impeditiva di una proficua partecipazione alla gestione della crisi da parte del sindacato»⁴⁶⁶ e rende pertanto inevitabilmente inefficace la procedura, indipendentemente dai suoi esiti, paradossalmente anche nell’ipotesi più “virtuosa” in cui le procedure sfocino in un accordo gestionale col sindacato⁴⁶⁷.

Il secondo orientamento, pur non negando il ruolo essenziale delle procedure di informazione ed esame, e l’importanza di un corretto svolgimento delle stesse, si distingue per posizioni meno “radicali” in ordine alle conseguenze di (alcune) violazione delle procedure stesse, in particolare

⁴⁶³ Cfr., tra gli altri e da ultimo, GRAGNOLI, 2006, *passim*; LAMBERTUCCI, 2013, p. 244 ss.; MAZZOTTA, 2012, p. 772 ss.;

⁴⁶⁴ Sulla questione v. MAZZOTTA, 2012; MONTUSCHI, 2000, p. 656 ss.; NATULLO, 2004, p. 196 ss.; SALIMBENI, 2006, p.6 ss.;

⁴⁶⁵ CARABELLI, 2002, 355. In dottrina cfr. anche GAROFALO-CHIECO, 2001, 24 ss.

⁴⁶⁶ Cass. 9 settembre 2003, n. 13196, MGL., 2003, 844.

⁴⁶⁷ Tra le tante altre, v. Cass. 21.09.2011, n. 19233, FI, 2011, I, 2963; Cass. 2 marzo 2009, n. 5034, RIDL, 2009, II, 769, nt. MARINELLI; CASS. 23 maggio 2008, n. 13381, RIDL, 2008, 4, 915, nt. SALIMBENI.

nel caso di comunicazione iniziale non del tutto esaustiva e rispondente alle previsioni dell'art. 4 l. n. 223/91, che <<costituisce inadempimento dell'obbligo informativo [solo] allorché non consenta all'interlocutore sindacale un effettivo controllo sulla programmata riduzione di personale>>⁴⁶⁸ e, <<nel caso in cui sia stato raggiunto l'accordo sindacale, i vizi della comunicazione di avvio della procedura non sono rilevanti...salvo che sia dimostrata l'idoneità di tali vizi a fuorviare o eludere l'esercizio dei poteri di controllo preventivo attribuiti alle organizzazioni sindacali>>⁴⁶⁹.

Altro nodo applicativo sempre relativo alle procedure ha riguardato le "comunicazioni finali" dei recessi, come previste dall'art. 4° 9 l. n. 223/91. Sul punto, infatti, la previsione normativa della "contestualità" delle comunicazioni ha agevolato la possibilità di far valere in giudizio sia pur minime discrasie temporali tra l'invio delle informative di cui sopra rispettivamente alle organizzazioni sindacali ed agli organi amministrativi⁴⁷⁰.

Per completezza espositiva, ed anche ai fini di una migliore valutazione dell'intervento di riforma, è opportuno ricordare che un ulteriore principale tema di contenzioso si è sviluppato con riguardo ai "criteri di scelta" di cui all'art. 5 l.n. 223/91.

In merito, se le procedure sindacali di informazione e consultazione rappresentano il cuore delle tecniche di "procedimentalizzazione", l'individuazione dei lavoratori da licenziare si posiziona su territori contraddistinti da logiche assai più omogenee all'area dei licenziamenti individuali. Quella vicenda non attiene più, se non marginalmente, alla definizione della decisione organizzativa relativa al *se* ed al *quantum* dell'eccedenza di personale da risolvere mediante la riduzione dello stesso (licenziamento), decisione (unilaterale o negoziata) che chiude le procedure sindacali di informazione ed esame; quanto, invece, alla definizione ed adozione dell'atto gestionale di amministrazione del rapporto (definiti quanti dipendenti occorre licenziare, va individuato per quali dipendenti in concreto procedere alla risoluzione del rapporto di lavoro)⁴⁷¹.

Il che, come detto, avvicina questa parte della disciplina, quanto a logiche e problematiche, alla fattispecie (ed alla relativa disciplina) dei licenziamenti individuali (per motivo oggettivo), rendendo anche più immediato e visibile il collegamento tra i singoli atti di recesso e la causa (motivo) degli stessi. Ne è dimostrazione evidente la traslazione della "tecnica" procedimentale dei "criteri di scelta", nei prevalenti orientamenti di dottrina e giurisprudenza, anche alla ipotesi dei licenziamenti individuali per motivo oggettivo "plurimi"⁴⁷².

In quest'area, il contenzioso si è sviluppato essenzialmente con riguardo alla corretta applicazione dei criteri di scelta legali, meno nell'area dei criteri convenzionali, anche perché notoriamente

⁴⁶⁸ Cass. 23 maggio 2008, n. 13381, RIDL, 2008, II, 915.

⁴⁶⁹ Cass. 24 ottobre 2008, n. 25758, in RIDL, 2009, II, 769; v. anche Cass. 20.06.2012 m. 10126, GD., 2012, 32, 78 Cass. 23 luglio 2003, n. 11651, MGL, 2003, 861; Cass. 15 novembre 2000, n. 14760, FI, 2001, I, 2865. In dottrina SALIMBENI, 2006, 6 ss.; MONTUSCHI, 2000, 656 ss.; ZOLI, 2002.

⁴⁷⁰ Tra le tante, v. Cass. 31 marzo 2011 m. 7490, DG, 2011,20; Cass. 1 dicembre 2010 n.24341m FI, I, 1135.

⁴⁷¹ «Su questo piano non sarà in questione direttamente la garanzia della libertà di iniziativa economica e non potrà quindi essere opposta l'insindacabilità delle scelte che ad essa si accompagna, ma potranno essere apprezzate nel merito le modalità attraverso le quali tale iniziativa dovrà tradursi sul piano della amministrazione del contratto...: la decisione economico-organizzativa di riduzione dei livelli occupazionali deve tradursi in provvedimenti singoli di licenziamento da emanare nel rispetto di determinate regole relative all'individuazione dei lavoratori da licenziare», LISO, 1982, 83-84.

⁴⁷² V. Cass. 21 novembre 2001 n. 14663, MGL, 2002, 268, con nota di GRAMICCIA. In dottrina, per tutti, v. GRAGNOLI, 2006, 215 ss.

limitati al quasi esclusivo criterio dell'anzianità anagrafica in quanto propedeutica al prepensionamento⁴⁷³. Va altresì evidenziato che si tratta in tali casi di patologie non agevolmente ed immediatamente rilevabili, che possono emergere solo a seguito di un attento esame dell'applicazione "concorrente" della relativa graduatoria predisposta dall'azienda.

Orbene, se si considera che al "monopolio" collettivo-sindacale nella prima fase della procedure di mobilità (informazione ed esame), si aggiunge una sostanziale egemonia sindacale anche nella fase del controllo sulla corretta applicazione dei criteri di scelta – in ragione della circostanza che le relative comunicazioni (ex art. 4 co. 9 l. n. 223/91) non raggiungono i singoli lavoratori, ma per l'appunto le rappresentanze sindacali (oltre che gli organismi pubblici) –, si comprende come la disciplina legislativa comporti (o presupponga) un forte squilibrio del livello individuale delle tutele rispetto a quelle collettivo-sindacali.

3. I licenziamenti collettivi nella riforma Fornero: gli interventi organici (al disegno normativo) ed i "fuor d'opera".

Delle risultanze della breve disamina sopra svolta va tenuto conto nell'approccio alla riforma del 2012, al fine di una valutazione del suo possibile impatto sul sistema previgente e sulla sua applicazione.

La l. n. 92/2012, infatti, nell'ambito – si potrebbe forse dire "ai margini" - della profonda, e discussa, modifica della disciplina dei licenziamenti individuali, è intervenuta anche sulla disciplina dei licenziamenti collettivi, più correttamente delle "procedure di mobilità", in tre commi della legge di riforma (art. 1 co. 44-46 l. n. 92/12). In prima analisi, è possibile anticipare che tali norme solo parzialmente si occupano di rendere coerente la disciplina dei licenziamenti collettivi alle modifiche apportate ai regimi sanzionatori dei licenziamenti individuali (cui in particolare è dedicato il comma 46).

Per il resto, infatti, il legislatore coglie l'opportunità di tale intervento per sanare ortopedicamente alcune principali patologie della disciplina del 1991, emerse in sede applicativa e di cui si è dato conto nel precedente paragrafo: a) la regolamentazione delle "comunicazioni" finali di chiusura delle procedure di mobilità, come regolate dall'art. 4 co. 9 l. n. 223/91; b) gli effetti dei "vizi" della informativa sindacale di apertura delle procedure di mobilità in relazione ad eventuali accordi sindacali di mobilità che comunque fossero stati raggiunti.

Infine, in altra sede (art. 2 co. 72 e 73 l.n. 92/12) provvede ad alcune modifiche lessicali apparentemente banali ma invece significative.

Partendo proprio da queste ultime, il legislatore infatti, dopo oltre vent'anni dalla l. n. 223/91, compie un' "operazione verità", sostituendo, negli artt. 4 e 5 legge l. del 1991, nei casi in cui il legislatore utilizzava il termine "mobilità" (procedure di mobilità, collocamento in mobilità, dichiarazione di mobilità, ecc.) il termine "licenziamento" o "licenziamento collettivo" (da cui procedure di licenziamento collettivo, programma di riduzione di personale, ecc.)⁴⁷⁴. Per

⁴⁷³ Sul punto sia consentito il rinvio a NATULLO 2014.

⁴⁷⁴ Art. 2, co.72. All'articolo 4 della legge 23 luglio 1991, n. 223, sono apportate le seguenti modificazioni:

comprendere appieno le ragioni di tali modifiche, deve richiamarsi il contesto storico-normativo in cui vede la luce la disciplina del 1991 ed il quadro normativo previgente. Senza spendere troppe parole sul punto, è però opportuno ricordare che la disciplina previgente (l. n. 675 del 1977), regolava il sistema c.d. della mobilità “da posto a posto”, che nelle intenzioni (ottimistiche e ben presto rivelatesi illusorie) del legislatore, nella gestione delle eccedenze di personale, avrebbe permesso di evitare ai lavoratori eccedentari il licenziamento, prevedendo il collocamento degli stessi nelle “liste di mobilità”, con sospensione del rapporto di lavoro ed intervento economico previdenziale (ammortizzatori sociali); il tutto in attesa di un loro (rapido) reimpiego. In buona sostanza, dunque, i lavoratori restavano “occupati” (sia pure con rapporto di lavoro sospeso) fino alla nuova collocazione lavorativa⁴⁷⁵. Nel 1991, la profonda riforma operata con la l.n. 223 volle come noto porre fino ad un sistema inefficace ed inefficiente, nella logica del principio che laddove le eccedenze di personale fossero definitive i rapporti di lavoro dovessero comunque avere fine (licenziamenti per riduzione di personale); dunque, il “collocamento in mobilità” al termine delle “procedure di mobilità” avviene con la (dopo la) risoluzione del rapporto di lavoro, ossia il licenziamento. All’epoca, però, il legislatore non completò il percorso di riforma sul piano lessicale, chiamando col vero nome (licenziamenti) ciò che restava denominato con il (vecchio) erroneo riferimento alla “mobilità”, quasi che, evitando di nominarlo (il licenziamento), si potesse scongiurare l’evento. Finalmente, con le succitate disposizioni del 2012 la discrasia viene eliminata e la sostanza della normativa viene fatta coincidere con la sua veste letterale.

4. Segue... La correzione di rotta nelle procedure sindacali: la “sanatoria” negoziale (tra ratifica e interpretazione autentica).

Venendo agli altri due interventi di manutenzione, con il primo (comma 44 art. 1), il legislatore pone un intervallo temporale tra le comunicazioni che chiudono le procedure di mobilità (ora procedure di licenziamento), come previste dall’art. 4 co. 9 l. n. 223/91⁴⁷⁶. Come ricordato, infatti, la precedente formulazione, che ne prevedeva la “contestualità”, aveva dato luogo ad un farraginoso contenzioso giudiziario sulla necessaria assoluta “contemporaneità” o meno delle due comunicazioni⁴⁷⁷.

a) al comma 1, le parole: «le procedure di mobilità» sono sostituite dalle seguenti: «la procedura di licenziamento collettivo»;

b) al comma 3, le parole: «la dichiarazione di mobilità» sono sostituite dalle seguenti: «il licenziamento collettivo» e le parole: «programma di mobilità» sono sostituite dalle seguenti: «programma di riduzione del personale»;

c) al comma 8, le parole: «dalla procedura di mobilità» sono sostituite dalle seguenti: «dalle procedure di licenziamento collettivo»;

d) al comma 9, le parole: «collocare in mobilità» sono sostituite dalla seguente: «licenziare» e le parole: «collocati in mobilità» sono sostituite dalla seguente: «licenziati»;

e) al comma 10, le parole: «collocare in mobilità» sono sostituite dalla seguente: «licenziare» e le parole: «posti in mobilità» sono sostituite dalla seguente: «licenziati».

Art. 2 co. 73. All’articolo 5, commi 1 e 2, della legge 23 luglio 1991, n. 223, le parole: «collocare in mobilità» sono sostituite dalla seguente: «licenziare».

⁴⁷⁵ Per tutti, v. MARIUCCI, 1979.

⁴⁷⁶ In virtù della modifica, la comunicazione finale alle autorità amministrative ed alle associazioni di categoria, deve attuarsi entro sette giorni dalla comunicazione del recesso ai lavoratori.

⁴⁷⁷ V. Cass. 31 marzo 2011 n. 7490, *FI, Rep.*, 2011, 1371; Cass. 17 luglio 2009 n. 2166, *MGL*, 2009, 465. In dottrina, anche per ulteriori riferimenti bibliografici, sia consentito il rinvio a NATULLO, 2004, 207 ss.

Più rilevante e problematico il secondo intervento, con cui il legislatore cerca di risolvere l'altra e ben più complessa questione "formalista" sviluppatosi nel diritto vivente.

Infatti, la disposizione sanzionatoria dell'art. 4 co. 12 l. n. 223/91, viene ora arricchita dalla previsione che gli eventuali vizi della comunicazione di avvio delle procedure sindacali possano essere sanati nell'ambito di un accordo sindacale concluso nel corso della procedura di licenziamento collettivo (così dispone l'art. 1 co. 45 l. n. 92/12).

Orbene, l'obiettivo del legislatore pare chiaro: "legificare" quell'orientamento diffuso in giurisprudenza, in sede di valutazione degli effetti invalidanti (sui licenziamenti) dei vizi formali della comunicazione, in virtù del quale appunto la conclusione dell'accordo sindacale, salvo casi estremi, contiene in sé un'implicita efficacia sanante di eventuali lacune nelle informazioni da fornire obbligatoriamente ai sindacati.

Sul punto, per la verità, non si può dire che la formulazione della norma sia impeccabile: è stato infatti correttamente rilevato come «l'espressione 'possono' è quanto mai infelice dal punto di vista della tecnica normativa, poiché lascia intravedere che la sottoscrizione dell'accordo collettivo non abbia di per sé sola efficacia sanante»⁴⁷⁸ e che dunque si potrebbe raggiungere un effetto controproducente e peggiorativo rispetto alla situazione previgente e ad agli orientamenti giurisprudenziali ricordati.

Né possono nascondersi i profili problematici correlati al "solito" (per il nostro attuale sistema di relazioni sindacali) problema di selezione delle organizzazioni sindacali con le quali interverrà l'accordo di "sanatoria"⁴⁷⁹.

Ciononostante, sembra potersi concordare con una valutazione sostanzialmente positiva della lettera della legge, che esprime la necessaria consapevolezza della impossibilità di conferire all'accordo sindacale un automatico effetto di sanatoria degli eventuali vizi della comunicazione, che a nostro parere rischierebbe di annullare la *ratio* sistematica della disciplina⁴⁸⁰. Del resto, la stessa giurisprudenza cui evidentemente il legislatore fa riferimento, esclude l'automatica efficacia sanante degli accordi, opportunamente richiedendo comunque che nel confronto con il sindacato, in cui si raggiunge l'accordo di mobilità, vengano colmate, nella sostanza, le eventuali lacune della comunicazione iniziale.

In quest'ottica, dunque, la soluzione legislativa potrebbe rappresentare un utile elemento di consolidamento dell'opzione interpretativa delle giurisprudenza.

Cionondimeno, qualche perplessità residua almeno sui due seguenti profili: a) la sanatoria è esplicita o anche implicita? b) la sanatoria è "onnicomprendiva" e tombale o specifica e puntuale?

Quanto al primo problema, come già anticipato, pare da escludere che l'accordo possa avere automaticamente e implicitamente efficacia sanante rispetto ad eventuali vizi di comunicazione; il che porterebbe in sostanza ad escludere la possibilità di impugnare i licenziamenti per vizi

⁴⁷⁸ Così FERRANTE, 2012, 279.

⁴⁷⁹ V. SCARPELLI, 2012, 96.

⁴⁸⁰ LAMBERTUCCI, 2013, 249 ss.; MARESCA, 2012, 415 ss.; PELLACANI, 2012, 270 ss.; VENDITTI, 2012, 142 ss.

procedurali delle comunicazioni (di cui al comma 2 art. 4), ogni qual volta la procedura si chiuda con un accordo di mobilità⁴⁸¹. L'esclusione si ricava sia dal dato letterale (l'utilizzo della locuzione... *possono...*), sia dal dato sistematico e dalla valutazione degli orientamenti giurisprudenziali da cui ha evidentemente preso spunto il legislatore.

Ma, a nostro parere, deve aggiungersi qualche ulteriore condizione. Non solo infatti deve ritenersi necessario l'esplicito riferimento contenuto nell'accordo alla volontà di sanare i vizi formali della comunicazione; ma è anche da ritenere probabilmente insufficiente il ricorso a clausole "di stile" puramente ricognitive, e invece opportuno il riferimento ai difetti della comunicazione che non solo "si ritengono" sanati, ma che sono stati realmente sanati con le eventuali integrazioni in sede di esame congiunto⁴⁸².

Non si condivide, invece, l'opinione di chi ritiene necessario, perché si realizzi la "sanatoria", che la specifica clausola venga inserita "in un più ampio accordo sindacale, che abbia ad oggetto l'intera procedura di mobilità e definisca in modo esaustivo i tempi, i modi, il numero ed i criteri di scelta dei lavoratori da porre in mobilità"⁴⁸³. È teoricamente possibile infatti, sia pure poco verosimile, che si realizzi un serrato confronto (esame), svolto nel rispetto di tutte le regole di un corretto negoziato, dove le eventuali lacune iniziali delle comunicazioni vengano colmate (con relativa declaratoria di "sanatoria"), senza che però venga raggiunto l'accordo finale.

In buona sostanza, sembra opportuno e ragionevole che il particolare potere conferito agli accordi (*rectius* alle rappresentanze sindacali) non sia però senza limiti, con il rischio di passare da una patologia (estremo formalismo) ad un'altra (totale irrilevanza dei contenuti formali e conseguente forte attenuazione anche delle garanzie sostanziali per ciascun singolo lavoratore⁴⁸⁴, garantendo un giusto temperamento tra le opposte esigenze.

5. Il nuovo regime sanzionatorio: stravolgimento dell'impianto originario ed incoerenze sistematiche.

Veniamo infine alla prima e più importante ragione dell'intervento legislativo: quella cioè di armonizzare il regime sanzionatorio per i licenziamenti collettivi alla mutata disciplina introdotta per i licenziamenti individuali.

Circa quest'ultima, non è ovviamente possibile in questa sede ripercorrerne i tratti, per i quali si rinvia alla già ricca bibliografia esistente⁴⁸⁵. Occorre però almeno ricordare *ratio* e snodi essenziali: quelli cioè di ridurre significativamente i casi di permanenza della tutela c.d. reale (reintegra e risarcimento del danno), essenzialmente ridotta ai vizi più gravi, relativi in particolare ai motivi "soggettivi", in favore di una tutela esclusivamente economica (indennità risarcitoria), specialmente per i licenziamenti dovuti a ragioni "oggettive" aziendali. Applicando lo stesso "metro" logico di valutazione all'area dei licenziamenti collettivi, il legislatore ha ridotto anche per questi

⁴⁸¹ Nello stesso senso cfr. CESTER, 2012, 33; LAMBERTUCCI, 2013, 250; MARESCA, 2012, 453; VALLEBONA, 2012, 66.

⁴⁸² Cfr. PELLACANI 2012, 272; MARESCA 2012, 453.

⁴⁸³ In tal senso D'ANCONA, 2013.

⁴⁸⁴ In tal senso v., in forte critica verso la riforma, CERBONE, 2014 (in corso di pubblicazione).

⁴⁸⁵ Tra gli altri, ed oltre ai contributi nei diversi commentari alla riforma del 2012, v. BALLESTRERO, 2012; CARINCI, 2013; BRUN, 2012; NUZZO, 2012; MARESCA 2012; PELLACANI 2013; SPEZIALE, 2012; ZOPPOLI L., 2012.

ultimi l'incidenza della tutela reale, ma lo ha fatto con modalità tali da lasciare adito a significative perplessità.

Premesso che la disciplina previgente distingueva, sul piano della patologia dell'atto, le ipotesi di inefficacia dei recessi (mancanza della forma scritta o inosservanza delle procedure) da quelle di annullabilità degli stessi (violazione dei criteri di scelta), le accomunava però sul piano sanzionatorio, prescrivendo in entrambi i casi l'applicazione della tutela reale ex art. 18 Stat. Lav..

Nel nuovo assetto normativo, invece, il nuovo comma 3 art. 5 l. n. 223/91 rimuove la distinzione degli effetti delle patologie (inefficacia/annullabilità) e distingue tre diversi regimi sanzionatori⁴⁸⁶:

a) mancanza della forma scritta (tutela reale c.d. "piena" o "forte" ex nuovo art. 18 co. 1 l. n. 300/70);

b) violazione delle procedure (tutela indennitaria c.d. "piena" o "forte", ex art. 18 co. 5, anche se desunta in virtù di una disagiata interpretazione sul piano letterale);

c) violazione dei criteri di scelta (tutela reale c.d. "attenuata", ex art. 18 co. 3).

Orbene, la coerenza dell'intervento legislativo di riforma si rivela in realtà solo apparente, e si possono rinvenire incongruenze anche macroscopiche.

In primo luogo, sul piano delle patologie dell'atto di recesso, se non residuano dubbi sul fatto che la mancanza di forma scritta, come nel caso del licenziamento individuale, dia luogo ad un'ipotesi di inefficacia/nullità dell'atto (e dunque all'applicazione dell'art. 18 co. 1 Stat.), nel caso invece di vizi procedurali che, si badi bene, sono vizi relativi alla mancanza o più spesso carenza delle comunicazioni, il legislatore, senza qualificare la patologia dell'atto, equipara la fattispecie a quella di cui al quinto comma art. 18, e dunque ad ipotesi in cui il giudice accerta un vizio "causale" (...*"accerta che non ricorrono gli estremi del giustificato motivo soggettivo o della giusta causa addotti dal datore di lavoro...."*), ossia un vizio sostanziale; laddove, invece, la fattispecie dovrebbe più ragionevolmente integrare gli estremi del sesto comma dell'art. 18 (*inefficacia per violazione del requisito della comunicazione o delle procedure....*), relative ad un vizio, per l'appunto, procedurale.

Sul piano invece del regime sanzionatorio, a parte le incongruenze conseguenti a quanto appena rilevato (nel caso dei licenziamenti collettivi, rispetto a quelli individuali, viene applicata cioè una sanzione diversa per fattispecie sostanzialmente equivalenti), la previsione della mera tutela risarcitoria nel caso della violazioni delle procedure (comunicazioni), produce un'inevitabile incoerenza anche rispetto all'ipotesi in cui lo stesso vizio venga fatto valere, in quanto condotta anti-sindacale, non dal singolo lavoratore ma dal soggetto collettivo, con ricorso ai sensi art. 28 stat. lav.; fattispecie in cui, infatti, è difficilmente revocabile in dubbio che l'eventuale "condotta anti-sindacale" accertata dal giudice e la conseguente "rimozione degli effetti", non si traducano nella sostanziale reintegrazione dei lavoratori licenziati⁴⁸⁷. Infine, nel caso di violazione dei criteri di scelta, resta la tutela reale (sebbene "attenuata"), scelta comprensibilmente giustificata, sul

⁴⁸⁶ La nuova norma (art. 5, co. 3, ult. periodo) provvede anche ad uniformare la disciplina quanto al regime delle impugnazioni (e delle relative decadenze), disponendo espressamente l'applicazione dell'art. 6 l. n. 604/66 (come noto riformato dal c.d. collegato lavoro del 2010 (l. n. 183/2012, art. 32).

⁴⁸⁷ Cfr. SCARPELLI, 2012, 96; LAMBERTUCCI, 2012, 262.

piano della *ratio* legislativa, dal fatto che in questo caso sarà comunque possibile per l'azienda ripetere i licenziamenti programmati ad esito delle procedure (art. 17 l. n. 223/91) e dunque, in concreto, la decisione organizzativa dell'azienda potrà comunque realizzarsi.

In definitiva, deve ritenersi che la riforma del regime sanzionatorio per i licenziamenti collettivi risulti in realtà poco omogenea e coerente con quella del licenziamento individuale.

In una prospettiva sistematica più ampia, inoltre, il nuovo regime sanzionatorio (ri)apre scenari interpretativi più ampi e complessi, con riguardo ai profili causali dei licenziamenti.

Infatti, nel sistema previgente, come noto e come sopra ricordato (par. 1-2), la valutazione di legittimità degli atti di recesso del datore di lavoro era tutta incentrata sul corretto rispetto delle procedure (comunicazioni/esame), nel presupposto che nell'impianto normativo dei licenziamenti collettivi, rispetto ai licenziamenti individuali, le tutele *ex ante* affidate al confronto sindacale assorbissero completamente quelle affidate, *ex post*, al controllo giudiziario sui profili qualitativi/causali.

V'è ora da chiedersi se nel nuovo sistema quella logica interpretativa possa ancora giustificarsi, considerata una innegabile svalutazione della rilevanza dei vizi formali/procedurali (comune peraltro ai licenziamenti individuali), da un lato, e considerata anche l'applicazione di una sanzione che, come rilevato, per i licenziamenti individuali attiene ai vizi sostanziali/causali e non a quelli formali/procedurali. A ben ragionare, infatti, nel nuovo assetto la mancata esplicitazione di una sanzione per l'ipotesi di insussistenza/infondatezza dei motivi (ragioni aziendali), che nel sistema previgente passava in secondo piano rispetto alla rilevanza dei vizi formali, apre una lacuna oggi più evidente e grave, anche nel confronto con l'assetto dei licenziamenti individuali: in quest'ultimo, infatti, la "manifesta insussistenza del fatto" in cui viene individuato dal datore di lavoro il "giustificato motivo oggettivo" di licenziamento può ancora tradursi nella reintegrazione del dipendente illegittimamente licenziamento; invece, se applicassimo alla lettera la nuova disciplina della l.n. 223/91, la totale assenza delle ragioni aziendali sottese alla riduzione di personale (riduzione/trasformazione di attività o di lavoro) non potrebbe mai condurre allo stesso risultato.

Invero, e riprendendo sul punto riflessioni già svolte con riferimento alla disciplina previgente⁴⁸⁸, paiono potersi distinguere almeno due ipotesi.

A) Le ragioni aziendali nel loro complesso sussistono, ma non sono tali da giustificare il numero di dipendenti ritenuti eccedenti (dovrei/potrei licenziare un numero minore di dipendenti, ma "aprofitto" della circostanza per ridurre ulteriormente il personale) e/o comunque manca il nesso causale tra quelle ragioni e alcuni singoli atti di recesso; di fatto può ritenersi che il vizio si traduca in una non corretta applicazione dei criteri di scelta, con conseguente applicazione della tutela reale per i dipendenti illegittimamente licenziati (e conseguente "ripetizione" della selezione nel rispetto anche del nesso causale) o, in alternativa, ritenersi "che proprio la disposizione del comma 3 dell'art. 4 faccia rifluire tale sindacato comunque all'interno della verifica sulla corretta osservanza delle procedure, sotto il profilo della completezza e veridicità della

⁴⁸⁸ NATULLO, 2004, 218 ss.

comunicazione alle organizzazioni sindacali”⁴⁸⁹; dunque, nell’attuale nuovo regime sanzionatorio, con applicazione della mera tutela economica.

B) Più complicata la soluzione per il caso-limite dell’assoluta assenza delle ragioni aziendali, che non pare risolvibile così come i precedenti e che, anche volendo forzare l’applicazione dell’art.5 l.n. 223/91, implicherebbe l’impossibilità di raggiungere il risultato (della tutela) “reale”, nonostante l’evidente affinità con l’ipotesi della “manifesta insussistenza” del fatto addotto a motivo, di cui all’art. 18 co. 7, Stat.

6. Segue. Persistenti lacune e necessarie integrazioni per “analogia” (dalla disciplina dei licenziamenti individuali)

A questo punto occorre approfondire, sia pur brevemente, il discorso, “ritornando” ad un raffronto tra il nuovo assetto sanzionatorio dei licenziamenti collettivi e quello relativo ai licenziamenti individuali, allo scopo, in primo luogo, di verificare i “vuoti” normativi lasciati dalla nuova formulazione dell’art. 5 l. n. 223/91 ed i rapporti di esclusione/integrazione che vanno rintracciati tra le due fattispecie e le relative discipline.

Come sopra ricordato, si ribadisce l’opzione interpretativa in altra sede espressa⁴⁹⁰, e cioè che le due fattispecie si differenziano esclusivamente per i profili quantitativi, potendosi invece ricondurre ad unità sotto il profilo qualitativo-causale.

Da ciò, e per quanto qui interessa con riferimento al regime sanzionatorio, sembra doversi ricavare un rapporto di reciproca integrazione, per via analogica (analogia *legis*), tra le due fattispecie: nel senso che, laddove si riscontri un’identità di *ratio*, eventuali lacune normative possano e debbano essere colmate facendo riferimento alla corrispondente regolazione della fattispecie “analogica”⁴⁹¹.

L’altra alternativa possibile, quella cioè di una applicazione integrativa “diretta” della disciplina dei licenziamenti individuali, è impedita, a nostro parere, dalla evidente “specialità” della disciplina dei licenziamenti collettivi rispetto a quella dei licenziamenti individuali. Tale specialità infatti, già ricavabile all’emanazione della legge del 1991⁴⁹², risulta oggi confermata dalle modifiche apportate dalla l. n. 92/12, che ha riformulato le norme sanzionatorie della l. n. 223/91, specificando, all’art. 5, co. 3, le diverse sanzioni in corrispondenza delle diverse patologie.

Dall’altro lato, però, la summenzionata omogeneità sul piano qualitativo-causale e della *ratio* legislativa, nonché la circostanza che, proprio con riferimento al nuovo regime sanzionatorio dell’art. 5 l.n. 223/91, quest’ultimo sia tecnicamente regolato mediante rinvio alle disposizioni di cui all’art. 18 l.n. 300/70, confermano a nostro avviso la possibilità/necessità, laddove occorra, di fare ricorso alla applicazione analogica delle disposizioni sanzionatorie sul licenziamento individuale, come disciplinate dal combinato disposto art. 18 stat. e l.n. 604/66⁴⁹³.

⁴⁸⁹ Così, con riferimento alla alla disciplina ante riforma, SPAGNUOLO VIGORITA L., GUAGLIONE L., SCARPELLI F, 1994, 1113; in tal senso, se ben si intende, anche LAMBERTUCCI, 2012, 259 e 261.

⁴⁹⁰ In NATULLO, 2004.

⁴⁹¹ Cfr. già, con riferimento alla disciplina previgente, MAZZIOTTI, 1992, p. 131.

⁴⁹² Come si desume ex art. 24 co. 5 l. n. 223/91.

⁴⁹³ Nello stesso, seppur non espressamente, v. SCARPELLI, 2012, 97 ss.

Del resto, a tale meccanismo si è fatto ricorso, sia pure in senso opposto, nel caso dei licenziamenti individuali plurimi, con riguardo alla applicazione analogica dei criteri di scelta previsti per i licenziamenti collettivi (v. *retro* par. 2).

In definitiva, deve allora concludersi nel senso che le evidenti importanti affinità tra le due fattispecie, che originano dallo stesso ceppo genetico del recesso del datore di lavoro dal rapporto (individuale) di lavoro, fanno sì che possa farsi ricorso all'una disciplina in funzione di integrazione, appunto, analogica, delle eventuali lacune dell'altra.

Ciò chiarito, torniamo all'art.5 l.n. 223/91, nuova formulazione, per verificarne le lacune che a questo punto dobbiamo ritenere colmabili mediante ricorso alla disciplina (del regime sanzionatorio) dei licenziamenti individuali, che dunque dovrà ritenersi applicabile, ad es., nel caso di licenziamenti collettivi discriminatori (con applicazione della tutela reale "piena" ex art. 18 co. 1 Stat.).

Ma, nell'ipotesi che qui in particolare ci occupa, dei licenziamenti collettivi intimati in assenza dei motivi previsti dall'art. 24 l.n. 223/91, anche l'applicazione analogica dell'art. 18 Stat. lascia un dubbio: potrebbe infatti ritenersi applicabile sia il primo comma (applicazione della tutela reale "forte"), in quanto ipotesi "*riconducibile ad altri casi di nullità previsti dalla legge o determinato da un motivo illecito determinante ai sensi art. 1345 c.c.*"⁴⁹⁴; sia invece il settimo comma, per "manifesta insussistenza" del fatto addotto a motivo (con possibilità di tutela reale "attenuata") o invece per non ricorrenza degli estremi del giustificato motivo oggettivo (mera tutela indennitaria). La seconda soluzione appare, a nostro avviso, più coerente con la *ratio* della riforma del 2012 ed il nuovo assetto complessivo della disciplina dei licenziamenti⁴⁹⁵.

7. Una breve conclusione critica.

In conclusione, la breve ricognizione compiuta conduce ad una valutazione nel complesso negativa dell'intervento di riforma (peraltro condivisa da molti commentatori), facendo salva solo parte dei suoi contenuti "ortopedici".

Va censurata la assenza di una scelta sistematica e di politica del diritto complessiva: il legislatore "sconvolge", non è dato capire bene quanto consapevolmente, il sistema previgente, imperniato sul ruolo essenziale (e preventivo) delle procedure e della procedimentalizzazione del potere datoriale rispetto a quello (successivo) del giudice in sede di controllo "causale", senza però, dall'altro lato, controbilanciare rivalutando, in sede sanzionatoria, quest'ultimo profilo.

Sul piano più strettamente tecnico, ferme restando le differenze di logiche e *ratio* sottese alla fattispecie ed alla disciplina rispetto a quelle dei licenziamenti individuali, non possono non considerarsi le evidenziate importanti analogie di fondo; Anzitutto che, alla fine del percorso (procedura), si tratta sempre e comunque (anche) di valutare atti di recesso individuale che devono essere "giustificati". E dunque deve ritenersi che, per un verso, la ricognizione svolta al paragrafo precedente conferma che di questo essenziale denominatore comune il legislatore continua a

⁴⁹⁴ Sul punto, cfr., con riferimento alla disciplina previgente, la soluzione di tradurre «...l'insussistenza della 'riduzione o trasformazione di attività o di lavoro' nell'assenza di presupposti di fatto richiesti dalla legge per la validità del negozio estintivo, e dunque nel contrasto di quest'ultimo con una norma imperativa di legge, comporta l'invocabilità del regime dell'invalidità assoluta (nullità) e delle relative conseguenze sul piano generale del diritto civile». In tal senso CARABELLI, 2001, p. 211-212.

⁴⁹⁵ Una recente applicazione di tale soluzione interpretativa in Trib. Roma, 21 gennaio 2014.

non tenere debito conto; per altro verso, che le modifiche apportate alle procedure, con la possibilità di "sanatoria", unitamente alla attenuazione delle conseguenze sanzionatorie, accentuano ancor più ruolo e poteri delle rappresentanze sindacali rispetto ai singoli lavoratori, con un sostanziale "monopolio" dei primi rispetto ai secondi; il che, se può giustificarsi (e comunque solo in parte) con riferimento alla prima fase delle procedure di licenziamento (relative alla procedimentalizzazione della decisione organizzativa dell'imprenditore), pare francamente ingiustificato ed irragionevole con riguardo alla parte direttamente pertinente agli atti conclusivi di recesso individuale, ove si assiste ad una compressione eccessiva delle posizioni soggettive dei singoli, sia con riguardo alle procedure (si pensi alle comunicazioni finali), sia come detto nella regolazione del sistema sanzionatorio.

8. Riferimenti bibliografici

- AA.VV. (2001), *I licenziamenti per riduzione di personale in Europa*, Bari, Cacucci
- FEZZI M., SCARPELLI F. (2012) (a cura di), *Guida alla riforma Fornero, Quaderni wikilabour*, www.wikilabour.it
- BALLESTRERO M.V. (2012), *Licenziamento individuale*, *Enc. Dir*, Annali, V.
- BOLEGO G. (2007), *La procedure di mobilità*, in F. CARINCI- S. MAINARDI (a cura di) *Il lavoro subordinato*, III, p. 451.
- BRUN S. (2012) *Il licenziamento economico tra esigenze dell'impresa e interesse alla stabilità*, Cedam.
- CARABELLI U. (2002), *Relazione di sintesi*, in A.I.D.LA.S.S., *Il sistema delle fonti nel diritto del lavoro, atti delle giornate di studio di diritto del lavoro* (Foggia-Baia delle Zagare, 25-26 maggio 2001), Milano, Giuffrè.
- CARINCI F. (2013), *Ripensando il "nuovo" art. 18 dello statuto dei lavoratori*, *ADL*, 461 ss.
- CERBONE M. (2014), *Accordi sindacali e ruolo del giudice nella nuova disciplina dei licenziamenti collettivi*, (in corso di pubblicazione).
- CARABELLI U. (2001), *I licenziamenti per riduzione di personale in Italia*, in AA. VV (2001).
- CESTER C. (2012), *Il progetto di riforma della disciplina dei licenziamenti: prime riflessioni*, *ADL*, 573 ss.
- D'ANCONA L. (2013) *La razionalizzazione della disciplina dei licenziamenti collettivi*, in Amato F., Sanlorenzo R., *Riforma Fornero: un'analisi ragionata (L. n. 92/2012)*, Altalex
- DE LUCA TAMAJO R., BIANCHI D'URSO F. (2006) (a cura di), *I licenziamenti individuali e collettivi nella giurisprudenza della Cassazione*, Giuffrè.
- FERRANTE V. (2012) *Modifiche nella disciplina dei licenziamenti collettivi*, in MAGNANI, TIRABOSCHI 2012.
- FERRARO G., *Ammortizzatori sociali e licenziamenti collettivi nella riforma del mercato del lavoro*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT - 143/2012 GAROFALO M. G. (1991), "Eccedenze di personale e conflitto: profili giuridici", in *Licenziamenti collettivi e mobilità*, Atti delle giornate di studio AID-LaSS. di Roma, 26-27 giugno 1990, Milano, Giuffrè, 1991

- GAROFALO M.G., CHIECO P. (2001), *Licenziamenti collettivi e diritto europeo*, in AA.VV. (2001).
- GRAGNOLI E. (2006), *La riduzione del personale fra licenziamenti individuali e collettivi*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, dir. Da F. GALGANO, Cedam, vol. XXXX.
- LISO F. (1982), *La mobilità in azienda: il quadro legale*, F. Angeli, Milano.
- MAGNANI M., TIRABOSCHI M. (2012), (a cura di), *La nuova riforma del lavoro. Commentario alla legge 28 giugno 2012, n. 92*, Giuffré.
- MARIUCCI L. (1979), *"I licenziamenti «impossibili»: crisi aziendale e mobilità del lavoro"*, in *RTDPC*, p. 1360.
- MAZZIOTTI F. (1992), *Riduzione di personale e messa in mobilità*, in FERRARO G., MAZZIOTTI F., SANTONI F., *Integrazioni salariali eccedenze di personale e mercato del lavoro*, Napoli, Jovene, p. 131.
- MAZZOTTA O. (2012), *Licenziamenti collettivi*, in *Enc. Dir., Annali*, V.
- MONTUSCHI L. (2000), *Procedure e forme. Comunicare è bello?*, ADL, p. 656 ss.
- NATULLO G. (2004), *Il licenziamento collettivo. Interessi procedure tutele*, Angeli.
- NATULLO (2014), *La selezione dei lavoratori*, in *Trattato di diritto del lavoro*, diretto da M. Persiani e F. Carinci (in corso di pubblicazione).
- NUZZO V. (2012) *La norma oltre la legge*, Satura ed.
- PELLACANI G. (2012), *Le modifiche alla disciplina dei licenziamenti collettivi*, in PELLACANI (a cura di), *Riforma del lavoro*, Giuffré.
- PELLACANI G. (2013) (a cura di), *I licenziamenti individuali e collettivi*, Giappichelli, p. 267 ss.
- RICCI M. (2007), *Mercato del lavoro e licenziamenti collettivi*, DLRI, p. 749 ss.;
- SCARPELLI F. (2012), *I licenziamenti collettivi per riduzione di personale*, in FEZZI M., SCARPELLI F. (2012).
- SPEZIALE V. (2012), *La riforma del licenziamento individuale tra law and economics e giurisprudenza*, RIDL, I, p. 521.
- SPAGNUOLO VIGORITA L., GUAGLIONE L., SCARPELLI F. (1994) *Sub art. 24*, in PERSIANI M. (a cura di), *Commentario alla Legge 23 luglio 1991, n. 223, NLCC*, n. 4-5, p. 1113.
- SALIMBENI M.T. (2006), *La procedura ed i criteri di scelta nei licenziamenti collettivi*, in R. DE LUCA TAMAJO – F. BIANCHI D'URSO (2006), p. 6 ss.
- VALLEBONA A. (2012) *La riforma del lavoro 2012*, Giappichelli.
- VENDITTI L. (2012), *Licenziamento collettivo e tecniche di tutela*, Esi.
- ZOLI C., (2002), *La procedura di licenziamento collettivo e il sistema delle fonti nel diritto del lavoro*, in *Il sistema delle fonti nel diritto del lavoro*, Atti AIDLASS, Giuffré, 2002.
- ZOPPOLI L. (2012), *Flex-insecurity. La Riforma Fornero (l. 28 giugno 2012, n. 92) prima, durante e dopo*, Napoli: Editoriale Scientifica.

Art. 19 dello Statuto dei lavoratori, democrazia sindacale e realismo della Consulta nella sentenza n. 231/2013*

Antonello Zoppoli

1. L'art. 19 dello Statuto dei lavoratori nella prospettiva pluriordinamentale.	166
2. Realtà sindacale e interpretazione nella giurisprudenza della Corte costituzionale: la sentenza 23 luglio 2013, n. 231.	167
3. La centralità della "motivazione".	168
4. Il diritto a negoziare del sindacato "significativamente rappresentativo".	169
5. Gli argomenti contrari, "interni" alla motivazione: la delimitazione del punto 9 della sentenza.	170
6. Gli argomenti contrari, di carattere sistematico: la debolezza dinanzi al mutato scenario delle relazioni sindacali.	171
7. Nuovo art. 19, fenomeno sindacale e istanza democratica.	173
8. La <i>ratio</i> della norma statutaria.	175
9. L'intervento della Consulta tra eteronomia e tendenze dell'autonomia collettiva.	176

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 201/2014

1. L'art. 19 dello Statuto dei lavoratori nella prospettiva pluriordinamentale.

Nella nostra più matura esperienza giuridica post-costituzionale la regolamentazione delle rappresentanze sindacali nei luoghi di lavoro costituisce lo snodo di un quadro normativo contraddistinto da una storica anomia. In questo scarno scenario, se lo Statuto dei lavoratori è ancora oggi la legge di maggior peso, l'art. 19⁽⁴⁹⁶⁾, che ne è il cardine, finisce per essere la norma-chiave, oltre che il simbolo, del diritto sindacale: se si vuole, della sua "costituzione materiale", come venuta configurandosi in seguito alla mancata attuazione della seconda parte dell'art. 39 della Carta costituzionale.

Sicché, le questioni concernenti la norma statutaria, oggetto dell'importante sentenza della Corte costituzionale del 23 luglio 2013, n. 231⁽⁴⁹⁷⁾, per essere intese appieno, impongono di guardare più lontano dell'attualità, tanto verso il passato quanto verso il futuro. È allora il caso di cominciare da un velocissimo sguardo agli anni che abbiamo alle spalle.

Come si è scritto tempo fa, l'art. 19 costituisce «un esempio di raccordo funzionale tra ordinamento statale e ordinamento intersindacale»⁽⁴⁹⁸⁾. Vista da questa prospettiva la norma assume molteplici valenze: 1) è il "sostegno" dell'ordinamento statale al cd. sistema sindacale di fatto, nei decenni '50-'60 sviluppatosi e, al volgere degli anni '60, in difficoltà, investito anch'esso da più generali tendenze dell'epoca; 2) è la consacrazione, nell'ordinamento statale, del sindacato maggiormente rappresentativo - perno del sistema sindacale di fatto -, secondo una precisa scelta di valore del legislatore ispirata all'istanza solidaristica del progetto costituzionale; 3) infine, assume una valenza almeno altrettanto importante per quello che, con parole ormai molto note, è stato definito il «non detto» dello Statuto⁽⁴⁹⁹⁾: lo Statuto non impegnava l'ordinamento statale nella regolazione del "cuore" del fenomeno sindacale, ossia il potere di stipulare il contratto collettivo; il non farlo assumeva tuttavia anche un significato "in positivo", nel senso che, sostenendo il sistema sindacale di fatto, il legislatore, con lo Statuto, dichiarava di preferire questo sistema (pure se non soprattutto) in relazione alle dinamiche contrattuali: di rimettere, cioè, alla autoregolazione sociale il potere di stipulare il contratto collettivo⁽⁵⁰⁰⁾.

Con il referendum del '95, l'art. 19 cambia completamente i suoi tratti⁽⁵⁰¹⁾. Difficile dire quanto all'epoca ne sia stata effettivamente diffusa la consapevolezza, considerando che la realtà non è

⁽⁴⁹⁶⁾ D'ora in poi, per comodità d'esposizione, art. 19.

⁽⁴⁹⁷⁾ D'ora in poi, per comodità d'esposizione, sentenza 231 (testo disponibile al sito www.cortecostituzionale.it).

⁽⁴⁹⁸⁾ M. RUSCIANO, *Contratto collettivo e autonomia sindacale*, Torino, 1984 (nuova ed. 2003), pag. 102; da ultimo, al riguardo, E. GHERA, *L'art. 19 dello Statuto, una norma da cambiare?*, in AA. VV., *Il contributo di Mario Rusciano all'evoluzione teorica del diritto del lavoro. Studi in onore*, Torino, 2013, pag. 155.

⁽⁴⁹⁹⁾ U. ROMAGNOLI 2009, *L'inutile necessità di una disputa*, già in *Dir. Lav. Rel. Ind.*, 1996, pag. 1, ora in U. ROMAGNOLI, *Giuristi del lavoro. Percorsi italiani di politica del diritto*, Roma, pag. 67, riferendosi al pensiero di M. D'ANTONA, *Diritti sindacali e diritti del sindacato: il titolo III dello statuto dei lavoratori rivisitato*, in *Lav. Dir.*, 1990, pag. 249.

⁽⁵⁰⁰⁾ Fermi restando altri tipi di sostegno al contratto collettivo, non secondari: anzitutto quelli giurisprudenziali relativi agli artt. 36 Cost. e 2077 Cod. Civ. o quello legislativo di cui all'art. 36 del medesimo Statuto.

⁽⁵⁰¹⁾ Come noto, sarà cancellata interamente la lettera a), che dell'art. 19 esprimeva la principale ispirazione, e, nella lett. b), la dimensione extra-aziendale, che dava comunque un minimo di continuità tra l'una e l'altra lettera.

mutata con gli stessi tempi⁽⁵⁰²⁾. Dopo la sentenza 231 della Corte costituzionale di certo la consapevolezza è molto cresciuta.

2. Realtà sindacale e interpretazione nella giurisprudenza della Corte costituzionale: la sentenza 23 luglio 2013, n. 231.

La sentenza 231 della Consulta è oggi al centro dell'attenzione anzitutto perché, riallineando "norma" e "realtà", esprime interamente tutto il cambiamento prodotto dal referendum del '95 sul testo originario dell'art. 19. E se il mutamento di opinione della Consulta circa la legittimità dell'art. 19 è per lo più specchio delle caratteristiche intrinseche dell'interpretazione, specie in un ambito che probabilmente meglio di ogni altro mostra l'anomalia «post-positivista» del diritto del lavoro⁽⁵⁰³⁾, è bene non dimenticare che la Corte rileva quello che, in punto di diritto, era rilevabile già nel '96, quando fu chiamata a pronunciarsi sulla versione post-referendaria della norma⁽⁵⁰⁴⁾.

La Corte nel '90, in un'altra ben nota sentenza concernente sempre l'art. 19, scriveva: «l'accesso pattizio alle misure di sostegno è [...] strutturalmente legato al solo potere di accreditamento dell'imprenditore»⁽⁵⁰⁵⁾. Nella sentenza 231 riprende sostanzialmente il concetto, rimarcando l'esistenza *già teorica*, nel sistema della lett. b) dell'art. 19, dello scollamento tra effettiva rappresentatività e riconoscimento dei diritti sindacali⁽⁵⁰⁶⁾, cui consegue l'«alterazione assiologica e funzionale della norma». Questo scollamento, afferma quindi espressamente la Corte, «di fatto sin qui oscurato dalla esperienza pratica di una perdurante presenza in azienda dei sindacati confederali», nell'«attuale mutato scenario delle relazioni sindacali e delle strategie imprenditoriali, quale diffusamente descritto ed analizzato dai giudici *a quibus*, [...] viene invece ora compiutamente ad emersione».

Dunque, la legittimità di un modello in cui il conseguimento delle prerogative previste dal titolo III dello Statuto dipende dall'«assenso [dell'impresa] alla fruizione della partecipazione sindacale»⁽⁵⁰⁷⁾, per la Corte, nel nuovo scenario, diviene indiscutibilmente il *punctum dolens*: da esso

⁽⁵⁰²⁾ Eloquenti, al riguardo, le diverse opinioni di M. DELL'OLIO, M. G. GAROFALO e G. PERA (in *Rappresentanze aziendali e referendum. Le opinioni di Matteo dell'Olio, Mario Giovanni Garofalo, Giuseppe Pera*, in *Dir. Lav. Rel. Ind.*, 1995, rispettivamente pag. 658, 659, 666), espresse prima della sentenza 12 luglio 1996, n. 244 (testo disponibile al sito www.cortecostituzionale.it), che - si rammenterà - rigettò la questione d'illegittimità costituzionale della versione dell'art. 19 scaturente dal referendum del '95. In particolare, merita di essere qui ricordata l'opinione di M. G. GAROFALO (op. cit., pag. 665), secondo il quale un «intervento di manutenzione della Corte» sarebbe stato evitabile soltanto ove l'art. 19 fosse stato esteso in via interpretativa alle «organizzazioni che hanno effettivamente partecipato al processo contrattuale pur senza partecipare all'accordo»: v'è da chiedersi quale sarebbe stato il corso degli eventi se la tesi avesse avuto seguito.

⁽⁵⁰³⁾ Riprendendo M. D'ANTONA, *L'anomalia post positivista del diritto del lavoro e la questione del metodo*, in *Il metodo della ricerca civilistica*, in *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 1990, pag. 207 e seg.

⁽⁵⁰⁴⁾ Come rileva L. ZOPPOLI, *Impresa e relazioni industriali dopo la guerra dei tre anni: verso una nuova legge sindacale. Considerazioni a valle di Corte cost. 231/2013*, Convegno Aidlass "Le rappresentanze sindacali in azienda: contrattazione collettiva e giustizia costituzionale", Roma, 16 settembre 2013, in www.aidlass.it, pag. 3.

⁽⁵⁰⁵⁾ Sentenza 26 gennaio 1990, n. 30 (testo disponibile al sito www.cortecostituzionale.it).

⁽⁵⁰⁶⁾ Per l'esattezza, definito dalla Corte, di «applicazione sbilanciata in difetto» della norma. Laddove, con l'applicazione «in eccesso», la Corte fa riferimento alla correlazione tra sottoscrizione, anche meramente adesiva del contratto collettivo, e riconoscimento dei diritti sindacali: è questo - precisa la Corte - il solo profilo da essa affrontato in passato (sentenza 12 luglio 1996, n. 244, cit.; ordinanze 26 marzo 1998, n. 76; 23 maggio 1997, n. 148; 18 ottobre 1996, n. 345: testi disponibili al sito www.cortecostituzionale.it).

⁽⁵⁰⁷⁾ Questo passaggio della sentenza 231 è espressamente riferito al testo dell'art. 19 sottoposto alla Corte, ma risulta eloquentemente estensibile a quello risultante dalla stessa sentenza.

discende l'attribuzione, all'imprenditore, del potere «di influire sulla libera dialettica sindacale»⁽⁵⁰⁸⁾.

3. La centralità della "motivazione".

Della sentenza 231 va evidentemente considerato in primo luogo il dispositivo.

Prescindendo dalla classificazione della pronuncia⁽⁵⁰⁹⁾, il dato inconfutabile è l'"addizione normativa" operata dalla Consulta nel testo dell'art. 19, in virtù della quale, leggendo appunto il dispositivo, la RSA può ora essere costituita «anche nell'ambito di associazioni sindacali che, pur non firmatarie dei contratti collettivi applicati nell'unità produttiva, abbiano comunque partecipato alla negoziazione relativa agli stessi contratti quali rappresentanti dei lavoratori dell'azienda».

Questo dispositivo, invero, di per sé dice ben poco. Segnatamente, non fornisce risposta a una domanda ineludibile già sulla base della sola logica e senza bisogno di scomodare il vincolo «di continuità» cui l'interprete è tenuto⁽⁵¹⁰⁾: dove il *quid novi* rispetto al precedente testo della norma? quale la sua ragione d'essere?

Sulla base della storia, della struttura e della *ratio* dell'art. 19, la risposta, se ci si fermasse al dispositivo, dovrebbe verosimilmente essere la seguente: la partecipazione ha qualcosa che la firma del contratto non ha, ovvero la "sola" partecipazione al negoziato esprime la forza del sindacato di "imporsi" alla controparte, possibilità prima preclusa dalla "necessaria" firma del contratto. È una risposta che, in sostanza, alcuni hanno dato, ma non è una risposta condivisibile; adesso meno che mai: salvo voler portare le lancette dell'orologio indietro nel tempo e, soprattutto, voler chiudere gli occhi dinanzi all'evidenza del caso Fiat.

In un quadro privo di regole è del tutto palese che la partecipazione alla trattativa, come pure la firma del contratto collettivo, è, in ultima analisi, rimessa all'assenso del datore di lavoro, con conseguente suo potere di alterare la libera dialettica sindacale: lo è, anch'essa, *strutturalmente, già in teoria*, come scrive la Corte. La partecipazione alla trattativa negoziale incide sul solo profilo temporale del potere di accreditamento: da esercitare in apertura anziché in chiusura del procedimento di stipulazione del contratto. Esito rimarcato, da subito, all'indomani della sentenza 231⁽⁵¹¹⁾. Di conseguenza, per dare un senso alla nuova formulazione dell'art. 19, al suo mutamento rispetto alla versione post-referendaria, l'interprete *deve* ritornare alla motivazione della sentenza stessa⁽⁵¹²⁾.

⁽⁵⁰⁸⁾ Così, ancora, la sentenza 26 gennaio 1990, n. 30, cit.

⁽⁵⁰⁹⁾ La sentenza 231, come si sa qualificata dalla stessa Corte "additiva", è stata ricondotta segnatamente alle sentenze «lessicalmente additive volte ad operare addizioni normative» (A. MARESCA, *Prime osservazioni sul nuovo articolo 19 Stat. lav.: connessioni e sconnesioni sistemiche*, in AA. VV., *La RSA dopo la sentenza della Corte costituzionale 23 luglio 2013, n. 231*, Adapt, University Press, e-book, 2013, pag. 8). Molti hanno avanzato dubbi su questa natura della pronuncia, in ragione del carattere antitetico dell'"addizione" rispetto al precedente contenuto della norma. Non v'è dubbio che l'addizione comunque c'è e occorre farvi i conti.

⁽⁵¹⁰⁾ T. ASCARELLI, *Norma giuridica e realtà sociale*, in *Problemi giuridici*, I, Milano, 1959, pag. 69.

⁽⁵¹¹⁾ Cfr. P. ICHINO, *Rappresentanze sindacali aziendali: la Consulta non risolve il problema*, in *www.linkiesta.it.*, 2013, il quale, al contempo, condivisibilmente esclude che la partecipazione al negoziato possa esaurirsi nella presentazione di una piattaforma rivendicativa, giacché - precisa - così intesa essa «perde qualsiasi valore selettivo».

⁽⁵¹²⁾ Muovendo dalla pubblicazione del solo dispositivo (precisamente dal combinato disposto degli artt. 136 Cost. e 30 l. 11 marzo 1957, n. 87) A. MARESCA (op. cit., pag. 9) osserva che le motivazioni delle sentenze creative della Corte «devono essere utilizzate

4. Il diritto a negoziare del sindacato "significativamente rappresentativo".

Il percorso argomentativo della decisione, benché piuttosto succinto, nella sua interezza - cioè non in questo o quel passaggio incidentale - sembra proprio rivolto a dare un significato ben diverso alla partecipazione alla trattativa negoziale. Emerge, così, l'attuale vero nodo della questione⁽⁵¹³⁾, che condiziona la complessiva interpretazione del nuovo art. 19.

Lo sviluppo del ragionamento della Consulta è perfettamente consequenziale alle considerazioni riportate nel precedente paragrafo ed è essenzialmente contenuto nel punto 7 della pronuncia.

Condividendo l'opzione ermeneutica dei giudici remittenti⁽⁵¹⁴⁾, la Consulta muove dalla premessa che la formulazione dell'art. 19 non ne consente un'interpretazione adeguatrice, sicché la norma: a) «viene meno alla sua funzione di selezione dei soggetti in ragione della loro rappresentatività»; b) «per una sorta di eterogenesi dei fini, si trasforma invece in meccanismo di esclusione di un soggetto maggiormente rappresentativo a livello aziendale o comunque *significativamente rappresentativo*, sì da non potersene giustificare la stessa esclusione dalle trattative». Inevitabile - secondo la Corte - è il contrasto con gli artt. 2, 3 e 39 Cost., di un modello che seleziona i sindacati «sulla base non già del rapporto con i lavoratori, che rimanda al dato oggettivo (e valoriale) della loro rappresentatività e, quindi, giustifica la stessa partecipazione alla trattativa», bensì esclusivamente in ragione di «un atteggiamento consonante con l'impresa, o quanto meno presupponente il suo assenso alla fruizione della partecipazione sindacale». Nella stessa logica, qualche rigo più sopra (nel punto 6.6.), la Consulta sottolinea «l'effettivo consenso da parte dei lavoratori, che [...] permette e al tempo stesso rende *non eludibile l'accesso alle trattative*» del sindacato⁽⁵¹⁵⁾.

Il percorso argomentativo si conclude - ad avviso di chi scrive - in modo lineare, con il richiamo all'art. 28 dello Statuto al fine di indicare un chiaro esempio di irrazionalità normativa, ossia di incoerenza logico-sistematica: nel senso che, se fosse decisivo l'assenso dell'impresa, mentre l'art. 28 consentirebbe al sindacato di «acquisita rappresentatività» di tutelarsi in caso di "non giustificato, suo negato accesso al tavolo delle trattative", quindi in fase di avvio del procedimento negoziale, in fase di chiusura lo stesso sindacato, là dove non firmasse il contratto, andrebbe incontro alla «forma impropria di sanzione del dissenso», consistente nella negazione dei diritti sindacali previsti dal titolo III dello Statuto.

In breve, nell'intera analisi della Corte, la partecipazione, più che essere indice della rappresentatività sindacale, a essa consegue: la sentenza 231 esclude espressamente che di un sindacato significativamente rappresentativo si possa giustificare la non ammissione alle trattative.

dall'interprete alla stregua di quanto avviene con i lavori preparatori di una qualsiasi legge a cui si ricorre soltanto allorché risulti oscuro il significato fatto palese dall'espressioni adoperate dal legislatore».

⁽⁵¹³⁾ Così R. DE LUCA TAMAJO, *Intervento*, Convegno Aidlass "Le rappresentanze sindacali in azienda: contrattazione collettiva e giustizia costituzionale", Roma, 16 settembre 2013.

⁽⁵¹⁴⁾ In dottrina, al riguardo e, più in generale, sul dibattito che ha preceduto la sentenza 231 cfr., per tutti, B. CARUSO, *Fiom v. Fiat: hard cases davanti alla Consulta*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, II, 2012, pag. 1029; E. GHERA, op. cit.; F. LISO, *La Fiom e la rappresentanza in azienda*, in *WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT-166/2013*; M. PERSIANI, *Ancora sulla sopravvenuta illegittimità costituzionale dell'art. 19 della legge n. 300 del 1970*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2012, pag. 1093; Id., *Illegittimità costituzionale sopravvenuta dell'art. 19 della legge n. 300/1970*, in *Giur. It.*, 2012, pag. 1837; A. VALLEBONA, *Ostinazione per le Rsa Fiom-Cgil (ora viene proposta una questione di costituzionalità già rigettata)*, in *Mass. Giur. Lav.*, 2012, pag. 524.

⁽⁵¹⁵⁾ Il corsivo nei passi della sentenza 231 riportati in questo e nel successivo cpv. sono ovviamente miei.

Per converso, nella motivazione non c'è traccia di quella «capacità del sindacato di imporsi al datore di lavoro [...] come controparte contrattuale», di cui «la partecipazione alla formazione della normativa contrattuale» sarebbe «indicatore» non «attribuibile arbitrariamente o artificialmente»: passaggio argomentativo assolutamente centrale della sentenza 244/1996⁽⁵¹⁶⁾. Oggi, dopo la vicenda Fiat, sarebbe stato pressoché paradossale affermarlo⁽⁵¹⁷⁾.

Dunque, la rappresentatività è il *prius*, la partecipazione il *posterius*.

Tutto ciò comporta: a) il ritorno alla rappresentatività "sociologica" (si è anche detto, ontologica, pre-giuridica⁽⁵¹⁸⁾), antecedente alla firma del contratto come alla partecipazione alla sua negoziazione; b) il diritto del sindacato *significativamente rappresentativo* di partecipare alla trattativa negoziale.

5. Gli argomenti contrari, "interni" alla motivazione: la delimitazione del punto 9 della sentenza.

La conclusione è indubbiamente rilevante. E se alcuni hanno manifestato uguale opinione⁽⁵¹⁹⁾, è senz'altro necessario analizzare gli argomenti sinora avanzati in senso contrario.

Un primo argomento sarebbe "interno" alla stessa motivazione della sentenza 231. La Corte espressamente afferma, nel punto 9, che l'intervento additivo non individua - a suo avviso non poteva farlo - un criterio selettivo della rappresentatività sindacale ai fini del riconoscimento della tutela di cui al titolo III dello Statuto «nel caso di mancanza di un contratto collettivo applicato nell'unità produttiva per carenza di attività negoziale ovvero per impossibilità di pervenire a un accordo aziendale». Di conseguenza la Corte indica, al legislatore, alcune possibili soluzioni per l'ipotesi prospettata, tra cui l'«introduzione di un obbligo a trattare con le organizzazioni sindacali che superino una determinata soglia di sbarramento». Taluni, da questo passaggio, hanno dedotto l'inesistenza, nell'attuale quadro normativo, di un siffatto obbligo⁽⁵²⁰⁾. Sul punto 9 della sentenza si tornerà in seguito; per il momento, all'argomento sollevato è possibile replicare che il riferimento all'"obbligo a trattare" può agevolmente intendersi in senso proprio, ossia quale obbligo ad aprire le trattative, in relazione a una delle due espresse "sotto-ipotesi" indicate dalla

⁽⁵¹⁶⁾ Dove si riprendevano peraltro le precedenti sentenze 4 dicembre 1995 n. 492 e 6 marzo 1974 n. 54 (testi disponibili al sito www.cortecostituzionale.it).

⁽⁵¹⁷⁾ Il gruppo Fiat, nel marzo 2013, ha rinnovato i contratti collettivi, rispetto ai quali la Fiom è estranea non solo alla stipulazione - come accaduto nella concreta vicenda che ha dato origine al giudizio concluso dalla sentenza 231 - ma anche alla negoziazione.

⁽⁵¹⁸⁾ Cfr. A. MARESCA, op. cit., pag. 12; D. MEZZACAPO, *La dichiarazione di incostituzionalità dell'articolo 19 Stat. lav. alla luce dei nuovi dati di sistema e di contesto*, in AA. VV., *La RSA dopo la sentenza*, cit., 2013, pag. 57.

⁽⁵¹⁹⁾ A. LASSANDARI, *Tra diritti sindacali e contrattazione collettiva: la Consulta trova una difficile via*, in *Dir. Lav. Mer.* (in corso di pubblicazione), 2013; U. ROMAGNOLI, *Un verdetto della Consulta sulla legalità costituzionale*, in www.dirittisocialie cittadinanza.org, 2013, pag. 11. In una diversa prospettiva, V. LECCESE (*Partecipazione alle trattative, tutela del dissenso e art. 19 dello Statuto dei lavoratori*, in *Lav. Dir.*, 2013, pag. 552), ai fini dell'accesso ai diritti sindacali del titolo III dello Statuto dopo la sentenza 231, pone invece l'accento sull'aver già fatto parte della «complessiva dinamica delle relazioni negoziali», quale «adeguata testimonianza "di una [...] «acquisita rappresentatività», indipendentemente dall'ammissione alle trattative dell'ultimo contratto.

⁽⁵²⁰⁾ R. DEL PUNTA, *L'art. 19 Statuto dei lavoratori davanti alla Consulta: una pronuncia condivisibile ma interlocutoria*, in *Lav. Dir.*, 2013, pag. 537; A. MARESCA, op. cit., pag. 35; G. PROIA, *Corte costituzionale e rappresentanze sindacali*, in *Dir. Lav. Mer.* (in corso di pubblicazione), 2013; P. TOSI, *I diritti sindacali tra rappresentatività e rappresentanza*, Convegno Aidlass "Le rappresentanze sindacali in azienda: contrattazione collettiva e giustizia costituzionale", Roma 16 settembre 2013, www.aidlass.it, 2013, pag. 16.

Consulta, cioè alla «carezza di attività negoziale»: obbligo, ovviamente, ben diverso dall'obbligo di far accedere il sindacato significativamente rappresentativo ad un negoziato già avviato⁽⁵²¹⁾.

Come pure, sempre argomentando dall'ipotesi della mancanza di un contratto collettivo di cui al punto 9, si è dedotto che «la Corte non ritiene di poter individuare alcun ulteriore criterio di rappresentatività»⁽⁵²²⁾: la partecipazione alla trattativa sarebbe la necessaria dimostrazione della effettiva rappresentatività. Benché il punto 9 non possa dirsi del tutto lineare, l'argomentazione - come suol dirsi - prova troppo. Infatti, il fulcro del punto in questione è la mancanza non della partecipazione alla trattativa (di un qualche "rappresentativo" soggetto sindacale), palesemente presente nell'altra sotto-ipotesi della «impossibilità di pervenire ad un accordo aziendale», bensì «di un contratto collettivo applicato nell'unità produttiva», che sostanzia l'«ipotesi» considerata dalla Corte in quanto la stipula del contratto è tuttora elemento necessario della fattispecie. A ben vedere, la partecipazione alla trattativa, nel ragionamento della Corte, ha tutta l'aria di essere non la dimostrazione ma l'«occasione» del rilievo giuridico della rappresentatività: che, nella fattispecie sottoposta al suo giudizio, assume consistenza là dove esiste un procedimento negoziale concluso con la stipula del contratto collettivo. Viceversa la «mancanza di un contratto collettivo» configura altra ipotesi normativa, che richiede, secondo la Consulta, l'intervento del legislatore per regolare prima l'*an* dell'attribuzione delle peculiari prerogative sindacali e poi, di conseguenza, il relativo requisito di accesso. L'impostazione si comprende probabilmente ancora meglio contestualizzando, nel tempo e nello spazio, la decisione della Consulta: vale a dire ampliando la prospettiva d'analisi. Nella stessa direzione sospinge l'esame di altri due argomenti, opposti alla tesi qui sostenuta, sui quali conviene quindi concentrare l'attenzione.

6. Gli argomenti contrari, di carattere sistematico: la debolezza dinanzi al mutato scenario delle relazioni sindacali.

Più di una voce ha rilevato che, sul piano generale, non esiste, nel nostro ordinamento, un diritto, di questo o quel sindacato, a negoziare: non v'è norma che lo fondi⁽⁵²³⁾. In una logica speculare si è sostenuto che ci «sarebbe voluto ben altro rispetto ad un qualche ambiguo passaggio della motivazione, per bandire lo stesso principio fondante non tanto di un teorico ordinamento intersindacale, quanto del concreto funzionamento del nostro sistema di relazioni collettive, cioè quello del reciproco riconoscimento»⁽⁵²⁴⁾. Le due osservazioni offrono l'esatta dimensione della vicenda affrontata dalla Corte nell'attuale fase storica del diritto sindacale italiano. Entrambe - meritevoli, beninteso, della massima attenzione, anzitutto perché toccano un profilo assai delicato - sembrano continuare a guardare all'oggi con gli occhi di ieri.

⁽⁵²¹⁾ Nello stesso senso A. LASSANDARI, op. cit.

⁽⁵²²⁾ F. CARINCI, *Se il legislatore latita, la Corte costituzionale ne approfitta per fare il bello e il cattivo tempo*, in *Dir. Lav. Mer.* (in corso di pubblicazione), 2013.

⁽⁵²³⁾ Tra gli altri, cfr. M. MAGNANI, *Le rappresentanze sindacali in azienda tra contrattazione collettiva e giustizia costituzionale. Prime riflessioni a partire dalla Corte costituzionale n. 231/2013*, Convegno Aidlass "Le rappresentanze sindacali in azienda: contrattazione collettiva e giustizia costituzionale", Roma, 16 settembre 2013, www.aidlass.it, 2013, 8; G. PROIA, op. cit. Al riguardo, in una più generale prospettiva, anche in chiave comparata, è ancora oggi utile l'analisi di C. ZOLI, *Gli obblighi a trattare nel sistema dei rapporti collettivi*, Padova, 1992.

⁽⁵²⁴⁾ F. CARINCI, op. cit.

Limitandosi a quanto consentono queste brevi riflessioni, la Corte è stata molto chiara: la premessa dell'intero suo ragionamento - come sottolineato dapprima - è l'«attuale mutato scenario delle relazioni sindacali e delle strategie imprenditoriali», espresso, in particolare, dalla vicenda Fiat, valutata per un preciso ma nodale profilo. La motivazione della sentenza 231, per quanto succinta, riflette questa vicenda "storica" nella sua portata innovativa; anzi, se il ragionamento della Corte è tutto tarato su di essa, guidato da un criterio di «razionalità pratica»⁽⁵²⁵⁾, la portata della vicenda sposta la pronuncia sul piano della regolazione generale, ed anche di primissimo livello, delle relazioni sindacali.

Lo scenario che la Corte ritiene mutato eravamo soliti identificarlo nel già menzionato sistema sindacale "di fatto" - o, se si preferisce, nell'ordinamento sindacale - incentrato, secondo una diffusissima opinione, sul reciproco riconoscimento tra i grandi sindacati confederali, a sua volta sorretto dall'unità di azione e dalla pariteticità tra gli stessi sindacati: questi sono stati gli assi portanti del diritto sindacale post-costituzionale⁽⁵²⁶⁾. E siffatto scenario la Corte rievoca quando - si ricorderà - sottolinea la «perdurante presenza in azienda dei sindacati confederali» anche dopo il '96. Ebbene, il sistema sindacale di fatto, frutto dell'autoregolazione sociale ed incentrato indiscutibilmente sul reciproco riconoscimento tra le parti sociali, era volto a realizzare l'«equilibrio collettivo»⁽⁵²⁷⁾: tramite esso le parti hanno «*predeterminato in forma più o meno netta una fonte iure proprio di produzione giuridica*» per garantire continuità alla disciplina dei rapporti di lavoro. Esigenza, prioritaria ed elementare, in altri Paesi - si è eloquentemente osservato - realizzata dal legislatore con «mezzi tecnici vari, tra i quali [...], per esempio, il sistema dell'ultrattività o del cd. obbligo a contrarre»⁽⁵²⁸⁾.

A questo punto, è sufficiente chiosare con due osservazioni: 1) sino a che l'ordinamento statale sostiene il sistema sindacale di fatto, ad esso rimettendo le principali dinamiche collettive, è all'interno di quest'ultimo che occorre inquadrare il procedimento contrattuale, dall'avvio alla conclusione, incluso l'impegno ad aprire una trattativa e finanche a concluderla; 2) nel momento in cui l'assetto muta, generando seri problemi, continuare a dare per scontata l'inesistenza di obblighi, se non ad aprire la trattativa, ad ammettere al negoziato determinati soggetti sindacali, e, specularmente, invocare il criterio del reciproco riconoscimento, crea palesemente un corto circuito: questi non sono elementi da cui muovere, ma *sono parte, e pure assai significativa, del problema*. Per dirla più esplicitamente - come in modo emblematico si osservò a proposito dei possibili

⁽⁵²⁵⁾ A. VISCOMI, *Le relazioni sindacali nell'impresa*, in M. ESPOSITO, L. GAETA, R. SANTUCCI, A. VISCOMI, A. ZOPPOLI, L. ZOPPOLI, *Istituzioni di diritto del lavoro e sindacale, II, Organizzazione e attività sindacale*, Torino, 2013, pag. 92; V. BAVARO, *La razionalità pratica dell'art. 19 st. lav. e la democrazia industriale*, in WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT-184/2013. A un criterio di razionalità pratica la Consulta si era ispirata invero anche nella sentenza 12 luglio 1996 n. 244, ma, secondo una prospettiva eloquentemente diversa, in relazione all'ipotesi (definita dalla sentenza 231) di applicazione "in eccesso" dell'art. 19.

⁽⁵²⁶⁾ Scrive G. P. CELLA (da ultimo *Una sentenza sulla rappresentanza sindacale (o del lavoro?)*, in *Lav. Dir.*, 2013, pag. 514): «l'unità di azione fra i sindacati si è configurata per più di un trentennio [...] come una sorta di alternativa funzionale alla mancata applicazione del comma 4 dell'art. 39 Cost.».

⁽⁵²⁷⁾ Si riprendono, qui e di seguito, alcuni passi di G. GIUGNI, *Introduzione allo studio della autonomia collettiva*, Milano 1960, pag. 108-109, sulle cruciali questioni in esame assai utili, prescindendo dalla più complessiva realizzazione della sua fondamentale teoria dell'ordinamento intersindacale (che - è noto - ha orientato il pensiero di molti studiosi, sovente tradottosi in un più generico "ordinamento sindacale").

⁽⁵²⁸⁾ G. GIUGNI (op. cit., pag. 110, nt. 12), per l'esattezza, si riferiva, per l'ultrattività, tra gli altri dati normativi, all'art. 2074 Cod. Civ., e, per l'obbligo a contrarre, alla Sez. 8 (a), n. 5, del *Labor - Management Relations Act* del Nord-America.

scenari generati dagli accordi separati dei primi mesi del 2009 - non si può continuare «a parlare di ordinamento sindacale» dinanzi a «una situazione anomica di aspra e continua conflittualità»⁽⁵²⁹⁾.

Puntuale, la norma simbolo del raccordo tra ordinamento statale e ordinamento sindacale, l'art. 19, è risultata alterata sul piano assiologico e funzionale, per riprendere ancora una volta le parole della Corte: e questa alterazione evidentemente va al di là della disgiunzione tra diritti sindacali ed effettiva rappresentatività.

Appare semplicistico, oggi forse più di ieri, ritenere che l'art. 19 si occupi solo dei diritti sindacali di cui al titolo III dello Statuto e non abbia a che vedere con il procedimento contrattuale. Per converso non c'è affatto da stupirsi se l'art. 19 finisca, oggi, per fondare un diritto a negoziare del sindacato significativamente rappresentativo: è l'esito cui conduce il realismo giuridico della Consulta, che muove dalla realtà dei fatti e ci riporta all'essenza del fenomeno sindacale, risultando peraltro in piena sintonia con le più recenti tendenze dell'autonomia sindacale. Ma procediamo con ordine.

7. Nuovo art. 19, fenomeno sindacale e istanza democratica.

Dunque, nel '70, l'ordinamento statale, attraverso l'art. 19 e quindi il sostegno al sistema sindacale di fatto, si rimette alle dinamiche contrattuali proprie di tale sistema. Nella prospettiva pluriordinamentale, l'art. 19 - come si diceva all'inizio di queste brevi riflessioni - può considerarsi il simbolo della nostra "costituzione materiale", a fronte della non attuazione della seconda parte dell'art. 39 della Carta costituzionale. E, nella versione originaria, la norma statutaria, mediante la maggiore rappresentatività confederale, rimanda a una scelta forte sul piano dei valori e della politica del diritto: che, investendo le confederazioni di un ruolo politico-istituzionale, le coinvolge direttamente nell'attuazione del progetto di società disegnato dal Costituente, in chiave solidaristica.

Il referendum del '95 ha riscritto l'art. 19⁽⁵³⁰⁾, sovvertendone la *ratio* originaria. Nella nuova struttura della norma l'attività contrattuale, anche a livello aziendale, ne è divenuto il perno, pure sul piano formale. *Ex post*, il necessario requisito della stipulazione del contratto collettivo ha indotto molti a individuare, nel supporto al sindacato che si assume la responsabilità di concludere e gestire il contratto, la nuova ragion d'essere dell'intervento statutario⁽⁵³¹⁾. Ma la correlazione "diritti sindacali-stipulazione del contratto collettivo", oltre a scolorire il senso del sostegno – essendo il sindacato firmatario in grado di stare evidentemente già da solo «in piedi»⁽⁵³²⁾ –, può considerarsi la classica mela avvelenata: perché contiene, in sé, il potere di accreditamento del datore di lavoro e la conseguente possibilità di alterazione della dialettica sindacale, come inconfutabilmente dimostrato dal caso Fiat e come la Consulta ha(ora) rilevato.

⁽⁵²⁹⁾ M. G. GAROFALO, *Crisi del sistema di relazioni industriali e legittimazione della rappresentanza*, in G. SANTORO PASSARELLI (a cura di), *Rappresentanza sindacale e contratto collettivo*, Napoli, 2010, pag. 42.

⁽⁵³⁰⁾ Secondo quanto già indicato nella nt. 6. L'intento dei referendari, si ricorderà, stava nel decretare la fine della cd. rappresentatività presunta - centrale nella lett. a) e nel decennio '80 sottoposta a uno sfibramento significativo - e nel conferire rilievo decisivo al dato certo della firma del contratto collettivo, sempre comunque in funzione del necessario presupposto rappresentativo.

⁽⁵³¹⁾ In proposito v., per tutti, M. DELL'OLIO, op. cit., pag. 659, e, da ultimi, M. NAPOLI, *La Corte costituzionale "legifera" sulla Fiom nelle aziende Fiat*, in *Lav. Dir.*, 2013, pag. 524; G. PROIA, op. cit.

⁽⁵³²⁾ G. GIUGNI, *La rappresentanza sindacale dopo il referendum*, in *Dir. Lav. Rel. Ind.*, 1995, pag. 367.

Il conflitto tra Fiat e Fiom è nel tempo cresciuto. In seguito alle decisioni via via assunte dalla prima, si è concentrato esclusivamente a livello aziendale: dopo l'uscita della Fiat da Confindustria nel gennaio 2012, questo livello ha interamente assorbito anche il piano contrattuale collettivo. E la vicenda costituisce, in modo limpido, un caso "di scuola" del capovolgimento del senso della norma: scrive la Consulta, «dalla mancata sottoscrizione del contratto collettivo è derivata la negazione di una rappresentatività che esiste». Vicenda dunque esemplare, che conferisce al caso Fiat portata generale, al di là anche della dimensione aziendale cui la strategia dell'impresa l'ha condotto, in linea peraltro con tendenze notoriamente diffuse in questi anni.

In sostanza, la Corte costituzionale afferma che, pur essendo mutato lo scenario delle relazioni sindacali e delle strategie imprenditoriali, l'impostazione dell'art. 19 non è cambiata: sulla base di un criterio di coerenza interna, il suo fine è tuttora la «selezione dei soggetti in ragione della loro rappresentatività», da rinvenire «nei fatti», secondo un concetto anzitutto sociologico di rappresentatività, caratterizzante la versione originaria della lett. a) della norma. Anzi, proprio perché è mutato lo scenario delle relazioni sindacali, la Corte, con una sentenza di segno diverso rispetto a quella del '96, "ripone" l'accento sulla nozione di rappresentatività sociologica. In tal modo, nell'incrociare realtà empirica e dato giuridico, ci riconduce alla dinamica essenziale e costitutiva del fenomeno sindacale, unendo passato e presente.

L'attenzione della Consulta è sul «rapporto [del sindacato] con i lavoratori», eloquentemente sottolineato nella motivazione, più volte, come nel dispositivo; rapporto che - giova ribadire le parole della Corte - «rimanda al dato oggettivo(e valoriale) della(...) rappresentatività» e «rende non eludibile l'accesso alle trattative». Così ragionando, la Corte mette al centro della dinamica sindacale: in primo luogo, il rapporto con i lavoratori; in secondo luogo, il valore della "rappresentatività", della capacità di aggregazione del sindacato "significativa".

Sicché, non sembra audace ritenere che, mentre in passato l'art. 19 recepiva, dall'effettività, il criterio del reciproco riconoscimento proprio di un dato sistema sindacale, ora impone, anzitutto ma ovviamente non solo al datore di lavoro, quello che, dell'effettiva esperienza sindacale di sempre, è il nucleo costitutivo, ossia il rapporto tra sindacato e lavoratori. E, proseguendo nella stessa logica, se è vero che l'art. 19 non apre più le porte a un sistema sindacale strutturato o a una precisa figura di sindacato, attraverso di esso la Corte, con un realismo sotto questo profilo non riducibile al solo caso Fiat, ridà linfa all'essenza del fenomeno sindacale: al suo radicarsi nel «rapporto con i lavoratori», che, prima di essere pur sempre e inevitabilmente in sintonia con le radici del sistema sindacale di fatto, lo è con gli artt. 2 e 39 Cost. e con la relativa fondamentale dialettica individuale-collettivo. La Consulta, in un contesto di anomia, fornisce una norma *minima* di disciplina della rappresentanza sindacale, o - per riprendere un'incisiva metafora - una «scheggia della regolazione legale che non c'è»⁽⁵³³⁾, improntata alla democrazia sindacale: il diritto del sindacato significativamente rappresentativo di partecipare al negoziato, volto a evitare che l'interesse collettivo venga individuato e regolato senza aver neanche sentito la voce di un'organizzazione sindacale legittimata dal radicamento tra i lavoratori, ossia tra i soggetti per i quali quell'interesse ha origine. Un diritto problematico e da definire meglio, ma che comunque consente di esprimere il proprio punto di vista e conoscere quello dell'interlocutore negoziale, secondo un confronto improntato al canone della buona fede(art. 1337 Cod. Civ.).

⁽⁵³³⁾ U. ROMAGNOLI, op. cit., pag. 11.

Nessun obbligo invece di aprire le trattative contrattuali sul piano collettivo. Più semplicemente, un obbligo, se una trattativa è aperta, a far sedere al tavolo negoziale il sindacato che rappresenta un numero significativo di lavoratori. Da questa angolazione - è utile ribadirlo - la partecipazione costituisce l'"occasione", non la dimostrazione, del rilievo giuridico della rappresentatività. Alla Corte tuttavia - come subito si vedrà - non sfugge che la questione è parte di una più generale e complessa problematica.

La conclusione non dovrebbe stupire neanche nella tradizionale prospettiva privatistica dell'autonomia collettiva. Invero, chi scrive si è sempre annoverato tra coloro che considerano tale prospettiva insoddisfacente per comprendere il fenomeno sindacale. Ma qui basti osservare che, pure sposandola, è da tempo pacifico (nonostante ne costituisca una delle tante palesi espressioni della intrinseca debolezza) che il contratto collettivo conserva comunque natura eteronoma rispetto al contratto individuale: ciò rende razionale il necessario coinvolgimento, nel caso di apertura del tavolo negoziale, dei sindacati rappresentativi di parte consistente dei suoi potenziali destinatari individuali. A tacere, peraltro, del fatto che, in una stretta logica di rappresentanza volontaria individuale, la conclusione potrebbe risultare finanche riduttiva.

8. La *ratio* della norma statutaria.

Per le ragioni esposte, la rappresentatività cd. sociologica si ripropone, dunque, come un "dato valoriale". Il suo rilievo però non va oltre quanto delineato. A differenza della maggiore rappresentatività di stampo confederale della versione originaria dell'art. 19, essa non rimanda a un «modello di regolazione del fenomeno sindacale accolto in Costituzione»⁽⁵³⁴⁾. Tuttavia, non c'è da sottovalutarne il recupero, né c'è da meravigliarsi di questa nuova impostazione.

L'attuale formulazione della norma costituisce il punto di arrivo di più interventi di microchirurgia normativa ed è espressione di una diversa stagione sindacale. Si diceva prima: va contestualizzata, sì da essere ricostruita nella sua valenza generale.

A ben riflettere, la *ratio* del nuovo art. 19 non presenta soluzioni di continuità con il testo prodotto dal referendum del '95, benché risulti, per un verso, corretta e, per altro verso, integrata, in ragione dell'imprescindibile essenza del fenomeno sindacale e della sua intrinseca connotazione democratica. La norma - che tuttora richiede la firma del contratto collettivo - è sempre volta a promuovere la conclusione del contratto e il sindacato che se ne fa carico. Nondimeno, oggi, configura il contratto collettivo quale esito di un *iter* negoziale "inclusivo", dal quale non può restare fuori il sindacato espressione di parte significativa dei lavoratori; e questo sindacato, in virtù del rapporto con i lavoratori e in sua funzione, ha anch'esso accesso alle particolari prerogative del titolo III dello Statuto, ancorché "dissenziente" e non firmatario del contratto collettivo.

Certo, la tormentata storia dell'art. 19 non può dimenticarsi. La sentenza 231, sebbene per il profilo in questione incroci il più generale piano del procedimento di stipulazione del contratto collettivo, rimane comunque di carattere circoscritto. Concepita in particolare in riferimento al caso Fiat, non va oltre la posizione del sindacato in una vicenda contrattuale già aperta. In questa ottica

⁽⁵³⁴⁾ M. RUSCIANO, *Sindacato "firmatario" o "trattante", purché rappresentativo (commento della sentenza n. 231/2013 della Corte costituzionale)*, in *Riv. Giur. Lav.*, II, 2013, pag. 525.

si comprende anche il punto 9 - come si è visto oggetto di molta attenzione -, dove la Corte, più che delineare un problema di residua illegittimità costituzionale dell'art. 19⁽⁵³⁵⁾, sembra trarre alcune conseguenze del tipo di intervento realizzato.

Evidentemente la Consulta, se da un lato - memore di passate esperienze e quindi animata da un certo scetticismo nei confronti dell'intervento legislativo - indica una regola minima, problematica ma suscettibile d'immediata applicazione, dall'altro lato manifesta piena consapevolezza (forse implicitamente anche della "precarietà" in concreto della soluzione fornita, di sicuro ed) esplicitamente del fatto che la nuova formulazione della norma continua a lasciare irrisolto più di un problema. In questa logica, previo richiamo ai binari tracciati dai giudici remittenti, la Consulta non affronta: a) né il problema della «mancata attuazione complessiva dell'art. 39 Cost.», che, in quanto «più generale», consentirebbe di inserire le questioni sul tappeto in una prospettiva di maggior respiro; b) né la più circoscritta ipotesi, diversa da quella esaminata benché tutta concernente l'art. 19, della mancanza di un contratto collettivo, peraltro possibile già dopo il '95, ma, con ogni evidenza, da porre solo oggi in seguito ai mutamenti intervenuti, e che, se regolata, cambierebbe - non va ovviamente trascurato - il contenuto della norma statutaria.

Da tutto ciò si può agevolmente dedurre che la Corte - lo si accennava in precedenza - non pensa a modelli o a ipotesi di regolazione generale. Di conseguenza, non si è neanche preoccupata del rilievo della rappresentatività "sociologica" a prescindere dalla vicenda contrattuale e quindi dalla partecipazione negoziale: questo scenario non è prefigurato attualmente dallo Statuto, sicché, nonostante sia evidentemente da prospettarsi in un'ottica di tutela privilegiata dell'azione sindacale, è da rimettersi - ad avviso della Consulta - al legislatore.

Proprio in ragione di tale approccio, e a dispetto del carattere "autosufficiente" della sentenza, il punto 9 finisce per risultare, implicitamente, una sollecitazione più forte di quanto a prima vista appaia per un esteso e solido intervento legislativo. Ma, in effetti, lo stesso carattere autosufficiente della pronuncia stimola ulteriori considerazioni a favore di questa lettura.

9. L'intervento della Consulta tra eteronomia e tendenze dell'autonomia collettiva.

È indubbio - come più d'uno ha osservato - che l'applicazione della sentenza 231 non è facile. Non lo è anzitutto perché la nuova ed ennesima nozione di rappresentatività "significativa" risulta priva di criteri di accertamento. Né la Corte fornisce indicazioni in proposito. A tal fine non sono di aiuto neanche i criteri tracciati nel punto 9, che, oltre a non essere palesemente utilizzabili nell'attuale quadro normativo - non lo è neppure il riferimento al numero degli iscritti, riduttivo per accertare la rappresentatività sindacale - riguardano la diversa ipotesi della «mancanza di un contratto collettivo», tutta da disciplinare.

Merita attenzione l'opinione secondo cui il problema potrebbe essere risolto in chiave relazionale, sulla base (se ben s'intende) di un obbligo di parità di trattamento dei diversi sindacati: dal quale discenderebbe che, una volta ammesso alle trattative il sindacato dalla rappresentatività "x", non si potrebbero escludere altri soggetti collettivi con un livello uguale o maggiore di rappresentatività⁽⁵³⁶⁾. Prescindendo dal fondamento giuridico del criterio, evidentemente differente

⁽⁵³⁵⁾ Cfr. A. MARESCA, op. cit., pag. 3.

⁽⁵³⁶⁾ È l'opinione di E. POLI, *Intervento*, Convegno AGI, MD, RGL "Rappresentatività, diritti sindacali e processo negoziale", Roma, Corte di Cassazione, 12 dicembre 2013.

dalla ricostruzione sin qui delineata, la tesi - attenta a valorizzare il carattere innovativo della sentenza - non è priva di ragionevolezza, ma non è del tutto convincente, giacché finisce pur sempre per attribuire un eccessivo potere all'imprenditore, al quale spetterebbe in ogni caso la parola decisiva sulla soglia minima di rappresentatività necessaria.

Il problema, però, in concreto potrebbe forse essere meno spinoso. E veniamo così all'evidente incrocio tra la sentenza 231 e la nuova stagione dell'autonomia collettiva, contraddistinta dalla forte esigenza di ritrovare i circuiti vitali della dialettica sindacale, nelle relazioni tra i soggetti collettivi come, se non soprattutto, con e tra i lavoratori.

È noto che l'assetto delle relazioni sindacali è stato ridefinito dall'accordo interconfederale del 28 giugno 2011 e dal protocollo del 31 maggio 2013, che, per la prima volta nell'esperienza repubblicana, disciplinano il potere di stipulare il contratto collettivo, rispettivamente aziendale e nazionale⁽⁵³⁷⁾. Tanto il primo quanto il secondo sono poi confluiti nel singolare e più ampio cd. Testo Unico sulla Rappresentanza, del 10 gennaio 2014, sottoscritto da Confindustria e Cgil, Cisl e Uil.

Nelle pagine precedenti si è più volte ricordato che l'architave del sistema sindacale "di fatto" è stato il reciproco riconoscimento tra le grandi confederazioni. Sul versante dei lavoratori, quest'architave, in breve, si poggiava sull'unità di azione tra tali confederazioni. Ebbene, le suindicate nuove e rilevanti discipline negoziali del contratto collettivo, nazionale e aziendale, nascono proprio per porre argini alla rottura di questa unità, divenuta lacerante negli ultimi anni in relazione al caso Fiat: l'obiettivo è un quadro di regole "certe" e "affidabili", come espressamente dichiarano le parti sociali⁽⁵³⁸⁾. In sostanza, accordo del 2011 e protocollo del 2013, confluiti in modo emblematico nel Testo Unico del gennaio 2014, segnano, nell'ordinamento sindacale, il passaggio dall'unità di azione (ossia di strategie e di contenuti) all'unità meramente procedurale tra le grandi confederazioni: ritorniamo «al mutato scenario delle relazioni sindacali» da cui muove la Consulta. Ne deriva che un fronte sindacale tendenzialmente unitario in grado di dare garanzie in termini di strategie e politiche sindacali-contrattuali, sì da assicurare un equilibrio nell'effettività al sistema sindacale, non è al momento rinvenibile. Ci sono invece regole procedurali, regole del gioco negoziale, che ridefiniscono il ruolo di soggetti individuali e collettivi: una nuova stagione sindacale⁽⁵³⁹⁾.

In questo quadro di regole, se anche si volesse discutere sulla configurazione di un diritto a negoziare in capo ai soggetti sindacali - che peraltro sembrerebbe sussistere soprattutto in riferimento al contratto collettivo nazionale - sia pur con tutti i limiti derivanti dalla relativa genesi contrattuale, non sembra dubbio che: 1) sono precisamente individuati i soggetti ammessi alle trattative; 2) il reciproco riconoscimento tra le parti sociali riguarda le regole procedurali, non l'unità di azione.

⁽⁵³⁷⁾ All'accordo del giugno 2011 e al protocollo del luglio 2013, entrambi stipulati da Confindustria e Cgil Cisl e Uil, hanno fatto seguito altri contratti collettivi, che hanno ampliato l'ambito sia dei soggetti sindacali sia dei settori interessati dalle novità (servizi, piccola e media impresa, cooperative, credito).

⁽⁵³⁸⁾ V. la premessa dell'accordo interconfederale del 2011, richiamato nell'*incipit* del protocollo del 2013.

⁽⁵³⁹⁾ Sull'argomento v., *amplius*, A. ZOPPOLI, *Il protocollo del maggio 2013, una svolta sospesa tra prassi (assenti) e norme (inadeguate)*, in *Dir. Lav. Mer.*, 2013, pag. 249.

Ecco l'incrocio con la sentenza 231, che, appunto, ridefinisce una delle prime di siffatte regole: chi siede al tavolo negoziale. Automatico, in questa logica, il raccordo tra art. 19 e autoregolazione sociale ai fini dell'individuazione della nuova nozione di sindacato significativamente più rappresentativo.

La definizione della soglia del 5% di rappresentatività (quale media tra il dato associativo e il dato elettorale) per l'ammissione alle trattative del CCNL⁽⁵⁴⁰⁾ potrebbe aiutare, giudici e interpreti in generale, a riempire la nuova e inedita nozione di rappresentatività significativa⁽⁵⁴¹⁾. Per quanto concerne invece il livello aziendale, le parti sociali hanno configurato come soggetto negoziale "a regime", oltre alle RSA, contemplate dallo stesso art. 19, le RSU⁽⁵⁴²⁾: queste ultime in via preferenziale e in ogni caso senza l'affiancamento dei sindacati territoriali di categoria (come scritto invece nel Protocollo del luglio 1993)⁽⁵⁴³⁾. Sembra derivarne che, sulla base di questa disciplina, non sia a livello aziendale che il sindacato possa acquisire i requisiti necessari per divenire referente per la costituzione di eventuali RSA.

Sull'interazione con l'autoregolazione sociale vanno però fatte alcune precisazioni.

Tanto l'accordo del 2011 quanto il protocollo del 2013 hanno sinora incontrato più di una difficoltà a trovare concreta applicazione. Invero, non c'è granché da stupirsi: siamo dinanzi a una nuova stagione sindacale, incentrata su regole procedurali, che ridefiniscono posizioni e poteri degli attori sociali: farle vivere non è affatto semplice. Ora il Testo Unico del gennaio 2014 le "rilancia".

In relazione ai criteri di individuazione dei sindacati ammessi alla trattativa del CCNL, due profili vanno comunque qui considerati, sia pure velocemente.

In primo luogo, la soglia di rappresentatività del 5%, non avendo alcun particolare supporto normativo, non può che costituire un parametro per individuare, in via interpretativa, la nozione di sindacato significativamente rappresentativo⁽⁵⁴⁴⁾; un parametro, come tale, suscettibile, da un lato, di essere motivatamente disatteso, dall'altro di trovare riscontro anche al di fuori dell'ambito di applicazione del protocollo.

In secondo luogo, occorre tenere presente che il Testo Unico, proprio in seguito alla sentenza 231, alla suddetta soglia di rappresentatività del 5%, necessaria per l'ammissione alla contrattazione collettiva nazionale, affianca espressamente ulteriori requisiti ai «fini del riconoscimento dei diritti sindacali» di cui al titolo III dello Statuto. A tali fini - si legge nel Testo Unico⁽⁵⁴⁵⁾ - «si intendono partecipanti alla negoziazione le organizzazioni» che, oltre ad aver raggiunto la soglia di rappresentatività del 5%, «hanno contribuito alla definizione della piattaforma e hanno fatto

⁽⁵⁴⁰⁾ V. il punto 1 della parte dedicata a "Titolarietà ed efficacia della contrattazione" del protocollo del 2013 e il primo cpv. della parte terza del "Testo unico" del 2014.

⁽⁵⁴¹⁾ Sull'argomento cfr., sia pure secondo una diversa prospettiva, A. MARESCA, op. cit., pag. 39.

⁽⁵⁴²⁾ Sulla cui disciplina interviene da ultimo ampiamente il Testo Unico di gennaio 2014 (parte seconda).

⁽⁵⁴³⁾ V. punti 4, 5 e 7 dell'accordo interconfederale del 28 giugno 2011 e i capoversi 10, 11 e 12 della parte terza del Testo unici del 10 gennaio 2014. L'impostazione seguita dalle parti sociali è coerente con «i modelli prevalenti in Europa, che privilegiano in azienda rappresentanze elettive, non associative e non strettamente sindacali» (T. TREU, *Le regole delle relazioni industriali: test per l'autoriforma*, in *Quad. Rass. Sind.*, n. 3, 2013, pag. 40).

⁽⁵⁴⁴⁾ Così pure S. SCARPONI, *La sentenza della Corte costituzionale n. 231 del 2013: la quadratura del cerchio?*, in *Lav. Dir.*, 2013, pag. 505.

⁽⁵⁴⁵⁾ V. il quarto cpv. della parte terza.

parte della delegazione trattante l'ultimo rinnovo del c.c.n.l. definito secondo le regole del presente accordo». Sul punto è il caso di osservare che la delineata distinzione tra "ammissione alle contrattazioni" e "partecipazione alla negoziazione" non trova riscontro nella sentenza 231, incentrata (secondo l'interpretazione proposta nelle pagine precedenti) sulla "rappresentatività significativa", cui consegue il diritto di essere ammessi e quindi di partecipare alle trattative contrattuali, con immediato rilievo ai fini dell'art. 19. Non è necessario addentrarsi nella nuova disciplina per rilevare che, nella misura in cui i criteri indicati dal Testo Unico assumono carattere più restrittivo rispetto alla norma statutaria, imponendo esclusioni all'accesso alle prerogative del titolo III dello Statuto, finiscono, anziché per essere di aiuto nell'interpretazione della medesima norma, per sovrapporsi illegittimamente ad essa. Per intenderci, l'indicazione secondo cui, «in assenza di piattaforma unitaria, la parte datoriale favorirà, in ogni categoria, che la negoziazione si avvii sulla base della piattaforma presentata da organizzazioni sindacali che abbiano complessivamente un livello di rappresentatività nel settore pari almeno al 50% + 1»⁽⁵⁴⁶⁾ potrebbe condurre a una riduzione, anche sensibile, del numero dei sindacati che contribuiscono «alla definizione della piattaforma» e, quindi, dei «partecipanti alla negoziazione», nonostante il raggiungimento della soglia del 5% di rappresentatività. Stessa considerazione vale per il requisito dell'aver «fatto parte della delegazione trattante l'ultimo rinnovo del c.c.n.l. definito secondo le regole del presente accordo». Ed è superfluo rimarcare la natura autoreferenziale dell'intervento normativo delle parti sociali.

In sintesi, sul tappeto ci sono peculiari prerogative sindacali, strettamente intrecciate alle "regole del gioco" negoziale di produzione dell'interesse collettivo: tanto le prime quanto le seconde, in un ordinamento democratico, devono essere poste da soggetti al di sopra delle parti ed appartenere a tutti gli interessati. Sotto questo profilo emerge nitido, in modo emblematico, lo iato esistente tra autoregolazione sociale e sentenza 231. La Corte costituzionale riprende - nei limiti possibili - l'istanza di regolazione accolta dalle parti sociali, ma la sposta sul piano che le appartiene e che è anche proprio delle norme in parola, quello dell'eteronomia, idoneo ad assicurare, a queste norme, la solida, necessaria legittimazione democratica.

Tuttavia, v'è al contempo da osservare come sia la stessa autonomia collettiva, con la complessiva regolazione del potere di stipulare il contratto collettivo, da ultimo contenuta nel Testo Unico del gennaio 2014, a indicare chiaramente che il diritto a negoziare affermato dalla Corte è solo una regola minima: da non sottovalutare, ma di certo inadeguata per l'attuale problematicità delle relazioni sindacali, a cominciare dal rapporto tra parti sociali e lavoratori, riposto giustamente al centro dell'attenzione dalla Consulta.

In definitiva, l'incrocio con l'autoregolazione sociale, se costituisce un valido motivo per non trascurare affatto la portata innovativa della sentenza 231, di cui anzi rende meno complicata la concreta applicazione, al contempo induce ad assumere senz'altro una prospettiva di più ampio respiro. Nell'attuale scenario, indiscutibilmente contraddistinto da marcate difficoltà economiche e scarsa coesione sociale, l'interazione tra eteronomia e autonomia deve giocoforza essere più che mai lineare e solida. Il che ci riporta al necessario intervento del legislatore, al quale, in sostanza, approda anche la Corte.

⁽⁵⁴⁶⁾ V. il quinto cpv. della parte terza.

L'articolo 39 della Costituzione e il contratto collettivo*

Edoardo Ghera

1. La crisi del modello volontario della rappresentanza sindacale: gli accordi Fiat e il sostegno legislativo ai contratti collettivi di prossimità. 181
2. La libertà di organizzazione sindacale e la speciale efficacia riconosciuta ai contratti collettivi aziendali e locali: profili di legittimità o illegittimità dell' art. 8 d. l. n.138/2011 conv. in l. n. 148/2011. 183
3. Dalla non attuazione alla rivisitazione dell'art. 39 della Costituzione: i possibili percorsi della scienza e della politica del diritto. 186

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 202/2014

1. La crisi del modello volontario della rappresentanza sindacale: gli accordi Fiat e il sostegno legislativo ai contratti collettivi di prossimità.

Cosa fare dell'art. 39 della Costituzione? L'interrogativo o meglio la risposta può sembrare scontata. Dopo sessantacinque anni di non attuazione della norma costituzionale nella sua seconda parte – i commi 2, 3 e 4 nei quali è prefigurata una disciplina dei sindacati e del contratto collettivo avente “*efficacia obbligatoria per tutti gli appartenenti alle categorie alle quali il contratto si riferisce*” (c. 4) - le ragioni storiche dell'omissione del legislatore non son più in discussione. Della norma costituzionale resta, con tutto il suo vigore, il principio fondamentale della libertà sindacale (recita il c.1: *l'organizzazione sindacale è libera*) nel cui ambito di garanzia si è sviluppato e consolidato un sistema di attori e di relazioni sindacali che si è dimostrato capace di evolversi nel tempo e di autoregolarsi su basi esclusivamente volontarie. Il legislatore è intervenuto, ma fuori della previsione costituzionale, per sostenere i sindacati dei lavoratori: in particolare per assicurarne l'ingresso nelle aziende con lo statuto dei lavoratori, prima; e poi per disciplinare lo sciopero nei servizi pubblici).

Gli ultimi cinquanta anni del '900 sono stati favorevoli al movimento sindacale in Italia, più che in altri paesi europei. Le cose cambiano con il nuovo secolo che vede il sindacato costretto a misurarsi con gli scenari sempre più ardui, dell'economia globalizzata e sottomessa al potere finanziario del capitale e lo porta sulla difensiva (quando, come in altri paesi, non arretra). Inoltre il sistema politico non è più – salvo la parentesi Prodi (2006-2007) - favorevole ed i vincoli europei sono più pesanti. Si apre così una fase di divisione tra i sindacati confederali, che si manifesta anche nella linea politica e nelle scelte contrattuali, violando la prassi dell'unità di azione che è stata invece il presupposto implicito della legislazione di sostegno. Nel nuovo contesto ritorna di attualità la seconda parte dell'art. 39 cost. non tanto nella sua valenza o efficacia impeditiva di una legislazione di estensione *erga omnes* dell'efficacia del contratto collettivo, quanto come modello (o possibile strumento) di organizzazione del pluralismo sindacale *competitivo*.

In effetti negli stessi anni della crisi economica entra in crisi il sistema volontario della rappresentanza sindacale e della contrattazione collettiva e la sua proiezione (neo)istituzionale: la figura del *sindacato maggiormente rappresentativo*, riconosciuto dalla legge sulla base di un criterio di rappresentatività presunta (maggiore oppure comparata). Tra il 2010 e il 2011 si verificano due importanti fatti nuovi, tra loro strettamente collegati: la vicenda FIAT e l'emanazione dell'art.8 d. l. n.138/2011 conv. in L. n.148/2011. È allora naturale chiedersi quale sia o possa essere la collocazione o meglio il grado di devianza di questi fatti (e delle loro conseguenze) rispetto al modello disegnato dall'art.39 della Costituzione.

Nella vicenda FIAT l'azienda disdetta il contratto nazionale di categoria e si separa dalla Confindustria per passare – vera novità per l'Italia – ad un sistema di contrattazione aziendale *esclusiva* sul modello americano. L'intesa è raggiunta con due su tre dei sindacati confederali: uno, la FIOM CGIL rifiuta la firma del nuovo contratto che viene sottoposto (altra prassi inedita) ad un referendum improprio – perché indetto al di fuori del modello unitario previsto dall'art. 21 st. lav. - tra i lavoratori interessati, con esito favorevole per l'azienda e i sindacati firmatari (seguirà una lunga vertenza giudiziaria FIOM – FIAT il cui risultato finale è stato favorevole al sindacato FIOM per

quanto attiene alla rappresentanza in azienda⁵⁴⁷, ma non ha intaccato la validità del contratto c.d. separato e la sua applicazione concreta. Insomma la rottura del modello contrattuale centralizzato rimane, con l'effetto di separare il settore auto dal resto dell'industria meccanica e metalurgica.

Ed è su tale rottura, con l'esplicito obiettivo di consolidarla sul piano giuridico, che si innesta l'intervento del legislatore (il governo con un decreto-legge approvato dal parlamento). L'art.8 chiama in causa direttamente l'art. 39 cost. perché, oltre ad avere introdotto una norma transitoria (c.3) di salvaguardia (retroattiva) degli accordi FIAT, ha previsto la nuova figura dei contratti collettivi di prossimità – e cioè sottoscritti a livello aziendale o territoriale – dotati di *“efficacia nei confronti di tutti i lavoratori interessati”*. Tale efficacia è subordinata (c.1), per altro, alla condizione che la sottoscrizione sia avvenuta per mano *“di associazioni dei lavoratori comparativamente più rappresentative sul piano aziendale o territoriale ovvero delle loro rappresentanze sindacali operanti in azienda ai sensi della normativa di legge e degli accordi interconfederali vigenti, compreso l'accordo interconfederale del 28 giugno 2011”*; ed inoltre – anche questa è una novità – *“sulla base di un criterio maggioritario relativo alle predette rappresentanze sindacali.”* A questi requisiti soggettivi il legislatore fa seguire (cfr. ancora il c.1) ulteriori requisiti - o limiti - di scopo e di materia. I contratti di prossimità devono infatti essere finalizzati all'incremento dell'occupazione, al miglioramento della qualità dei contratti di lavoro e agli altri obiettivi (incrementi di competitività e di salario, investimenti, forme di partecipazione dei lavoratori, emersione del lavoro irregolare, gestione di crisi aziendali e occupazionali) indicati dalla stessa norma; e possono riguardare le materie inerenti l'organizzazione del lavoro e della produzione elencate nel successivo c.2 e in specie: *a) agli impianti audiovisivi e alla introduzione di nuove tecnologie; b) alle mansioni del lavoratore, alla classificazione e inquadramento del personale; c) ai contratti a termine, ai contratti a orario ridotto, modulato o flessibile, al regime della solidarietà negli appalti e ai casi di ricorso alla somministrazione di lavoro; d) alla disciplina dell'orario di lavoro; e) alle modalità di assunzione e disciplina del rapporto di lavoro, compresi i rapporti atipici anche di lavoro autonomo, le collaborazioni coordinate e continuative a progetto e le partite IVA, alla trasformazione e conversione dei contratti di lavoro e alle conseguenze del recesso dal rapporto di lavoro, fatta eccezione per il licenziamento discriminatorio, il licenziamento della lavoratrice in concomitanza del matrimonio, il licenziamento della lavoratrice dall'inizio del periodo di gravidanza fino al termine dei periodi di interdizione al lavoro, nonché fino ad un anno di età del bambino, il licenziamento causato dalla domanda o dalla fruizione del congedo parentale e per la malattia del bambino da parte della lavoratrice o del lavoratore il licenziamento in caso di adozione o affidamento”*.

La quantità e l'estensione delle materie in elenco ed il loro intreccio con gli obiettivi assegnati dalla legge, lasciano intendere la volontà politica di fare della contrattazione di prossimità lo strumento privilegiato per la flessibilità e l'adattamento della disciplina del rapporto di lavoro (e quindi del trattamento dei lavoratori) alle esigenze della produzione.

⁵⁴⁷ Si v. Corte cost. 13 luglio 2013 n. 231 in *Arg. Dir. Lav.* 2013, p. 1396 ss. e *ivi* p.1407 ss. il commento di V. Di Stefano *La corte costituzionale e l'art 19 dello statuto dei lavoratori: molto più che un semplice aggiornamento*. La sentenza ha dichiarato illegittima la norma dell'art. 19 l. 20 maggio 1970 n. 300, nella parte in cui non riconosce il diritto alla (costituzione della) rappresentanza aziendale *“alle associazioni sindacali che pur non avendo sottoscritto i contratti collettivi applicati nell'unità produttiva, abbiano partecipato alla negoziazione relativa agli stessi contratti quali rappresentanti dei lavoratori dell'azienda”*.

Ma non è tutto. L'art.8 attribuisce (c. 2 bis) ai contratti collettivi di prossimità anche la capacità (il potere) di derogare, nelle stesse materie, anche alle disposizioni di legge e dei contratti collettivi nazionali. Alla efficacia generale si aggiunge così una speciale *forza normativa* prevalente sulle fonti di grado superiore e *bidirezionale*: la norma in deroga può disporre anche in senso *meno favorevole* al lavoratore (viene così derogato, a sua volta, il c.d. principio del *favor* o della inderogabilità *in pejus*: la cui implicita enunciazione si rinviene nell'art. 2113 c.c.). Da notare che la suddetta capacità derogatoria, pur andando incontro ad importanti limiti di natura *ordinamentale* (e cioè vincolanti al rispetto dei principi costituzionali, delle norme comunitarie e delle norme internazionali), non è circoscritta a specifiche materie, anche ampie, ma si estende alla totalità o quasi della disciplina del rapporto e dei diritti che ne derivano al prestatore di lavoro. Vi è quindi una devoluzione della funzione normativa ai contratti decentrati che va oltre il consueto rinvio della legge ai contratti collettivi per integrare o anche derogare le proprie disposizioni. Con l'art.8, insomma, vi è la possibilità che attraverso la contrattazione di prossimità si arrivi ad un decentramento spinto delle relazioni sindacali e ad una altrettanto spinta - al ribasso - differenziazione dei trattamenti e delle condizioni di lavoro.

Al di là della prudenza (o dell'incertezza?) delle parole usate dal legislatore (si parla di *intese specifiche* e di *efficacia nei confronti di tutti i lavoratori interessati*), la norma conferisce ai contratti di prossimità una efficacia soggettiva non diversa da quella prevista dal c.4 dell'art.39 cost. ed attribuisce ai soggetti collettivi autorizzati dal c.1 dell'art.8 un potere normativo *erga omnes* analogo a quello attribuito dalla norma costituzionale ai sindacati registrati. L'art. 8 è quindi sospettabile di illegittimità, essendo vietato al legislatore emanare norme rivolte ad ottenere il medesimo "*risultato della dilatazione o estensione, che è una tendenza propria della natura del contratto collettivo, a tutti gli appartenenti alla categoria in maniera diversa da quella stabilita al precetto costituzionale*"(così Corte cost. 19 dicembre 1962 n.103).

2. La libertà di organizzazione sindacale e la speciale efficacia riconosciuta ai contratti collettivi aziendali e locali: profili di legittimità o illegittimità dell'art. 8 d. l. n.138/2011 conv. in l. n. 148/2011.

Gli accordi siglati tra le aziende del gruppo FIAT e i sindacati di categoria, eccetto la FIOM-CGIL, non pongono problemi a fronte dell'art. 39. La sottoscrizione o meno dei contratti collettivi è una facoltà sicuramente compresa nella libertà sindacale; e lo stesso deve dirsi della partecipazione al negoziato e, a monte, della decisione di trattare con l'uno o l'altro sindacato dei lavoratori (evidentemente in presenza di una pluralità di organizzazioni all'interno della medesima categoria o azienda). La libertà sindacale è infatti riconosciuta nel comma 1 non tanto (solo) come libertà di associazione quanto come autonomia collettiva ovvero potere di organizzazione ed azione per la tutela dei gruppi professionali e in genere degli interessi collettivi rilevanti nei rapporti di lavoro e nel conflitto di lavoro. In questo senso si può affermare che l'art.39 c.1 funge, oltre che da norma di riconoscimento del conflitto, da norma di raccordo tra l'ordinamento dello stato e l'autonomia collettiva come ordinamento particolare (e tuttavia originario a fronte del primo ordinamento)⁵⁴⁸.

⁵⁴⁸ Si v. G. Giugni *Introduzione allo studio dell'autonomia collettiva* Giuffrè Milano 1960 p. 22 ss. e ivi p. 46-48. Sulla relazione tra l'art.39 e l'ordinamento intersindacale mi permetto di rinviare al mio *Sulle fonti del diritto del lavoro* in *Riv. It. Sc. Giur.* (nuova serie) 2010, p. 306 e ss.

L'unico aspetto costituzionalmente sensibile – come dimostra proprio la vicenda FIAT – è quello della tutela del dissenso, sia organizzato che spontaneo o individuale. Ma questa tutela non può arrivare a rendere inefficaci, i contratti collettivi stipulati a livello di categoria o di azienda, esentando i lavoratori dissenzienti dalla loro applicazione. Al contrario tale applicazione e quindi l'efficacia (o forza obbligatoria) del contratto collettivo trae fondamento dai principi caratteristici dell'autonomia collettiva come ordinamento: il riconoscimento reciproco tra i soggetti collettivi stipulanti e l'indivisibilità della norma o disciplina collettiva, oltre ad essere i cardini dell'ordinamento intersindacale, sono i presupposti in virtù dei quali l'adesione al contratto collettivo diventa irrevocabile per entrambi i contraenti del concreto rapporto di lavoro. Come ha statuito, integrando la norma dell'art.19 st. lav., la sentenza 13 luglio 2013 n. 231 della Corte costituzionale, il diritto dell'associazione sindacale alla costituzione della rappresentanza aziendale non deve essere subordinato alla sottoscrizione dei contratti collettivi; ma da questa enunciazione, certo vincolante, non può trarsi la conclusione che la mancata sottoscrizione può legittimare il rifiuto dei lavoratori iscritti o aderenti al sindacato dissenziente di sottoporsi al contratto collettivo c.d. separato.

Molto più problematico è il rapporto dell'art.8 con l'art. 39 cost. A prima vista, la norma di legge non entra in collisione con la seconda parte della norma costituzionale perché il legislatore del 2011 ha confezionato un modello di contratto *erga omnes* radicalmente diverso da quello costituzionale. La diversità sta nel fatto che, mentre l'art. 39 contempla i contratti collettivi di categoria, al contrario i contratti di prossimità previsti dall'art.8 sono aziendali o territoriali (e cioè, questi ultimi, decentrati a livello locale). La diversità non solo è evidente ma è sembrata sufficiente a risolvere il problema: la norma costituzionale – si è detto⁵⁴⁹ - non può entrare in contrasto con l'art.8 per il semplice fatto che l'art.39 contempla soltanto i contratti collettivi di categoria e quindi l'efficacia impeditiva che deriva dal c.4, non può essere estesa ai contratti aziendali. La tesi non è però esente da una forzatura perché nell'art.8 l'efficacia soggettiva generale è prevista anche per i contratti decentrati a livello territoriale, per i quali l'argomento testuale ricavato dal c.4 dell'art. 39 non è evidentemente applicabile. Si dovrebbe allora concludere che la speciale efficacia, generale e derogatoria, disposta dall'art.8 può essere attribuita legittimamente soltanto ai contratti aziendali - i quali, d'altronde, sono lo strumento normale di decentramento del nostro sistema contrattuale - e non ai contratti territoriali, del tutto simili ai contratti di categoria. Ne risulterebbe una differenza di trattamento manifestamente contraria all'intenzione del legislatore e, in definitiva, una contraddizione capace di viziare la ragionevolezza - e quindi la legittimità - della nuova norma (oltre che un sicuro depotenziamento della sua efficacia).

Di rilievo maggiore è invece una considerazione di fondo. Il sistema sindacale extracostituzionale, nato dalla non attuazione dell'art. 39 seconda parte (e superata la prima fase, quella dell'astensionismo del legislatore), si è stabilmente indirizzato al riconoscimento legale del contratto collettivo come fonte-atto produttiva di effetti paralegislativi attraverso la tecnica del rinvio della legge ai contratti collettivi. Nel quadro della legislazione di sostegno l'efficacia generale dei contratti collettivi stipulati *dalle – o da – associazioni sindacali maggiormente rappresentative*. è una regola o – meglio - un modulo di produzione normativa utilizzato normalmente dal legislatore in funzione del risultato di volta in volta perseguito. Tale modulo si ritrova anche nell'art.8 e la sua compatibilità con l'art.39 cost. è stata più volte ammessa dalla Corte costituzionale che, seguendo

⁵⁴⁹ A. Maresca *Prime interpretazioni del decreto in Il Diario del lavoro* 2011 disponibile in: <http://www.il-diario-del-lavoro.it>

diversi percorsi argomentativi, ha sempre assecondato la volontà del legislatore, intenzionato ad instaurare tra legge e contrattazione collettiva un modello di raccordo alternativo a quello prefigurato dalla costituzione. Anche se si deve avvertire che tale modello alternativo deve restare saldamente ancorato al fondamentale principio della libertà e del pluralismo sindacale sancito nel c.1 dell'art. 390.

Non possono perciò essere accolte le obiezioni avanzate, con argomentazioni invero sottili, contro la legittimità dell'art.8. nella parte in cui dispone l'efficacia, per tutti i lavoratori interessati, dei contratti collettivi di prossimità. In particolare non convince l'opinione⁵⁵⁰ che, muovendo da una interpretazione antiletterale della norma costituzionale (dalla quale viene cancellato, nella sostanza, il riferimento testuale alla *categoria*), vorrebbe equiparare i contratti aziendali ai contratti di categoria, al solo scopo di estendere ai primi l'effetto impeditivo della *erga omnes*. Una simile interpretazione non può essere accolta perché in contrasto, oltre che con la lettera, con la genesi storica e la *ratio* dell'art.39. Nel modello costituzionale tutto si tiene: anche se la categoria non è più quella eteronoma - determinata dall'autorità, come nell'ordinamento corporativo - ma la sua formazione (o aggregazione) è libera e quindi determinata dall'autonomia collettiva, il contratto collettivo di categoria conserva la sua tipicità non solo sociale ma anche giuridica, come strumento di unificazione del trattamento dei lavoratori occupati nelle diverse aziende ed unità produttive. L'estensione *erga omnes* è una esigenza necessaria alla funzione del contratto collettivo di categoria (o nazionale) ma, per le stesse ragioni, rimane estranea al contratto aziendale, rispetto al quale il fattore unificante è dato dalla dipendenza da una stessa azienda o datore di lavoro.

L'esclusione del contratto aziendale dalla previsione dell'art.39 è confermata non solo dai lavori preparatori ma ancor più dalla lettura della norma nel suo insieme: ed invero all'obiettivo dell'*erga omnes* sono funzionali i diversi elementi presenti nel modello costituzionale.. Sia la registrazione (e la personalità giuridica) dei sindacati - ed il loro ordinamento interno democratico - sia la loro rappresentanza unitaria, sono previsti sul presupposto che la stipulazione del contratto collettivo sia espressione del potere di rappresentanza legale della categoria professionale che la norma costituzionale attribuisce direttamente al collegio formato dai sindacati registrati.

Piuttosto l'art.8 desta perplessità dal punto di vista della *compressione dell'autonomia collettiva* e quindi della libertà sindacale nel suo aspetto più geloso: la garanzia dell'ordinamento intersindacale - e perciò della distribuzione delle competenze all'interno del sistema contrattuale - stabilita nella prima parte dell'art. 39. Avere attribuito una efficacia non solo generale ma altresì derogatoria soltanto ai contratti di secondo livello - aziendali e territoriali - costituisce indubbiamente una invasione della organizzazione sindacale e in particolare dei rapporti interni al sistema contrattuale fondato liberamente dalle parti su due livelli di contrattazione coordinati tra loro ma governati dal contratto nazionale (da ultimo la superiorità del livello nazionale è stata confermata dall'Accordo interconfederale 28 giugno 2011, richiamato dallo stesso art.8 nel c.1 allo scopo di individuare, per altro non in via esclusiva, le rappresentanze sindacali aziendali abilitate alla contrattazione di prossimità). L'art.8 capovolge la gerarchia dei livelli di contrattazione assegnando al secondo livello una efficacia derogatoria - e quindi prevalente - sul primo livello; e - di più -

⁵⁵⁰ Nel senso criticato, tra gli altri, si v. V. Leccese *Il diritto sindacale al tempo della crisi. Intervento eteronomo e legittimità costituzionale* in *D.L.R. I.* 2012 p. 479 ss.

sembra configurare una riserva di competenza, dai contorni molto ampi, in favore del contratto di livello inferiore e a svantaggio non solo del contratto nazionale ma anche della legge. Sembra infatti che il contratto nazionale, in presenza di una norma derogatrice a livello inferiore, non possa disporre in senso difforme per cancellare la deroga o modificarla e così riappropriarsi della materia; e nemmeno possa richiamare o rinviare alla legge come fonte di disciplina della materia, dato che anche la legge è derogabile dal contratto di prossimità.

L'esito finale di questa *sovrapposizione*⁵⁵¹ - della (norma di) legge - come è l'art.8 - sul sistema autoregolato dagli accordi interconfederali vigenti nel settore industriale (e in genere, dalle fonti dell'ordinamento intersindacale) è, se non la destrutturazione, la deformazione della struttura del sistema creato dalla contrattazione collettiva: questo è spinto dal legislatore nella direzione di un decentramento disorganizzato, reso incapace di assicurare le tutele specifiche necessarie ai lavoratori. Si è detto⁵⁵² che tale esito può essere evitato non solo dal *self-restraint* degli attori collettivi (ciò è avvenuto con l'apposita Postilla all'accordo interconfederale 28 giugno 2011, aggiunta dalle parti in data 21 settembre 2011) ma anche accompagnando l'esercizio del potere derogatorio *in pejus* con benefici compensativi *in melius*; e che, in ogni caso, la capacità derogatoria del contratto di prossimità va incontro ai limiti materiali e finalistici previsti dallo stesso art.8 e dunque, alla fine, al controllo giudiziale sulla validità dei contratti collettivi aziendali o territoriali.

Ma queste notazioni, anche se hanno un fondo di verità, non colgono il punto essenziale. In questione è la violazione dell'autonomia collettiva e, a monte, il contrasto con la libertà di organizzazione sindacale, che incide non sull'esercizio del potere derogatorio ma - in sé - sull'attribuzione di tale potere (e, in specie, colpisce il suo conferimento soltanto ai contratti di livello inferiore).

3. Dalla non attuazione alla rivisitazione dell'art. 39 della Costituzione: i possibili percorsi della scienza e della politica del diritto.

In conclusione la criticità dell'art.8 non è tanto nella efficacia *erga omnes* quanto nella efficacia derogatoria conferita ai contratti di prossimità. A causa del suo impatto invasivo del sistema contrattuale la norma entra in contrasto con l'art.39 nella prima parte, posta a garanzia dell'autonomia collettiva come ordinamento, mentre può coesistere con la seconda parte, nella quale è previsto un modello di legge sindacale. È il modello della organizzazione dei sindacati registrati predisposto dai costituenti per fungere da apparato per la produzione di norme collettive (aventi cioè natura contrattuale e però dotate di efficacia obbligatoria generale). L'art.39 seconda parte è una *norma sulla produzione*⁵⁵³ - e cioè strumentale alla produzione delle norme finali (nel nostro caso i contratti collettivi) per la disciplina dei rapporti di lavoro – finalizzata alla stipulazione dei

⁵⁵¹ Così V. Leccese *op. cit.* p. 493 ss.

⁵⁵² Ad esempio cfr. M. Magnani *Diritto sindacale* Giappichelli, Torino 2013, p. 144-146.

⁵⁵³ Sia consentito il richiamo a E. Ghera *Note sulla legittimità della disciplina legislativa per la estensione dei contratti collettivi Riv. Trim. dir. Proc. Civ.* 1963 p. 1177 ss. e per la distinzione tra norme sulla produzione e norme di produzione *ivi* p. 1182-1183 il rimando a C. Mortati *Istituzioni di diritto pubblico* Cedam, Padova 1960, p.28-30. La natura organizzatoria e quindi strumentale della norma dell'art. 39 c.2-4 cost. è stata da tempo avvertita dalla dottrina costituzionalistica: cfr. M. Mazziotti *Il diritto al lavoro* Giuffrè, Milano 1956 p.235 ss. Aggiunge G. Pera *Problemi costituzionali del diritto sindacale italiano* Feltrinelli, Milano, 1960 p. 108 ss. che i contratti collettivi previsti dall'art.39 cost. sono compresi nella gerarchia delle fonti di diritto positivo.

contratti collettivi-fonte, dotati di una forza imperativa *propria* perché derivante dall'esercizio della funzione normativa attribuita – dallo stesso art.39 - ai sindacati registrati. Come norma sulla produzione la seconda parte dell'art.39 ha efficacia differita nel tempo (in quanto subordinata all'attuazione del modello costituzionale)⁵⁵⁴, mentre nell'immediato si limita ad impedire alla legge ordinaria l'attribuzione ai sindacati di un potere assimilabile al potere normativo riconosciuto ai sindacati registrati.

Nell'art.8, invece, l'efficacia generale e derogatoria riconosciuta ai contratti di prossimità non è una qualità propria del contratto collettivo – che resta atto negoziale, di autonomia privata – ma è disposta dalla legge sul presupposto della esistenza (e della efficacia obbligatoria *inter partes*) del contratto, attraverso un meccanismo (di produzione normativa) non troppo distante da quello a suo tempo (nel 1959) utilizzato dal legislatore allo scopo di conferire efficacia *erga omnes* ai contratti collettivi (in quel caso ai contratti di categoria ed attraverso i decreti legislativi emanati nell'esercizio della delega conferita al governo dalla l. 14 luglio 1959 n.741). In virtù di questo meccanismo, tipico della c. d. legislazione di rinvio, l'art.8 non attribuisce alcuna funzione normativa ai sindacati stipulanti; ma dispone, in presenza dei requisiti soggettivi ed oggettivi previsti dalla legge stessa, il conferimento della efficacia generale e inderogabile al contratto collettivo stipulato a *livello di prossimità, dai sindacati comparativamente più rappresentativi e/o dalle loro rappresentanze* in azienda. Ma vi è una importante novità: l'utilizzazione del criterio maggioritario come strumento per l'accertamento della rappresentatività effettiva dei sindacati dei lavoratori. Ed infatti l'attribuzione della speciale efficacia (o forza normativa) è subordinata all'osservanza - agli effetti della sottoscrizione dei contratti di prossimità - della regola maggioritaria, riferita per altro non al numero dei lavoratori interessati ma al numero delle rappresentanze aziendali (nell'ipotesi che a sottoscrivere sia la RSU conterà il numero dei componenti).

L'adozione del criterio maggioritario, la cui concreta applicazione è rimessa alla libera determinazione dei sindacati stipulanti, costituisce un vincolo per l'autonomia collettiva. Tale vincolo è in sintonia con le soluzioni accolte, in tema di rappresentanza, dagli accordi interconfederali sul riordino del sistema contrattuale sottoscritti nell'ultimo biennio⁵⁵⁵, le cui previsioni sembrano ormai trovare sostegno proprio nell'art.8; e, in ogni caso, non sembra sollevare problemi di compatibilità con l'art. 39 prima parte: la sua previsione – oltre ad essere in armonia col principio democratico presente nel modello costituzionale - rispecchia l'esigenza, avvertita dal legislatore, di misurare la rappresentatività non solo effettiva ma altresì maggioritaria dei sindacati abilitati ad esercitare il loro potere negoziale attraverso la stipulazione dei contratti di prossimità. Ed in effetti la rappresentatività effettiva e maggioritaria è richiesta dalla forza normativa superiore anche nei confronti delle disposizioni di legge, per cui i contratti di prossimità possono incidere in senso peggiorativo sui trattamenti dei lavoratori interessati.

⁵⁵⁴ G. Giugni *sub Art. 39* in *Commentario della Costituzione* a cura di G. Branca Zanichelli- Il Foro Italiano Bologna-Roma 1979, p. 268 ss.

⁵⁵⁵ Oltre l'A. l. 28 giugno 2011, testualmente richiamato nell'art.8, sono da considerare l'A. l. 21 novembre 2012 (c.d. accordo sulla produttività) e il Protocollo d'intesa 31 maggio 2013 (c. d. accordo su rappresentanza e rappresentatività). La disciplina concordata in sede interconfederale è destinata ad essere completata dai contratti nazionali. In detta disciplina la regola maggioritaria è prevista come necessaria per la sottoscrizione dei contratti collettivi sia di primo che di secondo livello ai quali è riconosciuta dalle parti una efficacia obbligatoria estesa a tutti i lavoratori interessati.

In conclusione la seconda parte dell'art.39, nonostante il *dictum* pronunciato dalla Corte nella sentenza n.103/1962, va intesa non come ostacolo alla estensione dell'efficacia soggettiva dei contratti collettivi di diritto comune, ma come divieto della (o impedimento alla) creazione di una categoria di contratti con efficacia generale (o contratti collettivi-fonte) alternativa a quella prefigurata dalla costituzione.

L'interpretazione qui prospettata dell'art.39 parte seconda – già proposta in sede di commento alla sentenza n.103/1962⁵⁵⁶ – trova conferma, anzitutto nell'evoluzione della giurisprudenza costituzionale (come si è visto favorevole alla estensione *erga omnes*); ma ancora più importante è lo sviluppo e la continuità, nella legislazione di sostegno, del ricorso ai contratti collettivi come fonte di integrazione, anche derogatoria, della legge. Il dato storico conferma l'allontanamento da modello costituzionale ma anche la causa di tale allontanamento: la volontà delle forze politiche e degli stessi sindacati di rinunciare alla legge sindacale prevista dall'art. 39 come strumento necessario per la sua attuazione. La conseguenza di tale rinuncia è stata l'espansione della prima parte della norma costituzionale in luogo della seconda come strumento – e come principio - regolatore delle relazioni sindacali.

Resta da vedere cosa fare della seconda parte. I possibili percorsi sono almeno tre: l'abrogazione pura e semplice dei commi 2, 3 e 4; l'abrogazione e la sostituzione degli stessi commi - sulla falsariga della proposta avanzata nel 1985 dalla Commissione Bozzi – con una norma che faccia rinvio alla legge ordinaria per la disciplina della rappresentanza sindacale ed il conferimento della efficacia generale ed inderogabile alla contrattazione collettiva; la conservazione della norma attuale, malgrado la sua sostanziale desuetudine. Dico subito che il primo e il terzo dei percorsi ipotizzati, benché espressione entrambi di una linea di politica del diritto contraria all'intervento del legislatore nelle relazioni industriali, hanno esiti differenti: l'abrogazione semplice della seconda parte dell'art. 39, mettendo fine all'attuale effetto impeditivo, avrebbe il vantaggio di aprire la porta ad ogni tipo di legge *erga omnes* ; ma avrebbe anche un segno (ed un costo) politico neoliberalista, di esplicita rinuncia a garantire in costituzione l'attuale legislazione di sostegno del sindacato e i suoi possibili sviluppi. Conservare, benché non attuata, la seconda parte avrebbe invece una valenza opposta: di apertura alla possibilità di dare attuazione, se non al modello costituzionale (chiaramente irrecuperabile, a mio avviso), ai principi che possono ricavarsi da una lettura culturalmente (e politicamente) attualizzata del testo dell'art.39.

Viene in evidenza così il secondo percorso: la riscrittura della seconda parte della norma costituzionale. Si può pensare ad una norma "leggera", di rinvio alla legge ordinaria per la fissazione dei requisiti necessari alla stipulazione dei contratti collettivi e per il riconoscimento, a determinate condizioni, della efficacia generale. Il problema sarebbe così rimesso nelle mani del legislatore preferibilmente con la raccomandazione di non interferire nelle scelte auto regolatrici della contrattazione⁵⁵⁷.

⁵⁵⁶ E. Ghera *op.ult cit.*

⁵⁵⁷ In una simile prospettiva anche le conclusioni del brillante intervento di M. Rusciano *Lettura e rilettura dell'art.39 della Costituzione*.in *Dir. Lav. Merc.* 2013, p.263 ss. e *ivi* p.279 ss.

Entra qui in gioco la rivisitazione dell'art.39 proposta nel 1998 - interrompendo il silenzio della dottrina intorno alla non attuazione del modello costituzionale - dal compianto M. D'Antona. Oltre a confermare che la seconda parte della norma impedisce al legislatore di conferire ai sindacati non registrati lo stesso potere normativo – e a monte, il monopolio della rappresentanza legale della categoria - ma non la possibilità di attribuire ai contratti di diritto comune una efficacia superiore, per estensione e forza imperativa, a quella privatistica, viene individuato un nucleo *anelastico* di principi di organizzazione (e di garanzia) del pluralismo sindacale⁵⁵⁸, ritenuti separabili (ma questo è il punto critico della tesi) dal modello costituzionale e dalla sua attuazione. La presenza di tali principi – associativo, democratico, proporzionalistico, consensualistico (quest'ultimo riferito alla individuazione della categoria o gruppo professionale) – si manifesta nei diversi momenti, nessuno escluso, dell'organizzazione e dell'attività sindacale sino alla stipulazione dei contratti collettivi e conferisce alla norma costituzionale una valenza non più soltanto impeditiva ma altresì *direttiva* e cioè vincolante per il legislatore e la stessa autonomia collettiva, in ogni ipotesi in cui si tratti della regolazione dei rapporti non solo tra i sindacati ma anche tra il sindacato e la sua base: i singoli lavoratori, iscritti o altrimenti rappresentati.

Senza entrare in una valutazione critica di questa rilettura – fortemente manipolativa della norma costituzionale - occorre (in sintonia del resto con l'intenzione del suo autore) considerare la sua valenza di politica del diritto, progettuale di una riscrittura della seconda parte. Essa è chiaramente mirata a garantire *l'uguale diritto di tutti i sindacati riconosciuti di partecipare alla contrattazione* con efficacia *erga omnes*, contando in base al loro seguito effettivo e dunque secondo la regola maggioritaria (⁵⁵⁹). Vi è dunque una netta sconfessione del criterio della maggiore rappresentatività presunta dominante nella nostra legislazione di sostegno (con l'eccezione virtuosa delle relazioni sindacali nelle pubbliche amministrazioni) ed una altrettanto netta propensione per un meccanismo di produzione normativa fondato sul principio proporzionalistico-maggioritario. È questo, d'altronde, l'orientamento preferito anche oggi dalla dottrina ed accolto dall'ordinamento intersindacale, con gli accordi interconfederali dell'ultimo biennio. In questa prospettiva, nonostante la forzatura nei rapporti interni al sistema contrattuale, si colloca anche l'art.8 con il quale il legislatore ha inteso approntare una norma di sostegno alla contrattazione collettiva.

⁵⁵⁸ M.D'Antona *Il quarto comma dell'art.39 della Costituzione, oggi* in D. I. R. I. 1998 p. 665 ss. (e in id. *Opere, I Scritti di diritto sindacale*, Giuffrè, Milano, 2000, II p. 399 ss. (da cui si cita).

⁵⁵⁹ M. D'Antona *op.cit.* p. 429: e, da ultimo, M. Rusciano *op. cit.*

La Corte e la Carta: un'interpretazione "utile" dei diritti e dei principi sociali fondamentali.

Considerazioni a partire dal caso *Association de médiation sociale**

Massimiliano Delfino

1. Ripartire dalla differenza fra "principi" e "diritti"?	191
2. Oltre la presunzione della presenza di soli principi nel Titolo IV della Carta.	192
3. La questione dell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione: le tre insoddisfacenti categorie di principi e diritti	194
4. Al di là dei "meaningless" rights and principles? I margini d'azione dell'ordinamento europeo	195
5. Segue. I margini d'azione degli ordinamenti nazionali	197

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".INT – 103/2014

1. Ripartire dalla differenza fra "principi" e "diritti"?

La sentenza della Corte di giustizia del 18 gennaio 2014, *Association de médiation sociale c. Union local des syndicats CGT*, C-176/12, fornisce l'occasione di affrontare questioni importanti, che vanno ben al di là dell'art. 27 della Carta di Nizza sul diritto all'informazione e alla consultazione cui la pronuncia si riferisce, quali la distinzione tra diritti e principi fondamentali e, soprattutto, il loro campo di applicazione.

In questa prospettiva, è utile partire dalle conclusioni dell'Avvocato generale Pedro Cruz Villalón, presentate il 18 luglio 2013, che contengono riflessioni più ampie, estensibili quantomeno a tutte le norme del Titolo IV - *Solidarietà* della Carta di Nizza⁵⁶⁰. Secondo Cruz Villalón, "sussisterebbe una forte presunzione che i diritti fondamentali enunciati" nel Titolo IV "appartengano alla categoria dei 'principi'⁵⁶¹. Ricorda l'Avvocato generale che, in primo luogo, i "'principi' comportano un mandato ai pubblici poteri, a differenza ... dei 'diritti', il cui oggetto è la tutela di una situazione giuridica soggettiva già definita"; in secondo luogo e di conseguenza, "i pubblici poteri, e in particolare il legislatore, sono *chiamati a promuovere e a trasformare il 'principio' in una realtà giuridica conoscibile*"⁵⁶². Sicché, Cruz Villalón, in relazione all'art. 52, par. 5⁵⁶³, afferma che "nonostante l'impiego del verbo 'possono', è evidente che non si tratta di un potere discrezionale assoluto, bensì di una possibilità condizionata ... dalla presenza di un mandato chiaro nell'articolo 51, paragrafo 1, della Carta, il quale prescrive all'Unione e agli Stati membri la 'promozione' dei 'principi'. *Promozione* che, chiaramente, può essere effettuata *solo con gli atti di 'attuazione'* ai quali l'articolo 52 fa successivamente riferimento"⁵⁶⁴.

Un buon esempio di "*un atto di attuazione e di concretizzazione essenziale ed immediata del contenuto di un principio*"⁵⁶⁵, segnatamente indicato dall'art. 27 della Carta, è, sempre secondo l'Avvocato generale, la norma della direttiva 2002/14 sul campo di applicazione del diritto all'informazione e alla consultazione⁵⁶⁶. Pertanto, l'Avvocato generale afferma che ad un principio va data attuazione con una fonte secondaria dell'Unione europea e con un atto degli Stati membri qualora essi traspongano il diritto dell'Unione.

Invero, la ricostruzione proposta da Cruz Villalón appare problematica, non con riferimento alla distinzione fra diritti e principi, ma per quanto concerne la loro operatività principalmente se le situazioni giuridiche protette sono valutate come principi. Eloquente al riguardo, seppure per

⁵⁶⁰ Com'è noto, il Titolo IV, che si apre con l'art. 27, raggruppa norme contenenti altri principi e diritti cruciali per la materia lavoristica, quali: il diritto di negoziazione e di azioni collettive (art. 28), il diritto di accesso ai servizi di collocamento (art. 29), la tutela in caso di licenziamento ingiustificato (art. 30), le condizioni di lavoro giuste ed eque (art. 31), il divieto del lavoro minorile e protezione dei giovani sul luogo di lavoro (art. 32), la tutela della vita familiare e professionale (art. 33), la sicurezza e l'assistenza sociale (art. 34), la protezione della salute (art. 35), l'accesso ai servizi d'interesse economico generale (art. 36), la tutela dell'ambiente (art. 37), la protezione dei consumatori (art. 38).

⁵⁶¹ Punto 55 delle Conclusioni.

⁵⁶² Punto 50 delle Conclusioni. Mio il corsivo.

⁵⁶³ Secondo il quale le disposizioni della Carta "che contengono dei principi possono essere attuate da atti legislativi ed esecutivi adottati da istituzioni, organi e organismi dell'Unione e da atti di Stati membri allorché essi danno attuazione al diritto dell'Unione".

⁵⁶⁴ Punto 60 delle Conclusioni. Mio il corsivo.

⁵⁶⁵ Punto 64 delle Conclusioni. Mio il corsivo.

⁵⁶⁶ Art. 3, dir. 2002/14.

ragioni diverse, sarebbe la qualificazione come principi sia del diritto di negoziare e concludere contratti collettivi, sia del diritto di ricorrere ad azioni collettive, entrambi riconosciuti dall'art. 28 della Carta, norma-cardine del Titolo IV. Infatti, il diritto alla negoziazione collettiva necessiterebbe di attuazione e di concretizzazione essenziale ed immediata attraverso un atto legislativo o esecutivo dell'Unione, del quale finora non vi è traccia. Certo, il Trattato di Lisbona ha introdotto l'art. 152 TFUE, che, però, per un verso, è una fonte primaria⁵⁶⁷ e, per un altro verso, non concretizza affatto il diritto alla contrattazione collettiva, ma assegna all'Unione il compito di riconoscere e promuovere il ruolo delle parti sociali al livello sovranazionale⁵⁶⁸. Inoltre, se pure il diritto di ricorrere ad azioni collettive, compreso lo sciopero, fosse da intendersi come un principio, la sua attuazione nell'ordinamento dell'Unione europea sarebbe impossibile, in considerazione del fatto che l'Unione, non ha competenza a "legiferare" in materia di sciopero. Ne consegue che non si può accogliere l'interpretazione suggerita dall'Avvocato generale sulla presunzione della presenza soltanto di principi nel Titolo IV della Carta dei diritti fondamentali, anche perché, applicata all'art. 28, sconfesserebbe la giurisprudenza precedente della Corte di giustizia (casi Viking e Laval), la quale, sebbene con tutte le precisazioni del caso, ha già riconosciuto lo sciopero come diritto fondamentale dell'Unione europea.

2. Oltre la presunzione della presenza di soli principi nel Titolo IV della Carta.

Per questi motivi va esaminata con attenzione la sentenza della Corte di giustizia nel caso *Association de médiation sociale*. Tale pronuncia non avalla l'interpretazione dell'Avvocato generale da ultimo riportata sulla presenza solo di principi nel Titolo IV, ed anzi propone indicazioni in senso contrario.

Il riferimento è alla differenziazione, evidenziata nella sentenza, fra il contenuto dell'art. 21⁵⁶⁹ e quello dell'art. 27. Per la precisione, la Corte di giustizia afferma che "il principio di non discriminazione in base all'età ... sancito dall'art. 21, paragrafo 1, della Carta, è di per sé sufficiente per conferire ai singoli un diritto soggettivo invocabile in quanto tale"⁵⁷⁰, purché però la fattispecie cui si riferisce questa norma "rientri nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione"⁵⁷¹. Al contrario, continua la Corte, "il divieto, previsto all'articolo 3, paragrafo 1, della direttiva 2002/14, e indirizzato agli Stati membri, di escludere dal calcolo degli effettivi di un'impresa una determinata categoria di lavoratori ... non può essere desunto, quale norma giuridica direttamente applicabile, né dal tenore letterale dell'articolo 27 della Carta né dai chiarimenti relativi a tale articolo"⁵⁷². "Pertanto, l'articolo 27 della Carta non può ... essere invocato in una controversia ... al fine di concludere che la norma nazionale non conforme alla direttiva 2002/14 deve essere

⁵⁶⁷ Peraltro coeva al riconoscimento alle previsioni della Carta di Nizza dello stesso valore delle norme del Trattato.

⁵⁶⁸ "Tenendo conto della diversità dei sistemi nazionali" e nel rispetto della loro autonomia.

⁵⁶⁹ Tale norma sancisce il divieto di qualsiasi forma di discriminazione "fondata, in particolare, sul sesso, la razza, il colore della pelle o l'origine etnica o sociale, le caratteristiche genetiche, la lingua, la religione o le convinzioni personali, le opinioni politiche o di qualsiasi altra natura, l'appartenenza ad una minoranza nazionale, il patrimonio, la nascita, la disabilità, l'età o l'orientamento sessuale".

⁵⁷⁰ Punto 47. Per l'esame di tale principio la Corte rinvia alla sentenza del 19 gennaio 2010, *Kücükdeveci c. Swedex GmbH & Co. KG*, C-555/07, in *RIDL*, 2010, II, p. 993 ss., con commenti di Calafà e Di Federico e in *DLM*, 2011, con commento di Guarriello e Minolfi.

⁵⁷¹ Punto 23 della sentenza *Kücükdeveci*. In merito, v. ALAIMO, CARUSO, *Dopo la politica i diritti: l'Europa "sociale" nel Trattato di Lisbona*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".INT - 82/2010.

⁵⁷² Punto 46 della sentenza *Association de médiation sociale*.

disapplicata⁵⁷³. In sostanza, la Corte afferma che l'art. 27 è un principio, cui si applica l'art. 52, par. 5, e quindi "per produrre pienamente i suoi effetti deve essere precisato mediante disposizioni del diritto dell'Unione o del diritto nazionale"⁵⁷⁴: il che, però, non avviene, appunto, nel caso di specie. Tuttavia, ciò non significa che non possa avvenire per altre previsioni della Carta, indipendentemente dal Titolo in cui esse sono contenute e, in effetti, a prescindere dalla qualificazione letterale come diritto o principio: lo dimostra inequivocabilmente la diretta invocabilità da parte dei privati riconosciuta all'art. 21, considerato come si è detto, dalla Corte di giustizia un principio⁵⁷⁵.

In altri termini, la pronuncia in oggetto invita a riconoscere i diritti e i principi sulla base della formulazione delle norme, distinguendo fra le previsioni della Carta precise ed incondizionate che conferiscono ai singoli un diritto soggettivo invocabile, e quelle dal contenuto più indeterminato (principi), che, per produrre effetti, necessitano di una loro precisazione mediante disposizioni del diritto dell'Unione o del diritto nazionale nell'attuazione del diritto dell'Unione⁵⁷⁶.

In base alle espressioni adoperate nelle norme, sono riconducibili alla prima categoria, l'art. 29, secondo il quale "ogni persona ha il diritto di accedere a un servizio di collocamento gratuito"⁵⁷⁷, e l'art. 30, perché la tutela contro ogni licenziamento ingiustificato⁵⁷⁸ non è riconosciuta "nei casi e alle condizioni previsti dal diritto dell'Unione e dalle legislazioni e prassi nazionali", come accade per il diritto di informazione e consultazione di cui all'art. 27, ma "conformemente al diritto dell'Unione e alle legislazioni e prassi nazionali", espressione secondo la quale tale diritto deve essere applicato in accordo con la legislazione europea e le legislazioni nazionali e non alle condizioni previste da quelle legislazioni. Ancora più chiaro, poi, è l'art. 33, par. 1, secondo il quale "ogni persona ha diritto di essere tutelata contro il licenziamento per un motivo legato alla maternità", previsione perentoria e senza ulteriori precisazioni, che non lascia adito a dubbi sulla sua natura di diritto e non di principio.

⁵⁷³ Punto 48 della sentenza.

⁵⁷⁴ Punto 45 della sentenza.

⁵⁷⁵ Per meglio dire, è considerato un principio che conferisce ai singoli un diritto soggettivo invocabile.

⁵⁷⁶ Sul punto, v. MUTARELLI, *Il ruolo potenziale dei diritti sociali fondamentali nel Trattato costituzionale europeo*, in RGL, 2007, I, pp. 636-637.

⁵⁷⁷ Dello stesso avviso SCIARRA, *Considerazioni conclusive. Metodo e linguaggio multilivello dopo la ratifica del Trattato di Lisbona*, in CARUSO, MILITELLO (a cura di), *I diritti sociali tra ordinamento comunitario e Costituzione italiana: il contributo della giurisprudenza multilivello*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" *Collective Volumes* - 1/2011, p. 87.

⁵⁷⁸ Sui licenziamenti individuali nel diritto dell'Unione, v. BERCUSSON, *Protection in the event of unjustified dismissal*, in BERCUSSON (a cura di), *European Labour Law and the EU Charter of fundamental rights*, Etui, 2002; REBAHN, *Significant changes/trends in Dismissal Law since 2006* e HEERMA VAN VOSS, *Common ground in European Dismissal Law*, entrambi in 4th Annual Legal Seminary, European Labour Law Network 'Protection against Dismissal in Europe', Seminar Report, 2011. Con riferimento all'art. 30, v. CALCATERRA, *Diritto al lavoro e diritto contro il licenziamento ingiustificato. Carta di Nizza e Costituzione italiana a confronto*, Working Paper C.S.D.L.E. 'Massimo D'Antona', INT, 58/2008, in www.lex.unict.it; HEPPLER, *Dismissal law in context*, in ILJ, vol 3, 2012, p. 207 ss.; KENNER, *Article 30*, in PEERS, HERVEY, KENNER, WARD (a cura di), *The EU Charter of Fundamental Rights. A Commentary*, Hart Publishing, Oxford, 2014; ORLANDINI, *La tutela contro il licenziamento ingiustificato nell'ordinamento dell'Unione europea*, in DLRI, 2012, n. 136; ZOPPOLI L., *Flex/insecurity*, Editoriale scientifica, 2012, p. 111 ss. Più in generale, v. ALES, *Libertà e 'Uguaglianza solidale': il nuovo paradigma del lavoro nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in DL, 2001, p. 122. Dal punto di vista del diritto comparato, v. PEDRAZZOLI, *Licenziamenti in comparazione. La 'flessibilità in uscita' nei Paesi europei e la recente riforma italiana*, in PEDRAZZOLI (a cura di), *Le discipline dei licenziamenti in Europa. Riconoscizioni e confronti*, Franco Angeli, Milano, 2013.

3. La questione dell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione: le tre insoddisfacenti categorie di principi e diritti

A questo punto occorre comprendere l'incidenza su quest'interpretazione dell'art. 51, par. 1, concernente il campo di applicazione delle norme della Carta, che è limitato alle istituzioni, organi e organismi dell'Unione e agli Stati membri "esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione". E ciò è ribadito anche dalla Corte di giustizia, secondo la quale il campo di applicazione dei diritti e dei principi riconosciuti dalla Carta è limitato alle "situazioni disciplinate dal diritto dell'Unione"⁵⁷⁹. Di conseguenza, in presenza di previsioni precise e incondizionate, il diritto sorge solo se la fattispecie rientra nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione ed i principi vanno attuati e concretizzati attraverso atti dell'Unione e degli Stati membri nella trasposizione del diritto dell'Unione.

Come si può vedere, quindi, i problemi relativi al campo di applicazione delle norme della Carta riguardano sia i diritti sia i principi e, in fin dei conti, sono simili. A tal proposito ci si chiede, ancora una volta, cosa accada a quei diritti (ma un discorso analogo può essere fatto per i principi), riconosciuti dalla Carta di Nizza, in merito ai quali manca una fonte secondaria dell'Unione o per carenza di competenza (v. lo sciopero) o perché il legislatore europeo ha deciso (almeno fino ad ora) di non intervenire in materia (v. i licenziamenti individuali).

Inoltre, la Corte sembra affermare l'operatività dei principi e dei diritti nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione, inteso in senso stretto, ovvero con riferimento soltanto alla direttiva che disciplina specificamente il singolo istituto cui si riferisce la previsione della Carta. Infatti, i giudici di Lussemburgo fanno riferimento alla dir. 2002/14, quale atto di "concretizzazione" del principio di cui all'art. 27 della Carta, e alla dir. 2000/78, come ambito di applicazione del diritto derivante dall'art. 21⁵⁸⁰. Tuttavia, quest'interpretazione provocherebbe conseguenze inattese sul piano della razionalità delle tutele. Ciò è molto evidente con riferimento alla disciplina del licenziamento individuale. Si è anticipato che non esiste una direttiva specifica in materia, mentre, a proposito della lavoratrice madre, l'art. 11, dir. 1992/85 prevede che gli Stati membri adottano le misure necessarie per vietare il licenziamento nel periodo compreso tra l'inizio della gravidanza e il termine del congedo di maternità, cosicché il combinato disposto di questa norma e dell'art. 33, par. 1, della Carta - grazie appunto alla presenza della direttiva, attestante che la fattispecie rientra nel campo di applicazione del diritto dell'Unione - conferisce alla singola lavoratrice un diritto soggettivo invocabile anche nel rapporto tra privati, privando invece i lavoratori (uomini e donne) di un analogo diritto in caso di licenziamento individuale ingiustificato.

In breve, alla luce della ricostruzione che pare assestarsi nella giurisprudenza della Corte di giustizia, si possono ricavare tre categorie di diritti e principi, ovviamente con effetti diversi a seconda se ci si trovi davanti ad un diritto o a un principio, visto che solo il diritto ha efficacia diretta orizzontale.

La prima categoria comprende i diritti e i principi di piena e completa attuazione (*complete rights and principles*), cioè applicabili nei confronti delle istituzioni, degli organi e degli organismi dell'Unione, ma pure degli Stati membri in virtù dell'esistenza di norme traspositive del diritto

⁵⁷⁹ Punto 42 della sentenza *Association de médiation sociale*. V. anche C. Giust. 26 febbraio 2013, *Skeberg Fransson*, C-617/10.

⁵⁸⁰ V., rispettivamente, sentenza *Association de médiation sociale* e sentenza *Kücükdeveci*.

dell'Unione. La seconda categoria include i diritti e i principi applicabili alle istituzioni, agli organi e agli organismi dell'Unione, ma in attesa di una fonte secondaria in grado di "attivarli" pienamente (*pending rights and principles*), ovvero che li renda applicabili agli Stati membri, come nel caso della tutela contro il licenziamento individuale ingiustificato. La terza categoria comprende i diritti e i principi dall'applicazione limitata *per tabulas* al solo livello sovranazionale (*limited rights and principles*), e cioè quelle situazioni, come lo sciopero e la serrata, che, salvo cambiamenti delle norme del Trattato, non possono dar luogo ad un'attuazione del diritto dell'Unione, com'è confermato dall'art. 51, ultimo periodo del paragrafo 1 e paragrafo 2, della Carta⁵⁸¹, sì da risultare inapplicabili, almeno *prima facie*, agli ordinamenti interni.

4. Al di là dei "meaningless" rights and principles? I margini d'azione dell'ordinamento europeo

Da quanto detto finora è molto evidente che le conclusioni cui giunge, esplicitamente ed implicitamente, la Corte di giustizia non sono da considerarsi pienamente soddisfacenti, poiché "confinanano", provvisoriamente o definitivamente, l'applicazione di alcuni diritti e principi fondamentali soltanto alle istituzioni, agli organi e agli organismi dell'Unione, impedendone la loro operatività anche nei confronti degli Stati membri.

Sicché si intende proporre una ricostruzione in parte divergente, volta ad evitare che i *pending* e i *limited rights and principles* prima definiti si trasformino in "*meaningless*" *rights and principles*. Tale ricostruzione prescinde dalla differenza fra diritti e principi, che rimane inalterata e produce le conseguenze più volte ricordate⁵⁸², ed è fondata su una definizione ampia delle espressioni sinora incontrate, quali: "esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione", "ambito di applicazione del diritto dell'Unione" e "situazioni disciplinate dal diritto dell'Unione". Ma procediamo con ordine distinguendo fra gli effetti di quest'interpretazione prodotti sull'ordinamento dell'Unione europea e quelli cagionati sugli ordinamenti degli Stati membri.

Con riguardo all'ordinamento europeo, va compreso in che modo i principi e i diritti si applicano alle istituzioni, agli organi e agli organismi dell'Unione. Non c'è dubbio che ognuno di questi soggetti deve rispettare i diritti, osservare i principi e promuoverne l'applicazione nell'esercizio delle competenze attribuitegli dai Trattati. E ciò vale principalmente, come d'altronde ha autorevolmente sostenuto la Commissione europea⁵⁸³, per le istituzioni, gli organi e gli organismi che partecipano alla formazione del diritto dell'Unione, cosicché è di immediata evidenza che le previsioni contenute negli atti normativi secondari (regolamenti, direttive, decisioni, ma anche raccomandazioni e pareri), indipendentemente dalla materia su cui vertono, non possono essere in

⁵⁸¹ Infatti, il rispetto dei diritti e l'osservanza dei principi da parte delle istituzioni, degli organi e degli organismi dell'Unione va fatto "nel rispetto dei limiti delle competenze conferite all'Unione e nei trattati", in quanto la Carta "non estende l'ambito di applicazione del diritto dell'Unione al di fuori delle competenze, né introduce competenze nuove o compiti nuovi per l'Unione, né modifica le competenze e i compiti definiti nei Trattati".

⁵⁸² I diritti sono immediatamente azionabili dai singoli nei rapporti interprivati, mentre i principi necessitano di "concretizzazione" mediante atti dell'Unione europea e atti degli Stati membri qualora procedano a trasporre il diritto dell'Unione.

⁵⁸³ V. la Comunicazione, *Strategia per un'attuazione effettiva della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, COM(2010)573 final del 19 ottobre 2010.

contrasto con i diritti e i principi tutelati dalla Carta di Nizza⁵⁸⁴ e, comunque, nei casi dubbi vanno interpretati in conformità a quei diritti e a quei principi.

Ritornando agli esempi fatti in precedenza, l'art. 27 (contenente quello che, sulla base dell'interpretazione proposta, è un *complete principle*) impedisce che qualsiasi direttiva possa prevedere una procedura di informazione e consultazione non resa, ad esempio, in tempo utile. Per quanto concerne l'art. 30 (che contiene un *pending right*), quanto detto vale anche in mancanza di una direttiva specifica in tema di licenziamento individuale. A tal proposito, a titolo esemplificativo, è utile ricordare quanto recentemente sostenuto in dottrina, ovvero che il rispetto del diritto alla giustificazione del licenziamento impone una limitazione alla stipulazione dei contratti a termine⁵⁸⁵. Conseguenza di questa interpretazione è il contrasto della direttiva 1999/70 con l'art. 30, in quanto la fonte secondaria non presenta una norma che limiti espressamente l'accesso al primo contratto a tempo determinato, o quantomeno l'obbligo di interpretare il richiamo al contratto a tempo indeterminato quale "forma comune dei rapporti di lavoro", contenuto nella medesima fonte europea⁵⁸⁶, come divieto di liberalizzare l'accesso al termine.

Per quanto riguarda l'art. 28, (all'interno del quale il diritto di ricorrere ad azioni collettive è un *limited right*⁵⁸⁷), pur nell'impossibilità di emanare un atto normativo secondario in tema di sciopero o serrata, dall'interpretazione suggerita consegue che le conclusioni cui è giunta la Corte di giustizia in precedenza sul riconoscimento dello sciopero come diritto fondamentale sono un punto di non ritorno, pur rimanendo irrisolta la questione di come effettuare il bilanciamento di quel diritto con le libertà fondamentali. Inoltre, la presenza dell'art. 28 contribuisce a stimolare l'approvazione di norme che legifichino quanto affermato dalla Corte, come testimonia l'art. 2 della proposta di Regolamento sull'esercizio del diritto di promuovere azioni collettive nel quadro della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi⁵⁸⁸, secondo il quale "l'esercizio della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi sancite nel trattato rispetta il diritto fondamentale di promuovere azioni collettive, compreso il diritto o la libertà di sciopero, così come l'esercizio del diritto fondamentale di promuovere azioni collettive, compreso il diritto o la libertà di sciopero, rispetta queste libertà fondamentali". E la formulazione di tale norma è diversa dall'omologa previsione del Regolamento n. 2679/98 del 7 dicembre 1998 sul funzionamento del mercato interno in relazione alla libera circolazione delle merci tra gli Stati membri, antecedente sia alla giurisprudenza europea in materia di bilanciamento del diritto di sciopero e

⁵⁸⁴ La Comunicazione della Commissione del 2010 afferma infatti che gli atti giuridici della Commissione medesima, del Parlamento e del Consiglio "devono essere pienamente conformi alla Carta" (p. 3).

⁵⁸⁵ SARACINI, *Contratto a termine e stabilità del lavoro*, Editoriale scientifica, 2013, p. 50 ss. Tale autrice mette in evidenza l'esistenza di un collegamento funzionale tra la disciplina del contratto a termine e le regole in materia di licenziamenti individuali nel contratto a tempo indeterminato. Sicché, se mancano regole volte a garantire la stabilità del rapporto di lavoro (ovvero a limitare sostanzialmente il libero recesso), la regolamentazione del termine non richiede una particolare protezione. Al contrario, "là dove sussiste una normativa a tutela della 'stabilità' del rapporto di lavoro, si rende necessario limitare ... anche la possibilità di apporre un termine al contratto, dal momento che la mancanza di qualsivoglia limite in proposito vanificherebbe ... le norme di protezione del lavoratore contro il licenziamento" (pp. 16-17). In merito v. anche ALESSI, *Flessibilità del lavoro e potere organizzativo*, Giappichelli, 2012, p. 57 ss. e, più in generale, IZZI, *Stabilità versus flessibilità nel diritto comunitario: quale punto di equilibrio?*, in *LD*, 2007, p. 386 ss.

⁵⁸⁶ V. il preambolo e il 6° considerando dell'accordo-quadro recepito nella direttiva 1999/70.

⁵⁸⁷ In quanto è utilizzata la stessa formula prevista dall'art. 30, ovvero "conformemente al diritto dell'Unione e alle legislazioni e prassi nazionali"

⁵⁸⁸ COM(2012) 130 final del 21 marzo 2012.

delle libertà fondamentali, sia al riconoscimento del valore vincolante alle norme della Carta di Nizza. Non è un caso, infatti, che, secondo quanto disposto dall'art. 2, il reg. n. 2679/98 "non può essere interpretato in modo tale da pregiudicare in qualsiasi modo l'esercizio dei diritti fondamentali riconosciuti dagli Stati membri, compreso il diritto o la libertà di sciopero". Come si può vedere, non vi è traccia del discorso del bilanciamento. Mi pare che sul diritto all'azione collettiva di cui all'art. 28 non si possa dire molto di più, in considerazione del fatto che le spiegazioni all'art. 51 ribadiscono che la Carta non può avere l'effetto di ampliare le competenze e i compiti assegnati all'Unione, cosicché "i diritti fondamentali garantiti nell'Unione producono effetti solo nell'ambito delle competenze determinate dai trattati"⁵⁸⁹.

Non va dimenticato poi, come anticipato prima, che l'art. 28 non fa riferimento soltanto al diritto di ricorrere ad azioni collettive, ma anche al diritto di negoziare e di concludere contratti collettivi, che è invece un *pending right*⁵⁹⁰, in quanto esiste una competenza dell'Unione europea in materia, sebbene non (ancora) esercitata. Sicché, nessuna fonte secondaria europea potrà prevedere norme che neghino quel diritto ed anche le previsioni già emanate vanno interpretate in tal modo.

Gli esempi di quanto sostenuto finora potrebbero essere innumerevoli. È bene farne almeno un altro che si riferisce questa volta, come sarà evidente di qui a poco, ad un *complete principle*. L'art. 15, par. 1 della Carta, peraltro non compreso nel Titolo IV, sancisce il diritto di ogni persona "di lavorare e di esercitare una professione liberamente scelta e accettata". La formulazione della norma lascia intendere che si tratti, appunto, di un principio, come tale non immediatamente azionabile da ogni lavoratore, soggetto anch'esso alle limitazioni derivanti dall'art. 51 della Carta. Tuttavia, questo principio deve essere osservato e promosso dal legislatore europeo. Pertanto, con riferimento, ad esempio, al lavoro a tempo parziale, altro istituto disciplinato anche a livello sovranazionale, la direttiva in materia (1997/81) non può contenere previsioni che impongano al lavoratore la trasformazione del rapporto di lavoro da tempo parziale a tempo pieno e viceversa. Per la verità, com'è noto, tale direttiva, pur se precedente al riconoscimento del valore vincolante della Carta, contiene un principio che va esattamente in quella direzione, ovvero la promozione del *part-time* su base volontaria⁵⁹¹. Pertanto, si può dire che questa norma abbia anticipatamente (e casualmente) promosso il principio riconosciuto dall'art. 15 della Carta. Beninteso, seppure la direttiva non avesse previsto espressamente il principio di volontarietà, in assenza di previsioni che impongono la trasformazione del rapporto, sarebbe stata ugualmente rispettosa dell'art. 15.

5. Segue. I margini d'azione degli ordinamenti nazionali

Passando al piano degli ordinamenti nazionali, va ricordato che i diritti e i principi vanno rispettati

⁵⁸⁹ Sostengono invece l'irrelevanza delle spiegazioni del *Praesidium*, nonostante la lettera del preambolo della Carta dei diritti fondamentali ("la Carta sarà interpretata dai giudici dell'Unione e degli Stati membri tenendo in debito conto le spiegazioni elaborate sotto l'autorità del *praesidium* della Convenzione che ha redatto la Carta"), SCIARRA, *op. cit.*, p. 85 e BRONZINI, *op. cit.*, p. 41, anche se tale autore riconosce che la Corte costituzionale italiana "nella ... sentenza n. 138/2010 sulle nozze gay ha utilizzato le spiegazioni come limite al riconoscimento del diritto" (nt. 38).

⁵⁹⁰ Considerano tale situazione giuridica protetta un diritto azionabile anche ALAIMO, CARUSO, *Dialogo sociale e negoziazione collettiva nell'ordinamento europeo*, in PROIA (a cura di), *Organizzazione sindacale e contrattazione collettiva*, Trattato di Diritto del lavoro, diretto da Persiani e F. Carinci, vol. II, Cedam, 2014, p. 968.

⁵⁹¹ Il riferimento è alla clausola 1, lett. a, dell'accordo-quadro recepito dalla dir. 1997/81. Per approfondimenti in merito sia consentito rinviare a DELFINO, *Il lavoro part-time nella prospettiva comunitaria. Studio sul principio volontaristico*, Jovene, 2008, pp. 96-102.

o osservati anche nell'attuazione del diritto dell'Unione europea. E nemmeno questo riferimento può essere inteso in senso restrittivo (almeno quasi mai), e quindi non può significare che i diritti e i principi garantiti dalla Carta si applichino soltanto nel procedimento di attuazione riguardante l'istituto cui il diritto o il principio fa specificamente riferimento, ma devono essere rispettati nel momento in cui si procede ad attuare *tutte* le fonti secondarie dell'Unione e, principalmente, le direttive. Pure in questo caso, a sostegno di tale ricostruzione, è utile richiamare la Comunicazione del 2010 cui si è fatto riferimento prima, secondo la quale la Commissione, nel caso in cui ritenga che uno Stato membro stia violando un diritto fondamentale, può intervenire adendo la Corte di giustizia (con un ricorso per inadempimento) purché, genericamente, "la situazione presenti un elemento di collegamento con il diritto dell'Unione", anche se "l'esistenza di tale nesso dipende dalla situazione singola e concreta"⁵⁹². Tuttavia, le affermazioni contenute nella Comunicazione⁵⁹³ lasciano intendere la fondatezza della ricostruzione sostenuta, basata su un'interpretazione ampia del collegamento con il diritto dell'Unione.

Pertanto, riprendendo gli esempi fatti, nessuna disposizione interna, attuativa di una qualsiasi direttiva, che prevede l'informazione e la consultazione dei lavoratori o dei loro rappresentanti può prescindere dal "tempo utile", consentendo, ad esempio, il coinvolgimento (dei lavoratori e/o dei loro rappresentanti) soltanto a valle delle decisioni già prese, anche se, in virtù del fatto che l'art. 27 contiene un principio e non un diritto, non si è in presenza di una norma direttamente azionabile dai singoli.

Al contrario, non è possibile sostenere che la liberalizzazione del ricorso al contratto a tempo determinato, eventualmente prevista dalla legislazione interna attuativa della direttiva 1999/70⁵⁹⁴, viola di per sé il diritto alla tutela contro ogni licenziamento ingiustificato. Infatti, la ricostruzione che mette in connessione la disciplina del licenziamento e la regolamentazione del lavoro a termine si fonda, come si è visto, sulla presenza di una legislazione nazionale che impone la giustificazione del licenziamento e non opera nel momento in cui l'ordinamento interno prevede, invece, la libertà di licenziare. D'altronde, l'art. 30 della Carta non può direttamente applicarsi alla disciplina interna in materia di licenziamenti individuali perché essa esula dal campo di applicazione del diritto dell'Unione. Pertanto, con riferimento a questa materia, in considerazione del fatto che le limitazioni derivanti dall'art. 30 si applicano esclusivamente nell'ambito dell'ordinamento europeo, per quanto riguarda il piano del diritto nazionale, si può sostenere che una normativa interna, che prevedesse la liberalizzazione dell'accesso al contratto a termine, sarebbe in contrasto con il principio della direttiva 1999/70, secondo il quale il contratto a tempo indeterminato è la "forma comune dei rapporti di lavoro". Infatti, tale principio, come si è anticipato, proprio in virtù della presenza dell'art. 30 della Carta, va interpretato come divieto di liberalizzare l'accesso al primo contratto a termine.

⁵⁹² Comunicazione del 2010 p. 10.

⁵⁹³ Secondo la Comunicazione del 2010, "si ha un elemento di collegamento quando la legislazione nazionale recepisce una direttiva dell'Unione in violazione di diritti fondamentali, o quando un'autorità pubblica applica una norma dell'Unione in violazione di tali diritti ..." (p. 10, nt. 21). Sul punto, v. MASTROIANNI, *I diritti fondamentali dopo Lisbona tra conferme europee e malintesi nazionali*, in DPCE, 2010, 4, p. XXI ss. e BRONZINI, *Happy Birthday; il primo anno di "obbligatorietà" della Carta di Nizza nella giurisprudenza della Corte di giustizia*, in CARUSO, MILITELLO (a cura di), *op. cit.*, p. 26 ss. Per alcuni spunti, v. anche MUTARELLI, *op. cit.*, p. 647.

⁵⁹⁴ Atto emanato da organi e istituzioni dell'Unione e alle normative degli Stati membri che stanno procedendo all'attuazione del diritto dell'Unione.

Un discorso diverso va fatto per il diritto di intraprendere azioni collettive. È ovvio che, se fosse approvato, il regolamento prima menzionato avrebbe immediata applicabilità e, quindi, non ci sarebbe una normativa di trasposizione che dovrebbe garantire il diritto di cui all'art. 28. Invece, appare difficile sostenere che il diritto di intraprendere azioni collettive deve essere assicurato anche nella trasposizione di direttive su istituti non presi in considerazione dalla norma della Carta, ma "a rischio di impatto" con il diritto in oggetto, come, ad esempio, il distacco dei lavoratori. Infatti, stando alla lettera della spiegazione all'art. 51, visto che la Carta non può avere l'effetto di estendere le competenze dell'Unione "va da sé che il rinvio alla Carta nell'articolo 6 del Trattato sull'Unione europea non può essere inteso come un'estensione automatica della gamma degli interventi degli Stati membri che vanno considerati 'attuazione del diritto dell'Unione'". In altre parole, sulla base di questa spiegazione, l'assenza di competenza sovranazionale impedisce che il diritto di intraprendere azioni collettive sia direttamente azionabile dai privati nella trasposizione del diritto dell'Unione, come accadrebbe nell'ipotesi in cui la normativa interna attuativa della direttiva sul distacco fosse in contrasto con l'art. 28 della Carta dei diritti fondamentali.

Diverso è il discorso, anche con riferimento agli ordinamenti interni, per il diritto di negoziare e concludere contratti collettivi previsto sempre dall'art. 28, grazie al fatto che in materia c'è competenza dell'Unione. Di modo che se una normativa traspositiva di una qualsiasi direttiva violasse espressamente il diritto *de qua* sarebbe possibile per il singolo lavoratore disapplicare la previsione nazionale non conforme alla stessa direttiva.

Analogamente, con riguardo all'art. 15 e al *part-time*, la normativa attuativa della direttiva 1997/81 deve rispettare il principio contenuto nella previsione della Carta e promosso dalla medesima fonte secondaria. Ciò detto, è corretta l'affermazione di chi⁵⁹⁵ ha sostenuto il contrasto dell'art. 3, co. 101, l. 247/2007⁵⁹⁶ con l'art. 15 della Carta di Nizza, purché si dimostri che la previsione italiana del 2007 sia una norma attuativa della direttiva, condizione, questa, che consente l'applicabilità agli Stati membri delle norme della Carta dei diritti fondamentali. E mi pare non ci siano dubbi sulla qualificazione di quella previsione come traspositiva della direttiva sul *part-time*⁵⁹⁷. In assenza di questa dimostrazione, però, è bene ripeterlo, mi sembra difficile sostenere la diretta applicabilità dell'art. 15 della Carta alle norme emanate dagli Stati membri in tema di lavoro a tempo parziale.

⁵⁹⁵ PINTO, *Lavoro subordinato flessibile e lavoro autonomo nelle pubbliche amministrazioni. Politiche legislative e prassi gestionali*, Caccucci, 2013, p. 207.

⁵⁹⁶ Tale norma consentiva alle pubbliche amministrazioni, entro centottanta giorni, di "sottoporre a nuova valutazione i provvedimenti di concessione della trasformazione del rapporto di lavoro da tempo pieno a tempo parziale già adottati prima della data di entrata in vigore" del d.l. 112/2008.

⁵⁹⁷ Infatti, questa previsione fa riferimento alla disposizione - l'art. 73, d.l. 112/2008 (conv. dalla l. 133/2008) - che ha modificato l'art. 1, co. 58, l. 662/1996, fatto salvo dall'art. 10, d.lgs. 61/2000, ovvero dalla normativa emanata proprio in attuazione della direttiva 1997/81.

Il licenziamento “economico” alla luce del novellato articolo 18*

Umberto Gargiulo

1. Novella dell'art. 18 e incidenza sulle causali del licenziamento	201
2. La “convenienza” del licenziamento c.d. economico dopo la Riforma Fornero: il motivo oggettivo come refugium peccatorum	205
3. Accertamento dell'illegittimità del licenziamento e discrezionalità del giudice	208
4. La “manifesta insussistenza del fatto”	210
5. Repêchage e fattispecie del giustificato motivo oggettivo	219
6. La ripartizione dell'onere della prova	225
7. L'indicazione dei motivi di licenziamento nella procedura ex art. 7, l. 604/1966	225
8. Ricadute sulla decorrenza della prescrizione	226

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 203/2014

Dal momento in cui ho scritto quella pagina mi è stato chiaro che la mia ricerca dell'esattezza si biforcava in due direzioni. Da una parte la riduzione degli avvenimenti contingenti a schemi astratti con cui si possano compiere operazioni e dimostrare teoremi; e dall'altra parte lo sforzo delle parole per render conto con la maggior precisione possibile dell'aspetto sensibile delle cose.

(Italo Calvino, *Esattezza*, in *Lezioni americane*, Garzanti, Milano, 1988).

1. Novella dell'art. 18 e incidenza sulle causali del licenziamento

A ridosso dell'entrata in vigore della legge 28 giugno 2012, n. 92 numerosi sono stati i tentativi di fornire una lettura, invero non facile, della normativa, particolarmente con riferimento al delicatissimo tema della novella dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori⁵⁹⁸. Agli approcci iniziali, però, opportunamente caratterizzati da uno sguardo d'insieme e dal tentativo di ricondurre a sistema la nuova "tutela del lavoratore in caso di licenziamento illegittimo" (così la rubrica, anch'essa riformulata, dell'art. 18), è forse il caso ora, a mente fredda e nell'attesa di conoscere le soluzioni che prenderanno forma nelle aule dei tribunali, di soffermarsi su singoli aspetti della disciplina.

In queste pagine si è scelto di concentrare l'attenzione sulle conseguenze della dichiarazione di illegittimità del recesso per giustificato motivo oggettivo, si direbbe, "in senso stretto", cioè connesso a ragioni economico-organizzative⁵⁹⁹: non tanto per il gusto di un'analisi parcellizzata su uno dei tanti profili di novità, quanto per la convinzione che il disegno del legislatore potrebbe portare, nella prassi, ad una centralità del ricorso alla causale oggettiva⁶⁰⁰ in base ad una valutazione di "convenienza" ovvero, nel complesso, di minore rischio, quanto ad esiti giudiziari, tra le diverse possibili motivazioni di recesso datoriale dal rapporto di lavoro subordinato.

La "strada maestra"⁶⁰¹ per tentare di affrontare i tanti problemi del mercato del lavoro italiano, e tra questi il tema della flessibilità in uscita, avrebbe dovuto essere quella di agire, prima ancora che sull'apparato sanzionatorio, sulle causali giustificative del licenziamento⁶⁰² oppure, con

⁵⁹⁸ Molti sono ormai i contributi sulla c.d. Riforma Fornero, diversi dei quali saranno citati nelle note seguenti. Va anche segnalato, oltre ai *working papers*, l'utile raccolta dei primi commenti alla riforma, effettuata dal CSDLE "Massimo D'Antona", che ha dedicato un apposito spazio alla discussione: *Il dibattito sulla riforma italiana del mercato del lavoro* (in <http://csdle.lex.unict.it/docs/generic/Il-dibattito-sulla-riforma-italiana-del-mercato-del-lavoro-/3206.aspx>).

⁵⁹⁹ Alla luce dell'inserimento nella fattispecie di figure tecnicamente non riconducibili ad esso, come l'ipotesi di inidoneità fisica o psichica del lavoratore o di recesso in violazione dell'art. 2110, co. 2., c.c.

⁶⁰⁰ CARINCI F., *Ripensando il "nuovo" articolo 18 dello Statuto dei lavoratori*, in *DRI*, 2013, p. 331, evidenzia come "è proprio il licenziamento economico ad aver rappresentato, fin dall'inizio, l'obiettivo principale" del legislatore "[...] e, al tempo stesso, ad aver costituito, in prosieguo, il fronte ultimo dove si è assestato il legislatore".

⁶⁰¹ L'espressione è di MARESCA, *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche dell'art. 18 Statuto dei lavoratori*, in *RIDL*, 2012, I, p. 420.

⁶⁰² ALBI, *Il licenziamento individuale per giustificato motivo oggettivo*, in CINELLI, FERRARO, MAZZOTTA (a cura di), *Il nuovo mercato del lavoro*, Giappichelli, Torino, 2013, p. 267 (ma v. anche p. 273) segnala "il rischio di innescare potenziali asimmetrie fra il corpo

attenzione al profilo processuale, principalmente sul tema dell'onere probatorio (e sulla relativa valutazione).

Ancora una volta, invece, il nostro legislatore ha imboccato una sorta di “complanare normativa”, intervenendo su profili paralleli ai principali, nel tentativo di decongestionare l'interpretazione della disciplina dei licenziamenti, passando per soluzioni che attengono (apparentemente soltanto⁶⁰³) alle conseguenze dell'accertamento di illegittimità o anche agendo sul processo, ma con una riscrittura dell'intero rito da applicare ai licenziamenti che ricadono nell'ambito applicativo dell'art. 18; in quest'ultimo caso, peraltro, in vistosa controtendenza rispetto alla riduzione e semplificazione dei riti, auspicata dagli studiosi del processo e fino a pochi mesi prima condivisa dal medesimo legislatore⁶⁰⁴.

Va peraltro rilevato sin da subito – come già messo in luce da molti commentatori – che se uno degli scopi dichiarati della riforma voleva essere la riduzione della discrezionalità del giudice e del tasso di incertezza delle decisioni, il testo approvato dal Parlamento pone più problemi di quanti ne vorrebbe risolvere⁶⁰⁵, dando la sensazione, ormai abbastanza netta, che anche stavolta si sia incorsi in una significativa eterogeneità dei fini⁶⁰⁶.

Non va trascurato, infine, che essendo le causali di licenziamento contenute in una disposizione, l'art. 3, l. 15 luglio 1966, n. 604, riconducibile alla figura definita come “norma generale”, vale a dire una norma completa a contenuto variabile, che viene riempita di concreto significato nell'elaborazione giurisprudenziale, la quale rinvia, caso per caso, “a modelli comportamentali e a stregue di valutazioni obiettivamente vigenti nell'ambiente sociale in cui opera”⁶⁰⁷, un intervento riformatore che insiste sul ruolo del giudice e sulla sua discrezionalità, confinandola ed ampliandola allo stesso tempo, finisce inevitabilmente per incidere implicitamente sulla norma stessa che il

normativo più recente, che intende individuare specifiche ipotesi di licenziamento ingiustificato sulle quali innestare tutele differenziate, e quello più antico, che ha lo scopo di individuare il fondamento oggettivo del legittimo esercizio del potere di recesso”.

⁶⁰³ Si vedano, infatti, i rilievi che seguono nel testo, attraverso i quali si prova a dimostrare che l'intervento normativo opera, inevitabilmente, anche se in maniera surrettizia, sulle ragioni giustificative, prima ancora che sulle conseguenze inerenti alla valutazione delle medesime.

⁶⁰⁴ È il caso del d.lgs. 1° settembre 2011, n. 150, attuativo della delega contenuta nell'art. 54, l. 18 giugno 2009, n. 69.

⁶⁰⁵ Ne sono testimonianza le parole di VIDIRI, *La Riforma Fornero: la (in)certezza del diritto e le tutele differenziate del licenziamento illegittimo*, in *RIDL*, 2012, I, p. 617.

⁶⁰⁶ In ogni caso, la critica – nell'insieme certamente fondata – all'ennesima legge che pretende di accrescere il grado di “certezza” dell'ordinamento, sfociando nel suo esatto opposto, deve tenere in debito conto il dato *genetico* dei modelli di produzione normativa degli ordinamenti giuridici moderni (anche di livello sovranazionale), che consiste proprio nel combinare una tecnica regolamentare analitica, caratterizzata dalla moltiplicazione delle fattispecie considerate, con il ricorso a nozioni giuridiche “a contenuto variabile” (su cui v. *infra*), talora effettuato nella forma estrema del rinvio ai principi o a clausole generali. In questo contesto, l'incremento della centralità del ruolo del giudice e l'avvicinamento di quest'ultimo alla figura dell'interprete di *common law* si presenta come dato forse ineliminabile. È utile rinviare sul punto ai rilievi di BRECCIA, *Clausole generali e ruolo del giudice*, in *LD*, 2007, p. 443.

⁶⁰⁷ MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *RCDP*, 1986, p. 9, il quale, come esempio di norma generale, indica proprio l'art. 3, l. 604/1966. “Questa tecnica legislativa – osserva l'Autore – lascia al giudice un margine di discrezionalità, e così ammette un certo spazio di oscillazione della decisione; ma si tratta di una discrezionalità di fatto, non di una discrezionalità produttiva o integrativa di norme” (p. 10). Sottolinea le precisazioni operate da Mengoni, CASTRONOVO, *L'avventura delle clausole generali*, in *RCDP*, 1986, p. 26. Sminuisce la rilevanza della distinzione tra le diverse figure di nozioni a contenuto variabile, RODOTÀ, *Il tempo delle clausole generali*, in *RCDP*, 1987, p. 709. In argomento si vedano anche i rilievi di FERRARO, *Poteri imprenditoriali e clausole generali*, in *DRI*, 1991, p. 159. Esamina opportunità e limiti del ricorso alla tecnica della norma generale con specifico riferimento alla tematica dei licenziamenti economici FALERI, *L'adattamento efficiente della norma ai mutamenti del mercato del lavoro: il caso dei licenziamenti per ragioni economiche*, in *RIDL*, 2011, I, p. 291.

giudice è chiamato ad applicare⁶⁰⁸.

È peraltro tuttora condivisibile l'opinione che avverte come il problema di fondo di tutte le nozioni giuridiche "a contenuto variabile" è proprio che il rinvio a valori esterni presupponga "un comune modo di "sentire" e valutare le situazioni variabili, così da offrire al giudice un ragionevole metro di riferimento. Sennonché una "comunione" o consonanza di vedute è assai difficilmente ipotizzabile su di un terreno, come quello lavoristico, scandito da forti tensioni sociali"⁶⁰⁹.

Anche per questo motivo, tra le diverse novità contenute nel nuovo ed ipertrofico art. 18 dello Statuto dei lavoratori si è scelto di esaminare gli aspetti connessi alle conseguenze della dichiarazione di illegittimità del licenziamento per giustificato motivo oggettivo. La ragione, come anticipato, sta nella convinzione che, nel bilanciamento costi-benefici che ogni imprenditore è chiamato a fare, l'analisi dei rischi collegati alla dichiarazione giudiziale d'illegittimità di un recesso per ragioni economiche potrebbe portare a privilegiare questa via d'uscita dal rapporto anche quando il datore dovrebbe ricorrere a motivazioni diverse, raffrontando le sanzioni in esame con quelle previste nelle altre ipotesi d'illegittimità⁶¹⁰.

Il dato dal quale prendere le mosse è, invero, il nuovo comma 5 dell'art. 18, al quale rinvia espressamente il successivo 7° alinea. La norma prevede, infatti, che nel caso di accertamento dell'illegittimità del recesso, perché non ricorrono gli estremi del giustificato motivo, "il giudice ... dichiara risolto il rapporto", condannando altresì il datore di lavoro al pagamento di una "indennità risarcitoria onnicomprensiva determinata tra un minimo di dodici e un massimo di ventiquattro mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto". Va aggiunto che in tal caso non è previsto alcun versamento contributivo, essendo l'onnicomprendività dell'indennità soddisfattiva anche del profilo previdenziale⁶¹¹.

Nella fattispecie esaminata, la risoluzione del rapporto ha luogo, dunque, *in ogni caso* ("il giudice ... dichiara risolto il rapporto") e la gravità della carenza che investa la causale – fatta eccezione per l'ipotesi di "manifesta insussistenza" (su cui v. *infra* par. 4) – non incide sull'efficacia risolutiva

⁶⁰⁸ Va comunque segnalato che il legislatore, nell'art. 30, l. 4 novembre 2010, n. 183, novellato poi dalla l. 92/2012, seppure nell'ambito di un testo non proprio ineccepibile, fa riferimento a disposizioni di legge contenenti "clausole generali, ivi comprese le norme in tema di [...] recesso". Il legislatore pare dunque far rientrare le causali di recesso nella nozione di clausola generale.

⁶⁰⁹ MAZZOTTA, *Variazioni su poteri privati, clausole generali e parità di trattamento*, in *DLRI*, 1989, p. 593. L'Autore si riferisce espressamente alle clausole generali, ma non manca di osservare: "Questi problemi di fondo che riguardano l'impiego di tutte le più diffuse nozioni giuridiche "a contenuto variabile", che circolano nell'ordinamento, non possono essere trascurati dal giudice, nel momento in cui si pone ad elaborare la regola concreta da applicare al caso sottopostogli e dovrebbero orientarlo a valutarne con la massima prudenza ed oculatezza il concreto spazio di operatività".

⁶¹⁰ Di contrario avviso, SPEZIALE, *La riforma del licenziamento individuale tra law and economics e giurisprudenza*, in *WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT*, n. 190, 2013, p. 35. Secondo l'Autore, che analizza i primi provvedimenti della giurisprudenza, "Le poche ordinanze disponibili sembrerebbero dire che questo effetto moltiplicatore del giustificato motivo oggettivo in verità non si è verificato. Probabilmente la combinazione tra i due elementi – tentativo obbligatorio di conciliazione ed interpretazioni dottrinarie che hanno fornito una lettura meno permissiva dalla nuova disciplina – può spiegare l'esiguità del contenzioso sino ad oggi esistente". In realtà l'esiguità del contenzioso, ponendosi necessariamente "a valle" dei licenziamenti e delle relative impugnazioni, non può spiegare i numeri ridotti di recesso giustificato in termini oggettivi. Semmai c'è ancora un atteggiamento di "attesa", da parte delle imprese, connesso alle incertezze interpretative della stessa giurisprudenza; incertezze – piuttosto che l'efficacia degli strumenti di deflazione – che spiegano anche l'elevato numero di conciliazioni che si registra nel corso della fase sommaria del nuovo rito processuale.

⁶¹¹ La dichiarazione giudiziale confermativa dell'effetto risolutivo del rapporto di lavoro, peraltro, non determinando ricostituzione, neppure formale, del rapporto di lavoro, impedisce l'operare del sinallagma e quindi priva l'indennità di qualsivoglia profilo retributivo/corrispettivo.

dell'atto di recesso, che viene, appunto, soltanto accertata dal giudice.

La disciplina appare, a dire il vero, più *tranchante* dell'art. 8, l. 604/66, che prevede comunque l'obbligo per il datore di lavoro di riassumere il lavoratore illegittimamente licenziato. Il fatto che, in quel caso, si possa optare per il versamento di una somma in luogo della riassunzione⁶¹², non fa venir meno il giudizio di disvalore sociale e giuridico che l'ordinamento riconnette all'esercizio, giudizialmente dichiarato illegittimo, di un potere che, trovando fondamento nell'art. 41 Cost. è costituzionalmente riconosciuto, ma non può essere esercitato in danno dell'altrui dignità.

È indubbio, allora, che la previsione del comma 7, poc'anzi richiamata, determini, in certo qual modo, uno svilimento del profilo causale del recesso per giustificato motivo oggettivo e non è forse ardito sostenere che il legislatore abbia, in tal maniera, operato in fin dei conti una surrettizia modifica dell'art. 3, l. 604/66, intervenendo, nei fatti, sulla (ampiezza e rilevanza della) giustificazione addotta a sostegno del licenziamento oggettivo⁶¹³ e soprattutto, come si tenterà di dimostrare, sull'indispensabile nesso di causalità che deve sussistere tra la ragione organizzativa/produttiva ed il singolo licenziamento adottato.

La ragione del licenziamento - o meglio il *quantum* di infondatezza della medesima - rileva, invero, sulla permanenza del vincolo contrattuale soltanto nell'ipotesi estrema di sua carenza assoluta, mentre nella maggior parte dei casi incide esclusivamente, insieme ad altri fattori (alcuni dei quali possono "bilanciare" il peso dell'illegittimità accertata), sull'ammontare dell'indennità, senza incidere in alcun modo l'efficacia risolutiva dell'atto di recesso.

In questa (e solo in questa) ipotesi, dunque, l'imprenditore è in grado di valutare anticipatamente gli oneri connessi al licenziamento, mettendo in conto l'esborso massimo di ventiquattro mensilità quale costo-limite dell'operazione; vero e proprio, ma anche unico, *firing cost* che egli è tenuto a considerare. In fin dei conti il legislatore – pur con tutte le contraddizioni messe in luce dai commentatori e che verranno esaminate di qui a poco – sembra aver fatto propria sul punto, nella sostanza, la posizione di chi, aderendo a teorie di *law and economics* che giustificano la soppressione del posto di lavoro, ma anche la sostituzione del lavoratore, in base a (mere) valutazioni di costo-opportunità⁶¹⁴, suggerisce da tempo la necessità che l'ordinamento consenta alle imprese la quantificazione anticipata degli oneri connessi all'esercizio del recesso per ragioni economiche, sottraendo questo tipo di licenziamento alla discrezionalità del giudice – limitata alla quantificazione dell'indennità all'interno dei margini previsti per legge⁶¹⁵ – ed alle incertezze che

⁶¹² Secondo alcuni infatti non sarebbe configurabile un'obbligazione alternativa bensì con facoltà alternativa, nella quale, come noto, l'obbligazione resta una, nella specie quella di riassumere.

⁶¹³ Sembra questa anche l'opinione di CARINCI F., *Ripensando il "nuovo" articolo 18*, cit., p. 335, secondo il quale l'intervento del legislatore, oltre che determinare una "svalutazione del *repêchage*" (su cui v. *infra*, nel testo), rimette in discussione la stessa interpretazione giurisprudenziale delle "ragioni" di licenziamento "sì da restituirle depurate da limitazioni radicate in quella stessa politica della difesa ad ogni costo della singola occupazione".

⁶¹⁴ Il concetto di costo-opportunità è richiamato da Pietro Ichino in numerosi scritti. Si veda, tra gli altri, ICHINO, *Il lavoro e il mercato*, Mondadori, Milano, 1996; ID., *Il contratto di lavoro*, in CICU, MESSINEO, MENGONI, *Trattato di diritto civile e commerciale*, Giuffrè, Milano, 2003, p. 441 ss.; ICHINO, *La riforma dei licenziamenti e i diritti fondamentali dei lavoratori*, in NOGLER, CORAZZA (a cura di), *Risistemare il diritto del lavoro. Liber amicorum Marcello Pedrazzoli*, Franco Angeli, Milano, 2012. Sul tema v. pure NOVELLA, *I concetti di costo contabile, di costo-opportunità e di costo sociale nella problematica costruzione gius-economica del giustificato motivo oggettivo di licenziamento*, in *RIDL*, 2007, II, p. 990.

⁶¹⁵ PERULLI, *Fatto e valutazione giuridica del fatto nella nuova disciplina dell'art. 18 St. lav. Ratio ed aporie dei concetti normativi*, in *ADL*, 2012, I, p. 790, ritiene però che non sia stata accolta questa ipotesi che è "finalizzata alla completa "sterilizzazione" dell'ufficio

ne derivano.

La disciplina del comma 7, del resto, è coerente con il complessivo ordito normativo, nel quale “l’indennità risarcitoria rappresenta la regola, mentre la reintegrazione è destinata ad entrare in funzione in via residuale, in quanto il nuovo art. 18 attribuisce prevalenza alla prima rispetto alla seconda”⁶¹⁶: un sistema di graduazione delle conseguenze sanzionatorie posto in rapporto, si è detto, allo “spessore della illegittimità, intesa peraltro come illegittimità dal punto di vista sostanziale”⁶¹⁷.

2. La “convenienza” del licenziamento c.d. economico dopo la Riforma Fornero: il motivo oggettivo come *refugium peccatorum*

Non occorrono allora particolari doti divinatorie per immaginare un uso piuttosto “disinvolto” del ricorso al motivo oggettivo come causale giustificativa dei licenziamenti individuali, anche quando la “reale” motivazione sia altra.

A poco rileva infatti la previsione dell’ultima parte del richiamato settimo comma, in base al quale “qualora, nel corso del giudizio, sulla base della domanda formulata dal lavoratore, il licenziamento risulti determinato da ragioni discriminatorie o disciplinari, trovano applicazione le relative tutele previste dal presente articolo”.

La debolezza di tale disposizione può essere rinvenuta su diversi piani. Innanzitutto, essa è attivabile, si direbbe parafrasando il diritto penale, unicamente “a querela di parte”: il giudice, infatti, può applicare una sanzione diversa soltanto se il lavoratore lo ha chiesto preventivamente; certo si tratta di previsione rispettosa del principio dispositivo che regola il processo civile, ma che nei fatti impedisce la caducazione dell’atto illegittimo nell’ipotesi, affatto astratta, in cui le “vere” ragioni (ad esempio disciplinari) del licenziamento, emergano nel corso dell’istruttoria, a meno che non sia lo stesso lavoratore che, prima del termine della fase accelerata di primo grado, introdotta ai sensi dell’art. 125 c.p.c. e quindi non soggetta alle preclusioni dell’art. 414 del codice di rito, modifichi le proprie conclusioni⁶¹⁸.

Convince ancor meno se si pensa che nell’ipotesi di discriminazione la sanzione prevista è la nullità, proprio in considerazione del grado di conflitto tra l’atto vietato e i principi dell’ordinamento: non sarebbe dunque “scandaloso” se, nell’eventualità in cui la discriminazione emergesse in maniera evidente, *manifesta*, nel corso del giudizio, l’atto discriminatorio fosse dichiarato nullo d’ufficio. Da questo punto di vista, una lettura coordinata con il primo comma dell’art. 18, che non

del giudice”.

⁶¹⁶ MARESCA, *Il nuovo regime*, cit., p. 437.

⁶¹⁷ Così CESTER, *La metamorfosi della tutela reale*, in CARINCI F., MISCIONE (a cura di), *Commentario alla Riforma Fornero*, in DPL, 2012, suppl. al n. 33, p. 32.

⁶¹⁸ Si tratta di capire se il nuovo procedimento giudiziale, introdotto dalla riforma, consenta, come sembrerebbe, almeno in primo grado, successivamente all’atto di parte introduttivo della fase “accelerata”, un’integrazione delle conclusioni che non sia connesso alle difese della controparte, ovvero se sia retto da un regime di preclusioni che, seppure minore di quello che contraddistingue il processo del lavoro introdotto ai sensi dell’art. 414 c.p.c., impedisca la integrazione “spontanea” delle conclusioni iniziali. In termini di apertura sono i primi commenti, che segnalano la differenza tra il rito accelerato – introdotto con un atto ex art. 125 c.p.c. – e il successivo giudizio di opposizione, nel quale le preclusioni agiscono secondo lo schema “ordinario” del rito del lavoro, introdotto ai sensi dell’art. 414 c.p.c. Di questo avviso CURZIO, *Il nuovo procedimento in materia di licenziamenti*, in CHIECO (a cura di), *Flessibilità e tutele nel lavoro. Commentario della legge 28 giugno 2012, n. 92*, Cacucci, Bari, 2013, p. 407; VALLEBONA, *La riforma del lavoro 2012*, 2012, p. 75; MUSELLA, *Il rito speciale in materia di licenziamento*, in CINELLI, FERRARO, MAZZOTTA (a cura di), *Il nuovo mercato del lavoro*, Giappichelli, Torino, 2013, p. 371.

pare rinviare alle richieste di parte, potrebbe condurre ad un'interpretazione correttiva della disposizione che valorizzi il ruolo del giudice, consentendo anche il ricorso al potere officioso nell'ipotesi di discriminazione palese.

È peraltro ipotizzabile che l'illiceità nella maggior parte dei casi vada ricondotta, piuttosto che alla discriminazione in senso stretto (per ragioni ideologiche, religiose ecc.), alla non infrequente situazione della ritorsione da parte del datore di lavoro, in risposta a richieste del prestatore finalizzate ad ottenere un miglioramento delle condizioni di lavoro e di retribuzione. Non va tuttavia trascurato, infatti, che ancor prima della legge, la giurisprudenza richiedeva, per riconoscere una tutela ripristinatoria, che il licenziamento fosse determinato in maniera esclusiva dal motivo illecito.

Orbene – e prescindendo in questa sede da valutazioni di carattere più generale – va sottolineato che il richiamato art. 18, co. 1, rinvia testualmente alla previsione dell'art. 1345 c.c., facendo dunque propria la posizione della Cassazione, la quale, in ossequio ad un'applicazione rigorosa delle previsioni del codice civile – lettura che andrebbe forse condotta ora alla luce della più recente normativa, anche di fonte europea⁶¹⁹ – richiede, per dare spazio ad una tutela di tipo ripristinatorio, che la ritorsione, quale motivo illecito addotto, sia l'unico determinante, ex art. 1345 c.c., il recesso e che il lavoratore, sul quale incombe il relativo onere, ne fornisca la prova⁶²⁰: che non vi sia, pertanto, in ipotesi, anche un'altra ragione che concorra con la prima a giustificare, e dunque legittimare, il licenziamento.

La ritorsione deve cioè costituire l'unica ragione del provvedimento espulsivo⁶²¹; né è sufficiente, a dimostrare l'intento ritorsivo, provare, ad esempio, che vi fossero contrasti circa le condizioni di lavoro, occorrendo che il lavoratore dimostri in maniera inequivoca che la reazione datoriale abbia configurato gli estremi di una vera e propria rappresaglia⁶²².

Ne discende che la compresenza di due motivi, uno solo dei quali riconducibile al più grave vizio della nullità per illiceità, sia sufficiente a disattivare il detonatore della tutela reale piena, in favore di altro tipo di sanzione: determinando, nella situazione in esame, l'applicazione di una tutela a contenuto indennitario, quantitativamente predeterminata, in luogo di quella a carattere ripristinatorio.

C'è poi da chiedersi se tale esegesi restrittiva si applichi solo agli "altri" motivi illeciti, come sembrerebbe far propendere il testo della disposizione, ovvero anche ai motivi discriminatori e ai

⁶¹⁹ Questa giurisprudenza ritiene peraltro che il motivo discriminatorio risulti assorbito da quello legittimo e provato ai sensi dell'art. 3, l. 604/1966. Lettura discutibile, facendo prevalere una ragione la cui carenza porterebbe alla mera annullabilità rispetto ad una causa il cui disvalore conduce alla nullità dell'atto di recesso. V., al riguardo, Cass. 25 novembre 1980, n. 6259, in *FI*, 1982, I, c. 157. Ricostruisce in termini critici questo orientamento, tra gli altri, MAZZOTTA, *Diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano, 2002, p. 601.

⁶²⁰ Solo per citare alcune decisioni, tra le più recenti: Cass. 26 marzo 2012, n. 4797, Cass. 8 agosto 2011, n. 17087; Cass. 28 marzo 2011, n. 7046, tutte in *DJ*.

⁶²¹ Così Cass. 3 agosto 2011, n. 16925; Cass. 18 marzo 2011, n. 6282, Cass. 9 marzo 2011, n. 5555, tutte in *DJ*.

⁶²² La Suprema Corte ha invero più volte evidenziato come non sia sufficiente dimostrare che vi fosse stato un atteggiamento critico o polemico del lavoratore per dedurre una natura essenzialmente vendicativa dell'atto di recesso, semmai qualificato come disciplinare (v. al riguardo Cass. 18 marzo 2011, n. 6282: nel constatare che il licenziamento era stato disposto "a causa delle posizioni rigide e polemiche" assunte dal lavoratore nei confronti della società datrice di lavoro e rese pubbliche dalla stampa, la Corte dichiara l'illegittimità del licenziamento disciplinare adottato in violazione delle procedure richieste dalla legge, senza ritenere tuttavia che il licenziamento stesso possa essere considerato un atto vendicativo o di rappresaglia).

restanti casi di nullità testuale previsti dalla prima parte della norma, qualora essi concorrano con una giustificazione, potenzialmente legittima, del recesso. Una lettura a mio avviso più corretta dovrebbe condurre ad un'applicazione "secca" della reintegrazione piena in tali ultimi casi e ad un'applicazione "condizionata" alla verifica di illiceità determinante (ex art. 1345 c.c.) nei primi.

Quanto poi all'ipotesi della discriminazione, va in ogni caso ricordato che restano le difficoltà della sua dimostrazione, sebbene il regime di ripartizione dell'onere probatorio risulti oggi più equo e bilanciato per effetto, da ultimo – sulla scia delle previsioni dei d.lgs. 215/2003 e 216/2003⁶²³ – dell'art. 28, co. 4, d.lgs. 1° settembre 2011, n. 150, che ne dispone un'inversione, si direbbe, "attenuata". La prova dell'insussistenza della discriminazione è invero addossata al convenuto, purché il ricorrente non si limiti ad affermare o denunciare la discriminazione, ma fornisca al giudice "elementi di fatto, desunti anche da dati di carattere statistico, dai quali si può presumere l'esistenza di atti, patti o comportamenti discriminatori"⁶²⁴.

Altrettanto "astratto" appare, poi, anche il richiamo a "ragioni ... disciplinari" sottese alla reale giustificazione del recesso. Sul punto, eccettuato il caso, individuabile a fini didascalici, di un imprenditore che attivi il procedimento disciplinare e poi, senza portarlo a conclusione, licenzi il lavoratore invocando un motivo oggettivo, l'ipotesi più realistica è che il datore resti acquiescente rispetto ad un comportamento disciplinarmente valutabile e licenzi, a distanza di qualche tempo, il dipendente, invocando ragioni oggettive. Qui il lavoratore dovrebbe richiamare egli stesso una propria mancanza, con i rischi connessi a siffatta auto-denuncia (in ipotesi il licenziamento per giustificato motivo oggettivo potrebbe essere annullato o revocato⁶²⁵, ex art. 18, co. 10, l. 300/1970, e, se ancora tempestivo – circostanza affatto improbabile, in considerazione della tempestività del nuovo rito – potrebbe ancora essere attivato un procedimento disciplinare), ovvero dovrebbe ricostruire un'altrui colpevole acquiescenza in termini quasi di frode alla legge, rispetto ad un suo comportamento che, a rigore, sarebbe disciplinarmente valutabile.

AmMESSO pure che sia agevole, e non pare, ricostruire in fatto un'altrui condotta omissiva, residuerebbero non pochi ostacoli sul piano probatorio, dovendo il lavoratore ricorrente fornire una prova "in negativo" delle omissioni, mancate reazioni ecc., imputabili alla controparte.

Nella sostanza, dunque, quando il datore di lavoro invocherà il motivo oggettivo, per il lavoratore ricorrente, e quindi per il giudice, si porrà un'alternativa tutto sommato netta: o la dichiarazione di illegittimità del recesso perché "non ricorrono gli estremi del giustificato motivo", con conseguente risoluzione del rapporto e condanna al pagamento della sola indennità risarcitoria, ovvero l'accertamento di "manifesta insussistenza" del giustificato motivo addotto, con reintegrazione c.d. attenuata del dipendente licenziato.

⁶²³ WIDMANN, *La tutela processuale contro le discriminazioni con particolare riferimento ai d.lgs. 215/2003 e 216/2003*, in AA.VV., *Diritto del lavoro e società multiculturale*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2011, p. 633, anche per ulteriori riferimenti bibliografici.

⁶²⁴ Consapevole che il rapporto di lavoro sia un luogo particolarmente "poroso" alle discriminazioni, il legislatore precisa: "I dati di carattere statistico possono essere relativi anche alle assunzioni, ai regimi contributivi, all'assegnazione delle mansioni e qualifiche, ai trasferimenti, alla progressione in carriera e ai licenziamenti dell'azienda interessata".

⁶²⁵ Qualora l'eccezione sui reali motivi disciplinari emergesse nella fase conciliativa, il datore di lavoro potrebbe ancora revocare la propria volontà di licenziare (che precedendo temporalmente il provvedimento di licenziamento non sarebbe neppure sottoposta al termine di quindici giorni, decorrente dall'impugnazione del lavoratore) durante il procedimento di conciliazione, salvo attivare una procedura di contestazione dell'illecito disciplinare nei confronti del dipendente.

È allora proprio al concetto di “*manifesta insussistenza*”⁶²⁶ che occorrerà, di qui a poco, dedicare qualche parola: una “uscita di emergenza”, a dire il vero piuttosto stretta, rimessa al giudice per evitare l’applicazione di una tutela puramente indennitaria. Considerazione, quest’ultima, che evidenzia quanto segnalato dai primi commentatori circa l’ampiezza della discrezionalità giudiziale, che il nuovo art. 18 innesta nel sistema e sulla quale è utile soffermare l’attenzione.

3. Accertamento dell’illegittimità del licenziamento e discrezionalità del giudice

Un primo dato non trascurabile è il recepimento nella giurisprudenza del principio in base al quale le valutazioni dell’imprenditore circa l’organizzazione dell’azienda sono insindacabili, per cui il giudice deve limitarsi a controllare che le scelte imprenditoriali siano state effettivamente attuate e che il singolo licenziamento ne costituisca una conseguenza pressoché necessaria ed inevitabile: il recesso, dunque, si legge nelle sentenze, oltre a porsi come *extrema ratio*, deve essere accompagnato da una verifica circa l’impossibilità di utilizzare altrimenti il lavoratore (c.d. onere del *repêchage*, che viene però declinato, nelle decisioni, con gradazioni differenti⁶²⁷: v. *infra* par. 5).

In realtà, al di là della reiterazione tralattica di questi principi di rigorosa separazione tra scelte imprenditoriali e controllo giudiziale, va tuttavia segnalato che i repertori mostrano poi una pluralità di motivazioni, talune delle quali portano a dire che siffatta affermazione di insindacabilità sia più proclamata che applicata; vi è anche chi ha osservato che una così netta dichiarazione di astensione da parte della giurisprudenza è velata di ipocrisia, considerando che “se questa enunciazione non fosse soltanto rituale e i giudici che la inseriscono nelle proprie sentenze si attenessero rigorosamente a ciò che essa significa, la regola del giustificato motivo oggettivo di licenziamento ne risulterebbe svuotata di ogni contenuto pratico, cioè la limitazione della facoltà di recesso dell’imprenditore verrebbe meno quasi del tutto”⁶²⁸.

In realtà, tale posizione nasce da una lettura della nozione di giustificato motivo oggettivo di licenziamento decisamente ristretta, nella quale non sarebbe dato individuare alcuno spazio “per elementi di natura non patrimoniale, cioè comprendere quali possano essere le “ragioni” a cui la norma fa riferimento, se non consistenti in una perdita attesa, esprimibile in termini monetari”⁶²⁹: si tratta di opinione discutibile.

La stessa nozione di giustificato motivo oggettivo considerata dalla legge, in effetti, fa riferimento non solo a ragioni strettamente produttive, ma anche di *organizzazione* del lavoro e della produzione che, a rigore, potrebbero non essere connesse ad una perdita di produttività o al margine di profitto, ma semmai a profili diversi di “economicità” della gestione, attinenti appunto all’organizzazione e dunque al miglioramento di efficienza di quest’ultima, anche se, in termini

⁶²⁶ SPEZIALE, *La riforma del licenziamento individuale tra diritto ed economia*, in *RIDL*, 2012, I, p. 560, parla al riguardo di “un “infortunio linguistico” del legislatore”.

⁶²⁷ La verifica circa il corretto esercizio dell’onere di *repêchage*, in ogni caso, impone al giudice un controllo nel quale l’attrito con il principio di insindacabilità delle scelte imprenditoriali si fa spesso assai stridente.

⁶²⁸ ICHINO, *Il contratto di lavoro*, cit., p. 453-454.

⁶²⁹ ICHINO, *Il contratto di lavoro*, p. 460, il quale non a caso porta come esempio, in termini di eccezione, la disciplina del recesso nelle organizzazioni di tendenza. V. però ZOPPOLI L., *Il licenziamento tra costituzionalismo e analisi economica del diritto*, in *DML*, 2010, p. 415.

immediati, finanziariamente neutrali⁶³⁰. Non va trascurato, poi, che una ri-organizzazione della produzione o del lavoro possa anche essere collegata alla necessità di garantire un differente benessere organizzativo ai sensi del d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81 e, più in generale, dell'art. 2087 c.c.

Il punto, semmai, è poi anche quello di considerare *quanto* la divaricazione tra atteso e conseguito, che si vorrebbe determini la risoluzione, sia accettabile dall'ordinamento: di qui la disciplina limitativa del recesso e la necessità di un "moderno" intervento sull'art. 3, l. 604/1966, piuttosto che (o esclusivamente) sulle sanzioni⁶³¹.

In ogni caso, se il sistema del controllo circa l'illegittimità del licenziamento per giustificato motivo oggettivo⁶³² viene ricostruito senza significative variazioni rispetto ai principali orientamenti della giurisprudenza, va invece segnalato come lo stesso venga chiuso da una norma che recupera il principio dell'insindacabilità. Quest'ultimo è reso suscettibile di una peculiare applicazione processuale, che consente l'"impugnazione per violazione di norme di diritto" – e quindi essenzialmente di ricorrere in Cassazione ai sensi dell'art. 360, n. 3, c.p.c. – nell'ipotesi in cui il controllo giudiziale non sia stato "limitato esclusivamente, in conformità ai principi generali dell'ordinamento, all'accertamento del presupposto di legittimità", ma sia sfociato in un "sindacato di merito sulle valutazioni tecniche, organizzative e produttive" riservate all'imprenditore (così l'art. 30, co. 1, l. 4 novembre 2010, n. 183, come modificato dalla l. n. 92/2012).

La reale portata applicativa di tale riaffermazione normativa di un principio, come visto, costituente *jus receptum* da parte della giurisprudenza (almeno, come anticipato, sul piano dell'enunciazione), lascia invero inalterato, in fondo, il problema dell'ampiezza del controllo, perché a presidiare i confini di legittimità del sindacato giudiziale sarà chiamata la stessa Cassazione che in questi anni, pur richiamando il principio, ha spesso consentito non pochi sostanziali aggiramenti di esso⁶³³.

In effetti, è stato evidenziato⁶³⁴ come la novità sia proprio l'autonoma proponibilità dell'impugnazione dinanzi alla Suprema Corte di una censura inerente alla valutazione operata nei gradi di merito, qualificando la violazione dei limiti al sindacato sulle valutazioni tecniche, organizzative e produttive quale "motivo di impugnazione per violazione di norme di diritto", ad evitare quindi

⁶³⁰ ZOLI, *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo tra reintegra e tutela indennitaria*, in RIDL, 2013, II, p. 661, osserva che "una diversa soluzione comporterebbe l'ingiustificatezza di qualunque licenziamento per ragioni tecnico-organizzative adottato da un'impresa dotata di bilanci non in passivo".

⁶³¹ In secondo luogo, poi, passando alla verifica operata "a valle" della scelta di licenziare e quindi al momento in cui essa va attuata, non va trascurata una tendenza della giurisprudenza ad applicare analogicamente, anche nell'ambito del licenziamento individuale, la disciplina dei licenziamenti collettivi con riferimento ai carichi di famiglia e all'anzianità del lavoratore; quindi a profili che esulano espressamente dal calcolo costi/benefici inerente al sacrificio della singola posizione lavorativa, quando occorra procedere ad una scelta tra più lavoratori coinvolti dalla soppressione della posizione. In dottrina, per tutti v. ZOLI, *La tutela delle posizioni "strumentali" del lavoratore*. *Dagli interessi legittimi all'uso delle clausole generali*, Giuffrè, Milano, 1988, p. 233; in giurisprudenza: Trib. Milano, 8 luglio 2010, n. 3103, in D&L, 2010, p. 866; Trib. Torino, 18 febbraio 2005, in DJ; Cass. 11 giugno 2004, n. 11124, in RGL, 2005, II, p. 273, con nota di SALVAGNI; Cass. 21 dicembre 2001, n. 16144, in DJ.

⁶³² Secondo MARESCA, *Il nuovo regime*, cit., p. 435, che ritiene condivisibile siffatta impostazione, "si tratta, quindi, di prendere atto della distinzione concettuale che nel nuovo art. 18 separa il profilo relativo all'illegittimità del licenziamento da quello concernente l'individuazione della sanzione applicabile".

⁶³³ Opportunamente, allora, è stato rilevato (MARESCA, *Il nuovo regime*, cit., p. 419) come "il problema più acuto in materia di licenziamento è quello, già segnalato, dell'incertezza delle condizioni che legittimano il recesso del datore di lavoro nel caso del licenziamento sia disciplinare sia per g.m.o. Un'incertezza tale da rendere ben difficile per chiunque potersi pronunziare in via preventiva sulla legittimità o meno di un licenziamento e, quindi, sui costi che l'impresa deve affrontare nel caso in cui intende estinguere il rapporto di lavoro".

⁶³⁴ VALLEBONA, *La riforma del lavoro 2012*, Giappichelli, Torino, 2012, p. 72.

che il giudice di legittimità possa accantonare la censura relegandola tra le questioni di fatto, escluse dal suo scrutinio.

Preme allora segnalare ancora una volta che, con la legge 92/2012, un legislatore che sembra volersi tenere a debita distanza dal tema delle causali giustificative del recesso, finisca per rimetterle al centro del dibattito, imponendo una ripresa della riflessione su estensione e contenuti delle medesime.

Quelli descritti sono però solo alcuni dei profili problematici relativi al ruolo del giudice, che è investito di una discrezionalità di particolare ampiezza; è opportuno allora evidenziare altri aspetti della tematica prescelta, che per le ragioni dette e per quanto si andrà a chiarire, appaiono essenziali nella ricostruzione della disciplina e della sua attitudine a determinare la rivisitazione stessa delle letture sulla giustificazione del licenziamento.

4. La “manifesta insussistenza del fatto”

Da subito si è compreso che – accantonando la suggestione “penalistica” e approcciando il tema ricorrendo ad un lessico più vicino alla teorica del diritto civile – centrale risulta l’interpretazione del concetto (non privo di ambiguità) di “fatto” posto a fondamento del licenziamento per ragioni oggettive; ciò, evidentemente, prima ancora di soffermarsi sul significato da attribuire alla sua insussistenza manifesta.

In effetti, il problema non si pone in termini differenti, se non in parte, anche là dove il legislatore rinvia al concetto di fatto nel descrivere le sanzioni connesse ad un licenziamento per ragioni soggettive⁶³⁵. Altri hanno ragionato approfonditamente su tale nozione e non è qui il caso, per esigenze di sintesi prima ancora che di utilità argomentativa, di ripercorrere l’ampio dibattito che appare al momento sopito solo perché, come si è già detto, la parola è passata alla giurisprudenza.

Una presa di posizione è però metodologicamente necessaria anche in questa sede. A me pare che quando in una fattispecie come il licenziamento nel contratto di lavoro subordinato il legislatore richiami il “fatto”, non si possa far riferimento ad un elemento identificato nella sua astratta materialità, bensì pur sempre ad un accadimento giuridicamente significativo, cioè idoneo a costituire il dato al quale vengano connessi determinati effetti.

Partendo da questa premessa, se in linea logica e di principio si può anche condividere l’idea che il fatto *c’è o non c’è*⁶³⁶, non si aderisce poi all’argomentazione secondo la quale esso deve intendersi come fatto materiale “ben preciso che ne costituisce la causale legittimante”⁶³⁷, facendone discendere una lettura del nuovo art. 18 secondo la quale il legislatore abbia inteso “modulare il regime sanzionatorio (degradato da reintegrazione ad indennità risarcitoria) tenendo conto proprio di come tale fatto, una volta che sia stato riscontrato nella sua materialità, diviene oggetto di valutazioni discrezionali per quanto attiene l’ulteriore profilo della sua idoneità ad integrare una causa legittimante il licenziamento”⁶³⁸.

⁶³⁵ PERULLI, *Fatto e valutazione giuridica del fatto nella nuova disciplina dell’art. 18 St. lav. Ratio ed aporie dei concetti normativi*, in *ADL*, 2012, p. 785.

⁶³⁶ MARESCA, *Il nuovo regime*, cit., p. 435, SCARPELLI, *Il licenziamento individuale per motivi economici*, in SCARPELLI, FEZZI (a cura di), *I quaderni di wikilabour. Guida alla Riforma Fornero*, 2012, in www.wikilabour.it, p. 87.

⁶³⁷ MARESCA, *Il nuovo regime*, cit., p. 438.

⁶³⁸ Ancora MARESCA, *Il nuovo regime*, cit., p. 438.

Si è detto che verrebbe in rilievo il fatto materiale, produttivo-organizzativo, posto a fondamento del licenziamento che, nella prospettiva accolta dal legislatore, non risulterebbe esistente sul piano fenomenico, contrapponendo questa situazione a quella in cui la motivazione del licenziamento sia connessa ad una ragione economica materialmente esistente, ma non idonea ad integrare, nella valutazione dell'ordinamento, gli estremi del giustificato motivo oggettivo: in tal caso la sussistenza di un fatto carente del nesso causale con il recesso viene ricondotta alla previsione di non ricorrenza degli estremi del giustificato motivo oggettivo e, quindi, sanzionata con l'indennizzo.

Maggiormente condivisibile, alla luce della premessa operata, è invece l'opinione di chi ritiene che il fatto la cui valutazione è rimessa al giudice, anche nel caso di licenziamento oggettivo, allorché si debba scrutarne l'eventuale illegittimità per manifesta insussistenza, "non è il fatto materiale che il giudice deve valutare, bensì il fatto giuridico"⁶³⁹. Come è stato correttamente osservato, "il "fatto", nella sua essenza fenomenologica, non è giuridicamente apprezzabile se non attraverso la sua valutazione alla luce di parametri normativi [...] Altrimenti il fatto (la sua esistenza) è per definizione irrilevante per il diritto, e non può assurgere a criterio di selezione dell'effetto"⁶⁴⁰.

Più nello specifico, proprio partendo dalla nozione ricompresa nell'art. 3, l. 604/66, che identifica la ragione giustificativa del recesso, il *fatto* è l'intera "ragione inerente all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di essa", vale a dire, semmai, una molteplicità di *fatti* non sempre preventivamente individuabili; in tale prospettiva, uno solo di essi, pertanto, può essere rappresentato dalla "perdita di utilità di una determinata prestazione lavorativa che si riveli non più rispondente all'interesse dell'imprenditore per modifiche introdotte nella produzione, nell'organizzazione o nelle tecnologie impiegate"⁶⁴¹.

Va anche aggiunto che la causale giustificativa del recesso, ai sensi della legge 604/66, può consistere, in definitiva, in una fattispecie più complessa, composta sì da un fatto in senso stretto, ma altresì da una conseguenza e dal relativo nesso di causalità: tant'è che in assenza di quest'ultimo – il rapporto tra la ragione e la posizione individuale –, il fatto (ad esempio: una riorganizzazione), pur astrattamente sussistente, non giustifica il licenziamento⁶⁴².

⁶³⁹ ZOPPOLI L., *Flex/insecurity. La riforma Fornero (l. 28 giugno 2012 n. 92) prima, durante e dopo*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2012, p. 137.

⁶⁴⁰ PERULLI, *Fatto e valutazione giuridica*, cit., p. 794, il quale osserva condivisibilmente: "Ragionare diversamente significa dimenticare che l'elemento del *fatto* si collega necessariamente con l'elemento formale, qualificativo, che promana dalla norma e che del fatto media il *valore*". L'A., peraltro, non manca preliminarmente di osservare come la prima e più significativa "aporìa consiste nell'aver preteso di distinguere, nell'ambito della disciplina delle conseguenze del licenziamento illegittimo, tra "fatto" ("manifesta insussistenza del fatto") e sua "valutazione giuridica" (non ricorrenza degli estremi del giustificato motivo oggettivo)" (p. 793).

⁶⁴¹ ZOPPOLI L., *Flex/insecurity. La riforma Fornero*, cit. p. 138, il quale prosegue: "Al riguardo andrà accertata la sussistenza della modifica, ovviamente, ma anche quella della possibilità reale di utilizzare il lavoratore in altra collocazione aziendale (c.d. *extrema ratio*) perché, in ragione del diritto giurisprudenziale vivente, il fatto in cui si concretizza il giustificato motivo non esiste se il lavoratore è ancora riutilizzabile". Su tale ultimo delicato punto si vedano, però, i miei rilievi contenuti nel testo.

⁶⁴² Vi è, invece, l'identificazione del *fatto* con la *causa* del recesso nella lettura proposta da CARINCI M. T., *Il rapporto di lavoro al tempo della crisi: modelli europei e flexicurity "all'italiana" a confronto*, in *DLRI*, 2012, p. 560: "Poiché è nel presupposto del ragionamento che il licenziamento sia stato irrogato in concreto per un "fatto" (causa) diverso da quello posto formalmente a base dell'atto (cioè gc o gms) e non è dato immaginare alcuna differenza fra "insussistenza" e "manifesta insussistenza" della causa – la causa ricorre o non ricorre –, la norma, pur propendendo per quella obbligatoria, demanda qui la scelta della tutela al giudice". L'A. rileva come "non è dato immaginare alcuna differenza fra "insussistenza" e "manifesta insussistenza" della causa – la causa ricorre o non ricorre –, la

Assumendo questo punto di vista, non pare opportuno indugiare troppo su una differenza concettuale tra fatto ed estremi del giustificato motivo⁶⁴³. Ad evidenziare una distinzione – supportata dal testo del comma 7 dell'art. 18 – si giungerebbe ad attribuire rilevanza, quale fatto, ad ogni ragione organizzativa, purché astrattamente sussistente, seppure completamente distante e sganciata dalla singola soppressione della posizione lavorativa. In questi termini, la ragione adottata come causa del recesso sarebbe equiparabile a qualunque altro “fatto”, umano o naturale, che lambisca la vita di un'azienda.

La frammentazione delle nozioni, poi, porterebbe a individuare negli “estremi del giustificato motivo” soltanto il nesso di causalità tra ragione e soppressione del posto, nonché, con tutte le riserve del caso, la possibilità di ricollocazione del lavoratore; ricostruzione che stride con la nozione di giustificato motivo pacificamente individuata per decenni da dottrina e giurisprudenza, che vi hanno ricompreso tutti gli elementi che precedono l'atto di recesso in termini di presupposto materiale-organizzativo e di relazione causale.

Limitarsi al solo accertamento del fatto, di cui si assuma una prospettiva riduttiva, porterebbe altrimenti a dire che se c'è una riorganizzazione, anche se non coinvolga la posizione del dipendente, sussiste pure il fatto ed il lavoratore licenziato non può invocare la manifesta insussistenza, e quindi la reintegrazione, bensì una più debole illegittimità per carenza della giustificazione che dà luogo alla tutela risarcitoria⁶⁴⁴. Se così fosse, basterebbe allora l'esistenza ontologica di un “qualsiasi” fatto, in ipotesi completamente slegato dalla posizione del singolo lavoratore, a privare quest'ultimo del posto di lavoro e quindi a risolvere il rapporto a fronte di un costo predefinito nella misura massima⁶⁴⁵.

Seguendo questa linea di ragionamento, la mera sussistenza di una ragione giustificativa di licenziamento potrebbe condurre, paradossalmente, a due “paralleli” atti di recesso: quello del lavoratore interessato dalla causa organizzativa (es. la soppressione di una posizione di lavoro), ma anche il licenziamento di un soggetto la cui prestazione non abbia il minimo collegamento con la

norma, pur propendendo per quella indennitaria, demanda qui la scelta della tutela al giudice”. Meno condivisibile, tuttavia, è la premessa del ragionamento (p. 557): “Quello che si vuole, allora, è con tutta evidenza ribadire che qualunque causa giustificativa diversa da quella tecnico-organizzativa ammessa dall'ordinamento – come tale, *inevitabilmente collegata a caratteristiche, opinioni, scelte della persona del lavoratore prive di attinenza con la prestazione lavorativa* – è per ciò stesso discriminatoria e illecita e può perfino prevalere su un'eventuale causa tecnico-organizzativa concorrente”. Anche ALBI, *op. cit.*, p. 275 ritiene difficile una distinzione e condivide i rilievi di incostituzionalità già avanzati da SPEZIALE, *La riforma del licenziamento*, cit., p. 560 ss. e condivisi da PERULLI, *Fatto e valutazione giuridica*, cit. p. 791.

⁶⁴³ È questa, invece, l'opinione di PONTARIO, *Il licenziamento per motivi economici*, in ADL, 2013, p. 79; ZOLI, *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo tra reintegra e tutela indennitaria*, in RIDL, 2013, II, p. 663.

⁶⁴⁴ In questa linea pare muoversi anche TOPO, *Le regole in materia di giustificato motivo oggettivo di licenziamento*, in CARINCI F., MISCIONE (a cura di), *Commentario alla Riforma Fornero*, cit., p. 67, secondo la quale “ai fini dell'individuazione della sanzione applicabile, la legge distingue fra un giustificato motivo oggettivo addotto, la cui assenza risulti più appariscente, collegando a tale situazione la pena della reintegrazione, e d'altro canto un giustificato motivo meno appariscente, sanzionato attraverso un obbligo forfettizzato di risarcimento del danno, definito dal giudice entro una forbice fissata dalla legge”. L'idea di collegare due sanzioni così differenti sul piano strutturale ed ancor più su quello funzionale – come sono l'indennità predeterminata ed il ripristino del contratto di lavoro – alla condizione che l'illegittimità sia più o meno “appariscente” lascia ancor più perplessi.

⁶⁴⁵ È questa infatti la prospettiva accolta da MARESCA, *Il nuovo regime*, cit., p. 435, secondo il quale: “Una sanzione “forte” (quella della reintegrazione) più rigorosa ed incisiva se il fatto che ha determinato il licenziamento non sussiste, cioè quando la verifica del giudice viene effettuata senza alcuna discrezionalità (il fatto c'è o non c'è); mentre la sanzione è “ridotta” (l'indennità risarcitoria) allorché il giudice dovrà valutare se quel fatto, pur esistente, sia tale da integrare o meno la causa legittimante il licenziamento”.

causa addotta dal datore. In entrambi i casi si risolverebbe il contratto di lavoro e il secondo licenziamento, collegato illegittimamente ad un evento che tuttavia sussiste nella realtà fenomenica, sarebbe segnato, secondo l'interpretazione criticata, da un vizio "minore", la cui illegittimità è caratterizzata dal mero indennizzo, con un vistoso aggiramento del principio di ragionevolezza.

Secondo la ricostruzione analizzata, peraltro, soltanto "il vizio "grossolano" consistente nell'inesistenza del fatto/atto organizzativo darebbe luogo alla reintegrazione del lavoratore, dovendo essere le altre ipotesi ricondotte all'inesistenza del nesso causale, da considerarsi come presupposto della sanzione meramente economica nella misura massima di ventiquattro mensilità di risarcimento"⁶⁴⁶. Dei requisiti sinora richiesti per aversi giustificato motivo oggettivo – in estrema e forzata sintesi: effettività delle ragioni poste a fondamento della decisione di licenziare, definitività della soppressione del posto di lavoro e nesso causale tra ragioni addotte e singolo licenziamento – sovente riconosciuti come necessari, la legge 92/2012 collegherebbe cioè soltanto ad uno di essi, la effettività, la reintegrazione, peraltro rimessa alla discrezionalità del giudice (il quale "può", non deve disporla obbligatoriamente⁶⁴⁷); soluzione in aperto contrasto con la consolidata giurisprudenza di legittimità e con la prevalente dottrina sull'art. 3, l. 604/1966, che hanno interpretato tali elementi come costitutivi, tutti, della fattispecie⁶⁴⁸.

L'opinione secondo la quale "una volta assodata la sussistenza del fatto [...] ciò è sufficiente ad escludere subito l'applicazione della reintegrazione"⁶⁴⁹, potrebbe anche essere condivisa, ma solo a condizione che il fatto il quale, sussistendo, esclude in radice la reintegrazione non sia un fatto "qualsiasi", ma risulti causalmente collegato (o comunque collegabile) alla soppressione del singolo posto di lavoro⁶⁵⁰.

⁶⁴⁶ In uno dei primi commenti pubblicati, ricostruisce in questi termini, seppure con toni non privi di accenti dubitativi, connessi alla complessità del problema, TOPO, *op. cit.*, p. 67.

⁶⁴⁷ Secondo LISO, *Le norme in materia di flessibilità in uscita nel disegno di legge Fornero*, in *Il dibattito sulla riforma italiana del mercato del lavoro*, in http://csdle.lex.unict.it/archive/uploads/up_170433988.pdf, 2012, p. 4, si tratta di previsione incostituzionale per "irragionevolezza".

⁶⁴⁸ Cass. 11 agosto 1998, n. 7904, in *DJ*.

⁶⁴⁹ MARESCA, *Il nuovo regime*, cit., p. 440.

⁶⁵⁰ Di questo avviso CESTER, *Il progetto di riforma della disciplina dei licenziamenti: prime riflessioni*, in *ADL*, 2012, I, p. 547, secondo il quale "se è vero che in generale un fatto o sussiste o non sussiste, è anche vero che un fatto che interessi al diritto solo se intrecciato con una certa valutazione (nozione complessa e per così dire integrata di giustificato motivo oggettivo), è suscettibile di una considerazione entro certi limiti diversificata da parte del giudice. Considerazione diversificata che potrebbe ritenersi ammissibile non solo con riferimento alle ipotesi-limite di vera e propria pretestuosità, ma anche negli ambiti – certamente più ampi di tali ipotesi anche se comunque più ristretti di quelli nei quali la giurisprudenza talora si avventura – nei quali non si discute delle scelte aziendali come tali (insindacabili), ma del nesso eziologico fra le stesse e l'individuazione del singolo lavoratore da licenziare". In termini solo apparentemente dubitativi MARAZZA, *L'art. 18, nuovo testo, dello Statuto dei lavoratori*, in *ADL*, 2012, I, p. 612, secondo il quale: "nel caso (forse teorico) in cui il motivo addotto per il licenziamento non sia astrattamente idoneo a configurare un giustificato motivo oggettivo per assenza di una qualsiasi connessione causale tra i fatti addotti ed il recesso (ad esempio, una riduzione di volumi di attività riferita ad una sede diversa da quella del lavoratore licenziato) il licenziamento è illegittimo ma non è ben chiaro quale sia la sanzione applicabile. Se quei fatti sussistessero, ad un'interpretazione letterale della disposizione dovrebbe corrispondere l'applicazione della sanzione indennitaria ma è legittimo dubitare che questa possa essere la soluzione corretta per l'evidente anomalia che ciò produrrebbe. Potrebbe accadere che un fatto coerente con il licenziamento, ma risultato manifestamente insussistente, dia luogo alla reintegrazione mentre un fatto sussistente, ma del tutto privo di rilevanza ai fini del licenziamento, imponga al Giudice di applicare la tutela indennitaria. In verità in tali evenienze potrebbe (e forse dovrebbe) trovare applicazione la sanzione della reintegrazione perché il fatto dedotto non ha alcun collegamento con il licenziamento e non può quindi essere "posto a base" del licenziamento". L'Autore propone una sorta di tripartizione del possibile accertamento circa i fatti addotti come giustificativi del licenziamento, riservando la reintegrazione solo all'ipotesi di carenza assoluta del presupposto fattuale: "Diversamente, ove il motivo di licenziamento contenga l'illustrazione di fatti attinenti al licenziamento di quel lavoratore, e quindi alla soppressione della sua posizione di lavoro, ma il Giudice

Secondo la prospettiva ricostruttiva proposta, quindi, il fatto andrà considerato manifestamente insussistente anche qualora esso non abbia alcun nesso con la posizione di lavoro soppressa, là dove, cioè, vi sia un *fatto* ma esso sia *altro* rispetto al posto di lavoro effettivamente sacrificato; sia cioè privo di collegamento con l'unità lavorativa destinataria dell'atto di recesso. Si pensi, ad esempio, alla revoca di un'autorizzazione amministrativa che però non abbia coinvolto la posizione del lavoratore licenziato, perché estraneo alla revoca o perché svolga un'attività non soggetta ad autorizzazione; ovvero ancora ad una riorganizzazione che non abbia alcuna ricaduta sul settore al quale è addetto il dipendente, in quanto interessi altri segmenti dell'organizzazione, lasciando inalterati la catena di comando, i compiti lavorativi, le gerarchie, le responsabilità ecc., direttamente inerenti alla posizione del singolo lavoratore.

In questa prospettiva, appare necessario, come si diceva, svalutare la distinzione, pur presente nel testo del nuovo art. 18, tra *fatto* ed *estremi* del giustificato motivo⁶⁵¹: a rigore, infatti, la carenza degli estremi – uno per tutti: il nesso causale – determinerebbe soltanto il diritto all'indennità risarcitoria, purché sussista il fatto (*rectius* la ragione produttivo-organizzativa) dal quale tragga origine la scelta di licenziare⁶⁵². In tal maniera, però, una ragione organizzativa esistente ma causalmente del tutto scollegata dalla posizione lavorativa soppressa, sì da essere in definitiva utilizzata quale mero pretesto del licenziamento, verrebbe trattata dal legislatore in maniera del tutto differente rispetto alla situazione “speculare” nella quale pur sussistendo, in astratto, gli altri estremi della decisione di recedere dal rapporto, sia manifestamente insussistente la ragione organizzativa a monte.

Punto delicato ed essenziale è il ruolo da riconoscere al *repêchage*. Ad una posizione che individua nell'impossibilità di ricollocazione del lavoratore in azienda (su mansioni equivalenti o,

non ritenga che gli stessi rappresentino un giustificato motivo oggettivo di licenziamento, si deve procedere all'accertamento dell'esistenza o meno dei fatti potendo conseguentemente emergere, se è consentita una esemplificazione: la loro esistenza, la loro parziale esistenza oppure la loro “manifesta insussistenza”.

⁶⁵¹ ZOLI, *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo*, cit., p. 663.

⁶⁵² Nell'ipotesi di licenziamento connesso alla generica esigenza di riduzione di personale omogeneo e fungibile, essendo le posizioni lavorative equivalenti ed i lavoratori tutti potenzialmente licenziabili, “il nesso di causalità si configura non tra il motivo e la soppressione di un determinato posto di lavoro, ma tra il motivo e la soppressione dell'uno o dell'altro, indifferentemente, tra più posti di lavoro”: così Cass. 21 dicembre 2001, n. 16144, in *DJ*. In precedenza la giurisprudenza aveva talora escluso la possibilità di ricorrere al licenziamento per giustificato motivo oggettivo in presenza della scelta imprenditoriale di dare nuove dimensioni, in termini esclusivamente quantitativi, all'attività economica: Cass. 9 marzo 1987, n. 2456; Cass. 13 settembre 1986, n. 5566, entrambe in *DJ*.

In tal caso la scelta del dipendente da licenziare non è totalmente libera per il datore di lavoro, risultando limitata, oltre che dal divieto di atti discriminatori, dalle regole di correttezza e buona fede. In questa situazione, essendo accertata la legittimità dell'esigenza produttivo-organizzativa che dà luogo al recesso dal singolo rapporto di lavoro, è da escludere che possa rinvenirsi un'insussistenza manifesta del motivo oggettivo; ché altrimenti si dovrebbe considerare sussistente (e legittima) ovvero manifestamente insussistente una medesima ragione di licenziamento soltanto perché essa abbia coinvolto un lavoratore piuttosto che un altro, non venendo in questione qui il nesso di causalità tra ragione giustificativa del recesso e posto di lavoro individuale soppresso, in quanto le posizioni in comparazione sono, per definizione, professionalmente equivalenti. In siffatta ipotesi, come noto, la posizione dei singoli è, sul piano organizzativo e professionale, assolutamente identica, tant'è che la scelta viene sovente agganciata a criteri differenti, connessi alle condizioni personali del lavoratore. Ne discende che, qualora il giudice ritenga che il datore, sulla base di una valutazione organizzativa legittima, abbia operato la propria *concreta* scelta di licenziare in violazione delle regole di correttezza (art. 1175 c.c.) e buona fede (art. 1375 c.c.), non potrà che farne discendere l'applicazione del 5° comma dell'art. 18, determinando l'entità dell'indennità risarcitoria, così come peraltro previsto dalla norma, anche alla luce del comportamento datoriale che appaia violare i criteri codicistici nella scelta del dipendente da licenziare. La reintegrazione potrà aversi invece soltanto qualora si dimostri, con onere probatorio a carico del lavoratore, che la predetta scelta è fondata su un motivo discriminatorio o illecito, come previsto dall'art. 18, co. 7, ultima parte.

eventualmente, anche inferiori) il ruolo di elemento costitutivo, seppure “implicito” del giustificato motivo oggettivo di recesso⁶⁵³, si contrappone l’opinione che ritiene il *repêchage* estraneo alla nozione: lettura che ha ripreso vigore proprio in seguito all’introduzione della descritta divaricazione dell’apparato sanzionatorio connesso alla dichiarazione d’illegittimità di un licenziamento intimato per giustificato motivo oggettivo⁶⁵⁴ introdotta dal legislatore nel nuovo testo dell’art. 18. Sul punto si tornerà più ampiamente nelle pagine seguenti.

Tutto ciò premesso, se l’interprete intende opportunamente adottare una prospettiva di sistema, con letture che provino a razionalizzare il dato normativo, è altresì vero, tuttavia, che egli deve pur sempre evitare, in linea di principio, una *interpretatio abrogans*; con riferimento al concetto di manifesta insussistenza del fatto, dunque, non può prescindersi dal considerare l’autonomia del concetto, che si ricava dalla norma in commento, e lo “spazio”, sul piano testuale, che il legislatore ha riservato ad esso nel nuovo art. 18.

Mi pare, infatti, che la lettera del comma 7 (il giudice “può”⁶⁵⁵ disporre la reintegrazione) non vada affatto svalutata⁶⁵⁶; la discrezionalità riconosciuta al giudice ha senso proprio in quelle situazioni nelle quali il legislatore non è in grado di predeterminare – come invece fa per il licenziamento disciplinare – le ipotesi nelle quali, in concreto, può verificarsi la circostanza che “aggrava” la carenza di legittima motivazione.

In effetti, con il termine “manifesta”, rapportato all’insussistenza del fatto, il legislatore, più che blindare il concetto, nel senso che “la modalità di accertamento della sanzione applicabile al licenziamento per g.m.o. illegittimo deve scontare che la reintegrazione nel posto di lavoro opererà ormai come *extrema ratio*”⁶⁵⁷, ovvero indicare tipo e “quantità” dell’accertamento giudiziale⁶⁵⁸, pare riferirsi, per escludere la reintegrazione, ad una insussistenza che non sia *chiara*,

⁶⁵³ È opportuno, al riguardo, riportare l’opinione di ZOLI, *I licenziamenti per ragioni organizzative: unicità della causale e sindacato giudiziale*, in *ADL*, 2008, I, p. 48, formulata peraltro con l’invito ad un’applicazione “ragionevole” da parte della giurisprudenza: “Si tratta di una soluzione che, pur non prevista espressamente né dall’art. 3, legge n. 604 del 1966, né dall’art. 24, legge n. 223 del 1991, non contrasta con essi, anzi può essere desunta dagli stessi, nella misura in cui non impone all’imprenditore di creare posti di lavoro contro la sua volontà, ma lo obbliga a destinare eventuali nuovi posti che decida di coprire ai lavoratori in esubero in grado di svolgere l’attività richiesta: è quanto riconosce la stessa giurisprudenza, la quale ha ulteriormente attenuato il rigore della prova gravante sul datore, ponendo a carico del prestatore di lavoro l’onere di provare il fatto positivo rappresentato dalla possibilità di una diversa collocazione in azienda”.

⁶⁵⁴ Tra le poche pronunce della giurisprudenza va segnalata Trib. Milano 5 novembre 2012, in *DRI*, 2013, p. 152, con nota di SANTORO PASSARELLI G.; anche in *MGL*, 2013, p. 39, con nota di VALLEBONA: il giudice ritiene che in tal caso la violazione dell’onere di *repêchage* non essendo inerente ad un requisito “costitutivo” del motivo di recesso, non possa condurre alla reintegrazione, ma solo alla tutela indennitaria. La decisione è indicata anche da FERRARESI, *L’articolo 18 dello Statuto dei lavoratori dopo la riforma Fornero: bilancio delle prime applicazioni in giurisprudenza*, in *DRI*, 2013, p. 347. In linea con questa decisione anche Trib. Varese, 2 settembre 2013, in www.diritto24.ilsole24ore.com.

⁶⁵⁵ PERULLI, *op. cit.*, p. 792, ritiene che, per salvaguardare la norma da censure di incostituzionalità (con riferimento alla disciplina del recesso per giusta causa o giustificato motivo soggettivo, la cui carenza per insussistenza del fatto determina sempre il ripristino del contratto, anche con riferimento alle “altre ipotesi” in cui non ricorre il motivo oggettivo), si debba ricorrere ad una interpretazione correttiva, in base alla quale “il può si legge *deve*”. Del medesimo avviso SPEZIALE, *Il licenziamento per giusta causa e giustificato motivo*, in CHIECO P. (a cura di), *Flessibilità e tutele nel lavoro. Commentario della legge 28 giugno 2012 n. 92*, Cacucci, Bari, 2013, p. 347 ss.; PALLADINI A., *La nuova disciplina in tema di licenziamenti*, in *RIDL*, 2012, I, p. 667.

⁶⁵⁶ Come invece MARESCA, *Il nuovo regime*, cit., p. 442.

⁶⁵⁷ Così ancora MARESCA, *Il nuovo regime*, cit., p. 443.

⁶⁵⁸ Di questo avviso già PALLADINI A., *op. cit.*, 666; VALLEBONA, *L’ingiustificata qualifica del licenziamento: fattispecie e oneri probatori*, in *RIDL*, 2012, I, 624; SPEZIALE, *Il licenziamento per giusta causa*, cit., 341.

*evidente*⁶⁵⁹, vale a dire che sia subordinata a valutazioni probabilistiche ovvero opinabili sul piano tecnico.

L'attributo, connesso all'insussistenza del fatto, insomma, sul piano sostanziale sembra proprio riferito all'esclusione della "opinabilità", che finirebbe anche per rendere fragile l'accertamento giudiziale, esponendo la decisione, in un senso o nell'altro, a ribaltamenti nelle successive sedi di gravame⁶⁶⁰ ed a ricadute pesanti (perché semmai operanti a distanza di tempo) sull'organizzazione; sul piano probatorio, invece, porterebbe ad escludere accertamenti dall'esito potenzialmente non univoco⁶⁶¹.

Se invero può condividersi l'assunto che una distinzione tra "fatto" e "valutazione di esso" operata dall'ordinamento non è concettualmente proponibile prima ancora che complessa, non si può tuttavia pervenire ad una sostanziale svalutazione del dato normativo, che distingue l'ipotesi della non ricorrenza degli estremi del giustificato motivo (secondo la lettura che si è inteso adottare) da quella della manifesta insussistenza di esso.

La differenza tra le due ipotesi considerate dalla disposizione in esame finisce allora per essere rimessa, discutibilmente ma indubbiamente, alla discrezionalità del giudice⁶⁶²: si direbbe, con un auspicio, al suo prudente apprezzamento. Se così non fosse il legislatore avrebbe usato il verbo *dovere* in luogo del "semplice" *potere*, quale predicato della reintegrazione.

Vuol dire che la legge ipotizza la ricorrenza di situazioni nelle quali, pur essendo, ad avviso del giudice, manifesta l'insussistenza del fatto (*rectius*: del giustificato motivo), questi può comunque *non* disporre la reintegrazione, ma fare ricorso alla determinazione del solo indennizzo.

Ciò avverrà, nella lettura che si è inteso proporre, proprio allorché il giudice ritenga palesemente insussistente la giustificazione, perché, ad esempio, sia emersa la possibilità di un'alternativa al recesso agevolmente percorribile sul piano organizzativo, la quale comporti però un'inevitabile ingerenza nelle scelte imprenditoriali; interferenza che, prima ancora che vietata dalla legge ordinaria, appare in contrasto con l'art. 41 Cost.

In tal maniera l'opzione legislativa in commento può risultare conforme a Costituzione, in quanto rispettosa del necessario bilanciamento tra iniziativa economica, tutela della dignità del lavoratore e ruolo del giudice, senza determinare, peraltro, sul piano parallelo di interpretazione della

⁶⁵⁹ Manifesto è ciò che è "definito da un'indiscussa evidenza": così DEVOTO, OLI, *Dizionario della lingua italiana*, Le Monnier, Firenze, 2010, p. 1642, alla voce *manifesto* (agg.).

⁶⁶⁰ Va tuttavia segnalato che un eventuale ribaltamento della sentenza di primo grado per effetto di una successiva pronuncia in sede di appello non avrebbe comunque gli effetti, economicamente destabilizzanti, della normativa previgente, stante l'apposizione di un tetto di 12 mesi al risarcimento (dal quale andrà detratto tanto l'*aliunde perceptum* che il *percipiendum*) connesso alla pronuncia di reintegrazione per l'ipotesi in esame nel testo.

⁶⁶¹ Ritieni la questione esclusivamente probatoria PONTERIO, *Il licenziamento per motivi economici*, in *ADL*, 2013, I, p. 80, la quale rileva pure, tuttavia, che così inteso, il requisito della manifesta insussistenza del fatto appare di difficile realizzazione.

⁶⁶² La facoltà di scelta tra i due regimi sanzionatori riconosciuta al giudice è ritenuta incostituzionale da diversi autori: PERSIANI, *Il fatto rilevante per la reintegrazione del lavoratore illegittimamente licenziato*, in *ADL*, 2013, I, p. 1, la considera potenzialmente in conflitto con l'art. 3; BARBIERI, *La nuova disciplina del licenziamento individuale: profili sostanziali e questioni controverse*, in BARBIERI, DALFINO, *Il licenziamento individuale nell'interpretazione della legge Fornero*, Cacucci, Bari, p. 41, vi ravvisa un contrasto anche con l'art. 101, co. 2, Cost.

singola disposizione, la scelta di un esito ermeneutico che fa dire alla legge il contrario di ciò che è scritto nella norma⁶⁶³.

Per converso, se il concetto di “insussistenza manifesta” viene riconnesso unicamente al profilo processuale ed alla prova circa la carenza della ragione giustificativa addotta, l’incostituzionalità (per irragionevolezza) appare francamente inevitabile, perché si finisce per regolare in maniera significativamente differente due situazioni sostanziali ipoteticamente identiche quanto ad illegittimità, riconnettendo la sanzione non al *quantum* di illegittimità dell’atto, ma di prova della stessa, raggiunta dalla parte interessata. Sarebbe una disparità, insomma, non più inerente al profilo sostanziale della disciplina, ma all’andamento della vicenda sul piano squisitamente processuale e, in definitiva, probatorio.

La soluzione che appare più corretta è allora quella di considerare manifestamente insussistente, sì da rendere sostanzialmente inevitabile il ripristino, la ragione addotta ma “materialmente” inesistente (es. una contrazione delle vendite contraddetta dagli incassi) ovvero esistente ma palesemente pretestuosa (si pensi al caso di un licenziamento seguito da un’assunzione di altro lavoratore per lo svolgimento delle medesime mansioni⁶⁶⁴).

C’è poi da domandarsi come vadano risolte le situazioni nelle quali il fatto (ad esempio: una riorganizzazione) è solo programmato: vale a dire se sia da considerare sostanziale, “materiale” nel senso prima detto, ciò che è ancora *in fieri*. Adottando una lettura restrittiva del concetto di fatto, qui si potrebbe arrivare a dedurne la manifesta insussistenza e si determinerebbero esiti certo non auspicati dagli autori che sostengono la lettura del fatto, si direbbe, *in senso stretto*. Viceversa, in una prospettiva che valorizzi la complessità della fattispecie, la programmazione di una riorganizzazione renderebbe legittimo il recesso causalmente collegato ad essa e posto semmai all’inizio della fase attuativa.

In questo senso potrebbe anche desumersi il possibile conflitto tra *fatto*, la cui vistosa insussistenza dà luogo alla sanzione reintegratoria, e *valutazioni* produttivo-organizzative⁶⁶⁵, rimesse

⁶⁶³ Si veda al riguardo la diversa posizione di PERULLI, già richiamata alla nota 58. Al riguardo TULLINI, *Riforma della disciplina dei licenziamenti e nuovo modello giudiziale di controllo*, in *RIDL*, 2013, I, p. 147, osserva che “non pare che al giudice venga consegnata alcuna paternalistica facoltà di scegliere il rimedio applicabile, né alcun potere d’equità integrativa. Si tratta semmai d’un avvertimento o un monito relativo alla *policy* del sindacato giudiziario: la reintegra sarebbe ammissibile solo nei casi più evidenti e manifesti d’infondatezza della causale oggettiva, in quanto rappresenta una tutela giuridica di ultima istanza, un’*extrema ratio* [...] Se l’obiettivo è davvero quello di emarginare il più possibile l’applicabilità della sanzione forte, persino nel caso-limite della totale infondatezza del recesso, sarebbe consigliabile una maggior chiarezza da parte del legislatore. Non può bastare un suggerimento o un invito rivolto al giudice per ritenere che la tutela reale diventi assolutamente eccezionale”.

⁶⁶⁴ Discorso più delicato è quello dell’esternalizzazione dell’attività o dell’affidamento del compito lavorativo – laddove ciò sia giuridicamente possibile – ad un lavoratore autonomo ovvero ad un professionista esterno. In tal caso, il risparmio dei costi connessi all’utilizzo di un lavoratore subordinato, la cui attività sia surrogabile con quella di un lavoratore autonomo può giustificare la soppressione del posto.

⁶⁶⁵ Tema connesso a tale ultimo profilo è quello della riconducibilità al motivo oggettivo del c.d. scarso rendimento. Ad un più consistente indirizzo interpretativo che lo riconnette all’inadempimento del lavoratore e dunque al licenziamento disciplinare, si contrappone, infatti, un orientamento ermeneutico che fa rientrare il rendimento del prestatore nell’ambito della utilità della prestazione, la cui verifica sarebbe riconducibile alle prerogative imprenditoriali e a profili di valutazione produttivo-organizzativa: Trib. Milano, 3 aprile 2003, in *LG*, 2003, p. 1166; Cass. 5 marzo 2003, n. 3250, in *RIDL*, 2003, II, p. 689, con nota di ICHINO e CAVALLARO, ricostruisce lo scarso rendimento come fattispecie ambivalente, che può configurare sia un inadempimento, sia, in talune circostanze, un giustificato motivo oggettivo, là dove la prestazione al di sotto di minimi di rendimento “cagioni la perdita totale dell’interesse del datore di lavoro alla prestazione”. È indubbio, tuttavia, che la previsione di una sanzione unica, la reintegrazione, da un lato, e gli atteggiamenti tutto

all'imprenditore e sottratte al sindacato giudiziale, potenzialmente idonee, se non pretestuose, a legittimare un atto di recesso: è il caso del venir meno dell'utilità attesa da una prestazione lavorativa.

Il dubbio di fondo che si sta ponendo tra gli interpreti, in realtà, come si diceva poc'anzi, attiene alla conformità a Costituzione di siffatta moltiplicazione dei regimi sanzionatori; e, prima ancora, se lo sia l'individuazione di un regime generale che non contempra più la reintegrazione, bensì, come a me pare, un risarcimento economico quale "sanzione-perno"⁶⁶⁶ nell'ambito applicativo dell'art. 18.

La risposta non è agevole, ma in ogni caso va cercata affiancando al binomio legittimo/illegittimo un genitivo indispensabile, vale a dire confrontando la situazione "solo" con la Costituzione. Non è infatti condivisibile la prospettiva, talvolta adottata, di esame della riforma alla luce del diritto vivente: se invero il percorso – peraltro tutt'altro che lineare – della giurisprudenza è sempre un importantissimo ausilio quando si deve interpretare una nuova normativa, perché si può fare tesoro dell'esperienza, è altresì vero che considerare l'interpretazione, fosse pure consolidata, del diritto previgente quale limite all'applicazione della novità legislativa significa fissare un limite indiretto e, si passi, improprio alla funzione legislativa ordinaria, che può essere vincolata e, al più, arrestata, solo dinanzi al "confine" della Carta costituzionale e nella consapevolezza che quest'ultima fa convivere valori talvolta contrapposti, il cui bilanciamento non è dunque agevole, né per il legislatore, né per l'interprete⁶⁶⁷.

In buona sostanza, il legislatore, pur nella sua contraddittorietà, potrebbe avere scelto – e francamente così pare – di portare avanti e forse a completamento un sistema sanzionatorio nel quale la reintegrazione è destinata alle ipotesi estreme (discriminazione o motivo illecito unico e determinante) di licenziamento ovvero alle situazioni nelle quali la professionalità/dignità è messa in gioco per effetto di "accuse" non vere, infamanti, o quando si discute di colpevolezza del prestatore: condizioni potenzialmente in grado di incidere sul rientro del lavoratore nel mercato.

Qui non si tratta, però, di essere o meno "ideologicamente" a favore o contro la tutela reale⁶⁶⁸, quanto di indagare se, a legislazione vigente (e che difficilmente verrà rivista da questo o dal prossimo Parlamento), possa ancora sostenersi una "centralità" della sanzione ripristinatoria.

sommato "restrittivi" della giurisprudenza, dall'altro, abbiano, per molto tempo, sottratto terreno alla disputa: ora, invece, la diversificazione delle tutele potrebbe rendere più "appetibile" la riconduzione dello "scarso rendimento" al giustificato motivo oggettivo, soprattutto nella misura in cui si dovesse diffondere un'applicazione giurisprudenziale "moderata" della tutela reintegratoria per "manifesta insussistenza".

⁶⁶⁶ Sulla centralità "etica" della reintegrazione, come segnale della reazione dell'ordinamento all'uso illegittimo dei poteri riconosciuti all'imprenditore, sono ancora attuali le riflessioni di D'ANTONA, *La reintegrazione nel posto di lavoro*, Cedam, Padova, 1979.

⁶⁶⁷ Il dibattito su quest'ultimo, essenziale profilo è vastissimo. Mi pare opportuno però, un recente scritto di MAZZOTTA, *Il giudice del lavoro, la Costituzione e il sistema giuridico: fra metodo e merito*, in *RIDL*, 2013, I, p. 235, il quale, chiamato ad intervenire su un "accesso" scambio di opinioni in merito al ruolo del giudice del lavoro, offre spunti di riflessione ed un invito al dialogo che andrebbero ripresi.

⁶⁶⁸ Personalmente ho manifestato in altri occasioni (mi permetto di rinviare a: GARGIULO, *Sulla sanzionabilità ex art. 388 cpv. c.p. dell'omessa reintegrazione del lavoratore illegittimamente licenziato*, in *RGL*, 2000, II, p. 320; GARGIULO, *Licenziamento e lavori atipici: brevi note alla luce del Libro Verde*, in ZOPPOLI L., DELFINO (a cura di), *Flexicurity e tutele del lavoro tipico e atipico in Italia e in Germania*, Ediesse, Roma, 2008, p. 125), la mia attenzione per lo strumento ripristinatorio, ma credo pure che si debba tener conto delle scelte legislative, anche quando non si condividono, a meno che non siano da considerare costituzionalmente illegittime.

L'unico modo per interpretare il sistema lasciando al centro la reintegrazione, in effetti, dovrebbe passare per la dimostrazione della sua "costituzionalizzazione"⁶⁶⁹: dimostrazione che, pur riconoscendo l'indubbio fascino delle ricostruzioni che la ipotizzano, non è dato ancora leggere in termini di certezza.

Del resto la Corte costituzionale, quasi quarant'anni fa, ha affermato che "la tipizzazione di diverse fattispecie, ai fini di una disciplina non uniforme dei licenziamenti individuali, sfugge, per se stessa a censure sotto il profilo della razionalità, ponendo in luce valutazioni discrezionali di politica legislativa, aventi riguardo ad equilibri economico-sociali che ne hanno consigliato l'adozione nell'interesse generale"⁶⁷⁰. Ora, se è vero che la Consulta, con una giurisprudenza confermata poi nel tempo⁶⁷¹, era chiamata in quel caso a valutare la coerenza con la Costituzione di un regime differenziato di tutele in relazione alle dimensioni dell'impresa, è altresì vero che il riferimento agli "equilibri economico-sociali" è di per sé idoneo ad essere esteso a situazioni anche molto diverse dal mero profilo dimensionale e, con riguardo al licenziamento per ragioni economiche, forse pure a fondare una valutazione di coerenza delle scelte recenti del legislatore con gli equilibri costituzionali nel loro complesso.

5. *Repêchage* e fattispecie del giustificato motivo oggettivo

Alla luce di quanto detto appare essenziale domandarsi se il c.d. *repêchage* costituisca o meno un elemento della fattispecie del giustificato motivo oggettivo. La domanda, prima della riforma, poteva anche essere elusa e lo è stata: l'esistenza di un'unica sanzione nell'area di applicazione dell'art. 18, insieme ad un atteggiamento della giurisprudenza che, nello scrutinare le ragioni del licenziamento, considerava sempre essenziale la verifica circa la sussistenza di alternative al recesso, ha messo sovente la sordina al tema, di cui si è occupata soltanto la dottrina⁶⁷², talora con l'atteggiamento di chi è cosciente di affrontare un aspetto significativo sul piano dogmatico, ma destinato ad avere scarsa portata applicativa.

La giurisprudenza degli ultimi anni, infatti, sebbene con accenti diversi, non ha più messo in discussione la necessità di verificare che l'imprenditore abbia ricercato effettivamente un percorso alternativo prima di adottare la soluzione "estrema" del licenziamento; talvolta, anzi, la possibilità di ricollocazione del lavoratore è stata oggetto di un ventaglio di soluzioni giudiziali "creative" non

⁶⁶⁹ Quanto ai limiti posti dall'art. 30 della Carta di Nizza v. CALCATERRA, *Diritto al lavoro e diritto alla tutela contro il licenziamento ingiustificato. Carta di Nizza e Costituzione italiana a confronto*, in WP CSDLE "Massimo D'Antona".INT, n. 58, 2008; ORLANDINI, *La tutela contro il licenziamento ingiustificato nell'ordinamento dell'Unione Europea*, in DLRI, 2012, 619.

⁶⁷⁰ Corte cost. 6 marzo 1974, n. 55. Alla costituzionalizzazione della reintegrazione dovrebbe poi conseguire, in coerenza, l'estensione dello strumento ripristinatorio a tutte le ipotesi di licenziamento, indipendentemente dall'ambito nel quale ha luogo il recesso. È noto, però, come la giurisprudenza costituzionale, all'opposto, abbia in diverse occasioni dichiarato legittima l'esistenza di una pluralità di percorsi sanzionatori, giudicandoli compatibili con l'art. 3. Cost.

⁶⁷¹ V. Corte cost. 19 giugno 1975, n. 152, 8 luglio 1975, n. 189, Corte cost. 23 novembre 1994, n. 398; Corte cost. 23 febbraio 1996, n. 44.

⁶⁷² Su origine e fondamento del *repêchage* v. CALCATERRA, *La giustificazione oggettiva del licenziamento. Tra impossibilità sopravvenuta ed eccessiva onerosità*, Editoriale Scientifica, 2008, specialmente p. 277 ss.

sempre condivisibili⁶⁷³ o comunque destinate a moltiplicare l'incertezza degli operatori e, per converso, ad accrescere la discrezionalità del giudice.

Va peraltro segnalato, al contempo, che più di recente altro orientamento⁶⁷⁴ ha operato una rilettera della distribuzione dell'onere probatorio, determinando un'attenuazione del *repêchage*⁶⁷⁵: pur gravando sul datore l'onere di provare l'impossibilità di adibire il prestatore ad altre mansioni equivalenti all'interno dell'azienda, occorre quindi che il lavoratore, impugnando il licenziamento, allegghi (quanto meno) l'esistenza di altri posti nei quali possa essere utilmente impiegato⁶⁷⁶.

Discorso diverso sembra profilarsi dopo la novella in esame: già una parte della giurisprudenza di merito, infatti nell'applicare il nuovo art. 18, connette alle carenze di prova del datore in tema di ricerca di alternative per la ricollocazione del lavoratore la conseguenza risarcitoria prevista al comma 5 e non la reintegrazione, ritenendo appunto che in tal caso non si possa privare di effetti l'atto di recesso⁶⁷⁷ che risulti, per altri profili, giustificato.

Mentre dunque in precedenza la dottrina appariva quasi rassegnata all'idea che il concetto fosse così cristallizzato nella giurisprudenza da essere considerato, *bon gré mal gré*, un dato ormai imprescindibile nella valutazione circa la ricorrenza di un motivo legittimo⁶⁷⁸ e ci si era concentrati sul tentativo di limitare gli orientamenti più estremi e potenzialmente distorsivi, la bipartizione sanzionatoria disegnata nel nuovo art. 18 appare idonea a consentire una ripresa della riflessione sugli elementi costitutivi della fattispecie, la cui sola carenza manifesta può, in ipotesi, determinare ancora oggi il ripristino del posto di lavoro.

Ora, pur senza arrivare a definire il *repêchage* una "incrostazione "paternalistica" introdotta dalla giurisprudenza"⁶⁷⁹, appare francamente difficile riuscire a considerarlo come elemento strutturale delle "ragioni" di un licenziamento⁶⁸⁰, se non ricorrendo al concetto di limite esterno

⁶⁷³ Si è fatto riferimento alla ricollocabilità del lavoratore oltre che in mansioni inferiori, anche presso società appartenenti allo stesso gruppo, semmai utilizzando lo strumento del distacco, oppure utilizzando il lavoratore in mansioni alle quali il dipendente può essere assegnato all'esito di un percorso formativo o facendo ricorso al part-time. Esamina criticamente questi orientamenti "estensivi" del *repêchage*, PISANI, *Il repêchage nel licenziamento per motivi oggettivi: la "creazione" si espande al pari dell'incertezza*, in *MGL*, 2013, 4, p. 186.

⁶⁷⁴ Segnala questo "temperamento" interpretativo della Cassazione SANTORO PASSARELLI G., *Licenziamento per giustificato motivo oggettivo e tutela risarcitoria*, in *DRI*, 2013, p. 152.

⁶⁷⁵ In questi termini MAGNANI, *Genesi e portata di una riforma del lavoro*, in MAGNANI, TIRABOSCHI (a cura di), *La nuova riforma del lavoro*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 11. In giurisprudenza, da ultimo, Cass. 12 febbraio 2014, n. 3224, in *DJ*.

⁶⁷⁶ Cass. 18 marzo 2010, n. 6559; Cass. 8 febbraio 2011, n. 3040, tutte in *DJ*.

⁶⁷⁷ È il caso di Trib. Milano 20 novembre 2012, in *RIDL*, 2013, II, p. 654; Trib. Varese 4 settembre 2013, in *FI*, 2013, I, c. 3333. Dà atto dei primi orientamenti della giurisprudenza di merito BIASI, *Il nuovo articolo 18 dopo un anno di applicazione giurisprudenziale: un bilancio provvisorio*, in *ADL*, 2013, II, p. 1235.

⁶⁷⁸ Secondo Cass. 13 giugno 2012, n. 9656: "Trattasi di orientamento diretto a realizzare il miglior equilibrio possibile tra i diversi interessi delle parti interessate in materia, che trae la sua ispirazione dal rilievo attribuito al lavoro dall'Ordinamento giuridico, in primo luogo dalla Carta costituzionale, per cui il relativo sacrificio nell'interesse oggettivo dell'impresa deve essere sostenuto dalla effettività e rilevanza di quest'ultimo e rappresentare pertanto l'*extrema ratio*, per l'assenza di soluzioni alternative possibili". V., anche, tra le più recenti, Cass. 26 marzo 2010, n. 7381, in *DJ*.

⁶⁷⁹ Così CARINCI F., *Ripensando il "nuovo" articolo 18*, cit., p. 334.

⁶⁸⁰ Diversamente da quanto accade nell'ordinamento tedesco, nel quale la possibilità di reimpiego del lavoratore fa sì che il licenziamento risulti privo di "giustificazione sociale": così il § 1 del Kündigungsschutzgesetz (KSchG). V. al riguardo le riflessioni, in ottica comparata, di SANTAGATA, *Il recente dibattito dottrinale e giurisprudenziale sui licenziamenti nel diritto tedesco*, in *DML*, 2012, p. 560. Per uno sguardo approfondito sugli altri ordinamenti europei: NOGLER, *La nuova disciplina dei licenziamenti ingiustificati alla prova del*

all'esercizio del potere datoriale di recedere dal rapporto di lavoro.

Il discorso, secondo alcuni ruota attorno al concetto di *extrema ratio*, di cui il *repêchage*, almeno nella prospettiva che viene accolta in giurisprudenza, è figlio se non legittimo, certamente riconosciuto⁶⁸¹. In effetti, ci si dovrebbe domandare se possa ancora ragionarsi in siffatti termini in un contesto ordinamentale caratterizzato (tuttora) da ipotesi di recesso *ad nutum* e soprattutto da una tutela obbligatoria che è residuale sul piano tecnico ma non certo su quello dei numeri.

In realtà, per restare al tema di queste pagine, il legislatore – quanto consapevolmente è profilo che esorbita dal compito dell'interprete – detta una disciplina che prescinde dalla ricostruzione teorica del c.d. ripescaggio. Anche a voler considerare la ricollocazione quale elemento della fattispecie – che dunque non sussiste qualora sia individuabile una ragione oggettiva astrattamente legittima, ma manchi la verifica di ricollocabilità del lavoratore ovvero essa conduca a reperire un'alternativa occupazionale – è indubbio che la legge consideri il recesso illegittimo ma efficace, riconnettendo la reintegrazione alla sola ipotesi di insussistenza manifesta della ragione giustificativa.

La novella sembra dunque devitalizzare le opinioni che, sotto la vigenza del “vecchio” testo dell'art. 18, consideravano il *repêchage* quale elemento della fattispecie; la biforcazione sanzionatoria, infatti, non pare risentire della ricostruzione dogmatica “a monte” del concetto di giustificato motivo ed anzi, come si è premesso, la riscrittura dell'apparato sanzionatorio ha proprio lo scopo di aggirare i nodi interpretativi inerenti alle causali di recesso.

A conferire centralità al concetto, si è detto che il controllo sul rispetto del *repêchage* altro non sarebbe che la “verifica più dettagliata e in una prospettiva per così dire negativa”⁶⁸² dell'esistenza del nesso causale tra decisione organizzativa e posizione del prestatore di lavoro. In realtà siffatta lettura è fondata sul presupposto, per vero discutibile, se ben se ne comprende la portata, che il licenziamento individuale per giustificato motivo oggettivo sia, a differenza di quello collettivo, diretto a “ridurre il personale in senso qualitativo”.

Proprio l'attuale polimorfismo sanzionatorio dell'art. 18⁶⁸³, che individua espressamente i motivi “altri”, diversi da quello dichiarato come oggettivo (essenzialmente: motivo discriminatorio ovvero motivazione disciplinare simulata), sanzionando con la reintegrazione l' “abuso” di

diritto comparato, in *DLRI*, 2012, p. 661; PEDRAZZOLI M. (a cura di), *Le discipline dei licenziamenti in Europa. Ricognizioni e confronti*, Franco Angeli, Milano, 2013.

⁶⁸¹ Sulla relazione tra *extrema ratio* e *repêchage* v. NOGLER, *La disciplina dei licenziamenti*, cit.

⁶⁸² CARINCI M. T., *Il giustificato motivo oggettivo nel rapporto di lavoro subordinato*, Cedam, Padova, 2005. Il concetto è ripreso anche in CARINCI M. T., *Clausole generali, certificazione e limiti al sindacato del giudice. A proposito dell'art. 30, l. 183/2010*, in *Studi in onore di Tiziano Treu*, Jovene, Napoli, 2011, p. 787, là dove l'Autrice ribadisce trattarsi di “un'ulteriore verifica, questa volta in senso negativo, dell'esistenza del nesso causale fra decisione organizzativa e posizione del singolo lavoratore, nel senso che il giudice sarebbe chiamato a valutare se in ipotesi non esista un collegamento fra posizione del lavoratore ed un interesse del datore di lavoro *diverso da quello tecnico-organizzativo protetto dall'ordinamento*”.

⁶⁸³ Secondo CARINCI F., *Il licenziamento economico individuale nel contesto dell'art. 18*, relazione tenuta il 27 novembre 2013 presso la Scuola Superiore della Magistratura, p. 13 del dattiloscritto, il regime di tutela dell'art. 18 dà “l'impressione di volersi ispirare ad una logica sequenziale, peraltro vista e valutata dalla prospettiva della controparte datoriale. Sembra qui emergere quella inversione di marcia che, con l'accattivante terminologia inglese, viene indicata come la transizione dalla *job property* alla *liability rule*, se pur in una variante per così dire “etica”, nel senso di una tutela costruita in modo da correlare il costo di un licenziamento ingiustificato al grado di “scusabilità dell'errore del datore di lavoro””.

quest'ultimo, impedisce, a mio avviso, siffatta lettura "in negativo". La mancata prova in ordine alla possibilità di ricollocare il dipendente in altra posizione, professionalmente equivalente, dell'organizzazione, non potrà, alla luce del nuovo dettato normativo, essere considerata di per sé sintomatica dell'assenza di una legittima e reale scelta organizzativa che giustifichi la soppressione del posto, dovendo essere accompagnata dalla prova di quale sia, nello specifico, la diversa ragione che abbia condotto alla decisione di licenziare e solo in tale caso, se essa risulti discriminatoria ovvero surrettiziamente disciplinare, determinare la reintegrazione del lavoratore.

Altra dottrina ha poi individuato nella possibilità di continuare ad occupare il lavoratore in altra posizione un "limite esterno, imposto dall'art. 3 stesso, ma distinto dalla sussistenza della modifica organizzativa che porta alla soppressione del posto di lavoro"⁶⁸⁴, talora chiarendo che il c.d. ripescaggio non va ricondotto all'incerta nozione di *extrema ratio*, accolta e tralaticciamente ripetuta dalla giurisprudenza, ma è una conseguenza della ricostruzione dell'oggetto dello scambio negoziale come riferibile alla professionalità, anche potenziale, del lavoratore; il quale, come può essere chiamato a svolgere mansioni diverse da quelle di assunzione, nell'area di equivalenza tracciata dalla professionalità potenziale, così, all'atto del recesso, vede disegnato da quei medesimi confini l'ambito entro il quale va effettuata la verifica circa l'inevitabilità di sopprimere la sua posizione lavorativa. In questi termini "il ripescaggio resta circoscritto nei rigorosi limiti del regolamento contrattuale così come liberamente voluto dalle parti"⁶⁸⁵.

Siffatta suggestiva lettura affianca due piani destinati inevitabilmente – stante l'indubbio legame tra contratto di lavoro e organizzazione – ad intrecciarsi: l'oggetto dello scambio negoziale, i suoi confini ed i margini di utilizzo della professionalità nella fase di esecuzione del contratto di lavoro subordinato, da un lato, e i limiti alla scelta organizzativa che determini la soppressione del posto nel quale la medesima professionalità viene impiegata, dall'altro.

Si tratta, invero, delle classiche due facce della stessa medaglia, una inerente alla "fisiologia" del rapporto, l'altra alla delicata fase di risoluzione del contratto. Del resto è quanto meno discutibile, sul piano interpretativo, adottare due distinte nozioni di professionalità: una "aperta", potenziale, per effetto della quale il prestatore può essere legittimamente impiegato non solo nei compiti che sa svolgere ma anche in ciò che dovrebbe o potrebbe saper fare come sviluppo della sua capacità professionale, ed un'altra, da utilizzare allorché si ponga in discussione il contratto stesso, che riduca la professionalità ad una fotografia statica di ciò che il lavoratore ha fatto fino ad allora.

La riflessione riporta, quindi, al collegamento con la disciplina della mobilità professionale. Nel momento in cui si accoglie una nozione dinamica di equivalenza professionale, nel contesto di una (da più parti auspicata) rilettura aggiornata dell'art. 2103 c.c.⁶⁸⁶, ne discende, appunto, che dovranno essere proprio i confini dell'equivalenza l'ambito entro il quale si potrà/dovrà verificare

⁶⁸⁴ Sono parole di NOGLER, *La disciplina dei licenziamenti individuali nell'epoca del bilanciamento tra i "principi" costituzionali*, in *DLRI*, 2007, p. 648, il quale riprende, con taluni distinguo, le posizioni di LISO, *La mobilità del lavoratore in azienda: il quadro legale*, Franco Angeli, Milano, 1982, p. 72 ss. e ZOLI, *La tutela delle posizioni strumentali del lavoratore*, Giuffrè, Milano, 1988, p. 158.

⁶⁸⁵ NOGLER, *La disciplina dei licenziamenti*, cit., p. 650.

⁶⁸⁶ Si consenta, per esigenze di sintesi, di rinviare a GARGIULO, *L'equivalenza delle mansioni nel contratto di lavoro*, Rubbettino, Soveria Mannelli (CZ), 2008.

l'impossibilità di recupero del lavoratore.

Il *repêchage*, in questa prospettiva non è, cioè, il tentativo, non privo di coloriture paternalistiche, di preservare il posto di lavoro del singolo, talvolta sotteso ad alcuni richiami all'*extrema ratio*, ma un corollario della rigorosa applicazione della logica del contratto di lavoro, in base alla quale se viene stipulato un accordo che fa "acquistare" una professionalità, i cui confini di utilizzo sono disegnati dall'ambito di equivalenza accolto nella specifica organizzazione produttiva – e qui viene in rilievo, inevitabilmente, l'ausilio imprescindibile delle classificazioni professionali operate dalla contrattazione collettiva⁶⁸⁷ – sarà sempre nell'ambito di quei medesimi confini che si dovrà valutare la legittimità della risoluzione.

Il recesso è dunque legittimo se, e nella misura in cui, il datore di lavoro non è in grado di utilizzare la professionalità oggetto dello scambio, in quanto essa non è più utile alla sua organizzazione: o perché è soppresso del tutto il profilo che la identifica ovvero perché le postazioni di lavoro che ne prevedono l'impiego sono tutte già occupate.

Accolto, quindi, un concetto di *repêchage* che va letto nella prospettiva di garanzia dell'oggetto dello scambio contrattuale, piuttosto che di salvataggio "ad ogni costo" del posto di lavoro, appare evidente che la sua carenza non configuri *di per sé* una manifesta insussistenza del fatto, anche nella lettura qui condivisa, di sovrapposizione tra fatto e ragione giustificativa del recesso. L'inosservanza del *repêchage* può, cioè, alla luce della nuova disciplina, ricadere anch'essa, al pari delle violazioni relative agli altri elementi del giustificato motivo oggettivo, nell'ambito dell'alternativa insussistenza "semplice"/insussistenza *manifesta* con effetti sul connesso binomio indennizzo/reintegrazione.

Così come, nella lettura che si è inteso accogliere, ritenendola più aderente al nuovo testo dell'art. 18, la carenza di uno degli estremi del giustificato motivo oggettivo non conduce "automaticamente" alla reintegrazione, identica sorte toccherà alla violazione del *repêchage*; ché altrimenti si registrerebbe un'ulteriore incongruenza sistematica, vale a dire che la non ricorrenza degli estremi del giustificato motivo condurrebbe al risarcimento, mentre la violazione di un limite esterno alla fattispecie determinerebbe la più grave reintegrazione.

Appare in definitiva più corretta un'interpretazione che non costruisca una improbabile graduatoria tra i vizi del recesso per ragioni oggettive, laddove il legislatore sembra muoversi in direzione opposta, e soprattutto eviti di collegare la sanzione più dura alle "infrazioni" che, incrociando in via mediata la ragione giustificativa del licenziamento, si pongono a valle della medesima.

Per evitare di incrementare gli elementi di incertezza, si può tentare, in conclusione e su un piano più operativo, una lettura "mediana" del *repêchage*, compatibile con l'alternativa tra insussistenza manifesta e carenza degli estremi del giustificato motivo oggettivo.

⁶⁸⁷ Chiariscono utilità e limiti del ricorso alle determinazioni contenute nei contratti collettivi: Cass. 20 marzo 2004, n. 5651, in *DJ*; Cass. 9 aprile 1992, n. 4314, in *RIDL*, 1993, II, p. 287, con nota di GHINOY; Cass. 23 novembre 1995, n. 12121, in *DL*, 1996, II, p. 356; Cass. 23 gennaio 1988, n. 539, in *NGL*, 1988, p. 313; Cass. 8 febbraio 1985, n. 1038, in *FI*, 1986, I, c. 149. Si vedano anche le decisioni richiamate da BETTINI, *Mansioni e qualifiche del lavoratore nel dialogo fra dottrina e giurisprudenza*, in *DL*, 1997, I, p. 293; Corte giust. CE 6 luglio 1982, *Commissione delle comunità europee c. Regno Unito di Gran Bretagna e d'Irlanda del Nord*, causa C-61/81, in *RIDL*, 1983, II, p. 834.

Potrebbe invero scindersi, quanto al profilo dell'incidenza sulla verifica di legittimità della causale, l'ipotesi nella quale in azienda sussista la vacanza di una posizione lavorativa identica a quella soppressa o che, in prossimità del licenziamento, venga coperta con altra assunzione, dalla situazione nella quale l'utilizzo del lavoratore debba avvenire nell'ambito di una posizione professionalmente equivalente, ma in un posto "organizzativamente" differente: soltanto in questo secondo caso, peraltro, si avrebbe *repêchage* in senso stretto⁶⁸⁸.

Pur adottando una lettura della professionalità (e dell'equivalenza) aperta e dinamica, non può invero prescindersi dal fatto che una prestazione lavorativa deve sempre essere innervata in un'organizzazione: possono cioè esistere, ovviamente, due posizioni lavorative professionalmente identiche (mansioni equivalenti e identica qualifica contrattuale) ma organizzativamente distinte. È però diverso il discorso se le due professionalità sono connesse ad un'identica posizione organizzativa, distinguendosi soltanto il luogo (in ipotesi: due posizioni di autista in diverse sedi dell'azienda) e/o il tempo (ad esempio: due posizioni di cassiere di supermercato, inserite in turni differenti) di esecuzione della prestazione.

Orbene, se il giudice accerta il mancato riutilizzo del lavoratore licenziato in posizioni "solo" professionalmente equivalenti, qualora impone la reintegrazione finisce per investire l'organizzazione da altri prescelta, con tutti i rischi concreti più volte evidenziati, ma anche con il pericolo di violazione dell'art. 30, l. 183/2010 e, in fondo, degli stessi orientamenti della giurisprudenza, la quale almeno in astratto ribadisce di non essere legittimata a sindacare il merito delle scelte imprenditoriali; mentre nel caso di posizioni professionalmente equivalenti e surrogabili sul piano organizzativo la verifica giudiziale ha ad oggetto la specifica scelta datoriale posta a fondamento del licenziamento.

Alla luce della nuova formulazione dell'art. 18, soltanto la verifica di coincidenza di una posizione organizzativa e, al contempo, professionale equivalente rispetto a quella soppressa potrebbe configurare un'*insussistenza manifesta* del fatto/ragione e, quindi, determinare la reintegrazione; mentre la possibilità di reimpiego del lavoratore, utilizzando la professionalità dello stesso in un differente ambito dell'assetto organizzativo, inciderebbe sulla valutazione del comportamento datoriale in termini, al più, di buona fede e, di conseguenza, non risultando "evidente", unicamente sull'ammontare del risarcimento.

Si potrebbero fare altre considerazioni, ma non è utile continuare in assenza di un numero significativo di pronunce, soprattutto da parte del giudice di legittimità. È indubbio, invero, per le tante ragioni espresse in premessa, che, anche in questo caso, l'interpretazione che finirà per consolidarsi in giurisprudenza determinerà l'assestamento di un testo non privo di ambiguità e il prevalere di logiche di resistenza ovvero di cambiamento⁶⁸⁹.

Per questo motivo nelle prossime pagine ci si dedicherà a profili di (apparente) dettaglio, in grado anch'essi, tuttavia, di condizionare l'operatività della norma ed incidere su quella che si è definita come "convenienza" applicativa del ricorso alla causale oggettiva.

⁶⁸⁸ Sono consapevole che un "punto debole" del ragionamento potrebbe individuarsi nell'assenza, nel lavoro privato, di obblighi di formalizzazione dell'assetto organizzativo e della dotazione di personale; si tratta di obiezione che, però, prova troppo, non avendo sinora impedito alla giurisprudenza un intervento incisivo, ricorrendo a concetti talora anche decisamente dilatati di verifica della disponibilità aziendale alla ricollocazione dei dipendenti.

⁶⁸⁹ Non intendo dare ai termini di *resistenza* e *cambiamento* alcuna valenza sul piano assiologico, ma accenno nel testo solo ad una capacità "dinamica" del testo novellato.

6. La ripartizione dell'onere della prova

Il testo del nuovo art. 18 non sembra apportare significative innovazioni in tema di prova, relativamente cioè alla ripartizione dell'onere. È ovvio, tuttavia, che sul terreno "pratico" della gestione del processo, il lavoratore avrà interesse a (e talora necessità di) provare che il fatto giustificativo del licenziamento economico, addotto dal datore ed eventualmente da questi asseverato, sia *manifestamente insussistente*.

Si potranno infatti verificare due situazioni: anzitutto che l'insussistenza del fatto giustificativo si appalesi come *manifesta* all'esito di una prima fase dell'istruttoria, qualora il datore di lavoro, tenuto a fornire la prova della ragione del licenziamento, non ci riesca: non dimostri al giudice la sussistenza di alcun sostrato materiale (*id est*: organizzativo) alla decisione di licenziare ovvero del necessario collegamento causale con il recesso individuale. Si pensi al caso di una motivazione di tipo produttivo ovvero organizzativo che appaia da subito come pretestuosa, in quanto vistosamente contraddetta dalle emergenze istruttorie⁶⁹⁰.

La seconda ipotesi, molto più realistica, è che il datore deduca e provi in giudizio la sussistenza di una ragione astrattamente idonea alla giustificazione del licenziamento, come ad esempio la programmazione o anche l'inizio di realizzazione di una riorganizzazione aziendale la quale, nella motivazione del licenziamento, costituisca il presupposto della decisione di risolvere il contratto di lavoro. Sarà in tal caso il lavoratore, necessariamente, a dover dimostrare che "il fatto non sussiste", perché, sempre a mo' di esempio, quella riorganizzazione è fittizia, nel senso che non è mai stata programmata né attuata, ma soltanto dichiarata al fine di licenziare il dipendente oppure che la scelta organizzativa non abbia alcuna ricaduta sulla sua posizione lavorativa. Del resto, addossare al datore anche questo tipo di prova "negativa" appare discutibile sul piano teorico e privo di utilità, se non addirittura controproducente, su quello pratico: il datore di lavoro dovrebbe invero dimostrare che esista il fatto o meglio che esso, qualora provato nella sua materialità, *non sia* manifestamente insussistente.

7. L'indicazione dei motivi di licenziamento nella procedura ex art. 7, l. 604/1966

Richiamando i rilievi anticipati all'inizio di questo scritto, in merito al vantaggio applicativo del nuovo regime di sanzione dell'illegittimità del licenziamento per giustificato motivo oggettivo, va ora dedicata qualche riflessione alla procedura di conciliazione obbligatoria introdotta dalla legge, che novella sul punto la disciplina dell'art. 7, l. 604/66.

Da più parti è stata salutata positivamente questa novità, introdotta dall'art. 1, co. 40, l. 92/2012. Si è osservato come attraverso di essa, in qualche maniera, il licenziamento individuale per giustificato motivo oggettivo è stato equiparato ai licenziamenti disciplinare⁶⁹¹ e collettivo, per i quali è prevista una procedura anticipata rispetto alla comunicazione di recesso.

Si è anche evidenziata la necessità di arginare i tentativi di abuso del procedimento da parte del

⁶⁹⁰ Si può ipotizzare – paradossalmente, ma a fini di esemplificazione – il caso in cui il datore abbia addotto una crisi di vendite dei prodotti, contraddetta poi da dati pubblici circa le vendite medesime, risultati semmai in crescita o sostanzialmente invariati.

⁶⁹¹ È questa l'opinione di DE ANGELIS, *Art. 18 dello Statuto dei lavoratori e processo: prime considerazioni*, in *WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT*, n. 152, 2012, p. 4.

lavoratore⁶⁹², che tenti di dilatare lo svolgimento della procedura e ritardare così l'adozione del provvedimento risolutivo. Va però segnalata anche la possibilità che ad abusare dello strumento introdotto dalla riforma sia il datore di lavoro.

L'art. 7, l. 604/66 prevede infatti che il datore comunichi al lavoratore la propria intenzione di procedere ad un licenziamento per motivo oggettivo, indicandogli altresì "i motivi del licenziamento medesimo nonché le eventuali misure di assistenza alla ricollocazione del lavoratore"⁶⁹³. A stretto rigore, dunque, il soggetto che invochi un giustificato motivo oggettivo deve, al più, attivarsi per un'iniziativa di *outplacement*, ma non anche indicare, sin da allora, l'assenza di concrete possibilità di reimpiego del prestatore, che non è riconducibile né ai "motivi" del recesso, né alle "misure di assistenza alla ricollocazione"⁶⁹⁴ del lavoratore.

Conferma di questa lettura viene dal residuo testo dell'art. 7, l. 604/1966, nel quale l'esame di eventuali "soluzioni alternative al recesso" è lasciata al "vivo" della procedura, rimessa alle parti, "con la partecipazione attiva della commissione"⁶⁹⁵. Ciò pare avvalorare l'interpretazione che, in assenza di richieste in tal senso, da parte del lavoratore o della commissione, il datore non sia tenuto perentoriamente, in questa sede, all'individuazione di ambiti di possibile *repêchage*.

In tal caso il datore potrebbe limitarsi a dichiarare, ricorrendo ad una clausola di stile frequente nella prassi, che non esiste la possibilità di utilizzare il lavoratore in altre posizioni lavorative rispettando il vincolo dell'equivalenza delle mansioni. Così facendo porterebbe la controparte a passare all'attacco, forse già nella fase stragiudiziale, ma certamente in quella di impugnazione giudiziale del licenziamento, spingendo il lavoratore ricorrente a contestare l'impossibilità di *repêchage*, indicando semmai le ricollocazioni endo-aziendali che ritiene di identificare⁶⁹⁶.

Il datore convenuto (e tenuto a provare la legittimità del recesso) potrà così confinare la sua prova al solo ambito produttivo oggetto dell'avversa censura, senza dover affrontare un onere probatorio che abbracci, sul piano del contenuto, l'intero assetto organizzativo.

8. Ricadute sulla decorrenza della prescrizione

Qualche cenno conclusivo va, poi, effettuato riguardo alla relazione, affatto trascurabile, ma finora poco indagata, tra riforma dell'art. 18, proprio con riferimento alle conseguenze della

⁶⁹² BORGHESI, *Licenziamenti: tentativo di conciliazione e procedimento speciale*, in CARINCI F., MISCIONE, *Commentario alla Riforma Formosa*, cit., p. 14, le definisce come "possibili (e comprensibili) azioni di *filibustering*".

⁶⁹³ Si sofferma su questo aspetto CARINCI F., *Ripensando il "nuovo" articolo 18*, cit., p. 334, il quale osserva: "Se ne potrebbe dedurre che, come nella procedura prevista per il licenziamento collettivo anche in questa che la riecheggia, se pur alla lontana, la possibilità di un posto venga lasciata alla trattativa fra le parti; fermo restando che se condotta dal datore in mala fede, lo esporrà alla corresponsione dell'indennità risarcitoria di cui all'articolo 18, comma 7".

⁶⁹⁴ Nella circolare n. 3 del 16 gennaio 2013, p. 6, il Ministero del Lavoro fa proprio l'orientamento della Suprema Corte (Cass. 23 marzo 2011, n. 6625), ritenendo che tali misure "non necessariamente debbano avere la caratteristica del lavoro subordinato, ben potendo l'offerta riguardare una prospettiva di lavoro autonomo o in cooperativa".

⁶⁹⁵ Sembra questa la prospettiva accolta anche dal Ministero del Lavoro, che nella circolare 3/2013 citata alla nota precedente, definisce la partecipazione della commissione quale "attività mediatrice" anche in ordine a quelle che definisce, in maniera (forse volutamente) atecnica, "forme alternative al recesso (ad esempio, il ricorso al tempo parziale, il trasferimento, l'occupazione presso altro datore di lavoro, l'offerta di una collaborazione autonoma anche presso altri datori di lavoro, il distacco temporaneo, l'attribuzione di altre mansioni)", raggruppando, dunque, sotto un medesimo ombrello, figure giuridiche assai distinte quanto a struttura, funzioni e presupposti applicativi.

⁶⁹⁶ Si veda, al riguardo, la giurisprudenza richiamata alla nota 79.

dichiarazione di illegittimità di un licenziamento per motivo oggettivo con riconoscimento del diritto alla sola tutela risarcitoria – ipotesi che dovrebbe risultare percentualmente preponderante – e decorrenza della prescrizione dei diritti del lavoratore nel corso del rapporto di lavoro.

Non è ovviamente il caso di riprendere concetti noti⁶⁹⁷, ma è utile ricordare, in premessa, come il presupposto dell'inapplicabilità della sospensione della decorrenza dei termini di prescrizione in corso di rapporto ai contratti di lavoro assistiti da una tutela reale, fosse proprio la possibilità di rimuovere gli effetti del licenziamento illegittimo⁶⁹⁸: situazione carente nell'ipotesi in cui, pur accertata l'illegittimità del licenziamento, il giudice "dichiara risolto il rapporto di lavoro", condannando il datore al pagamento dell'indennità risarcitoria onnicomprensiva.

La rilettura di questi principi conduce con sé la sensazione – non condivisa evidentemente in dottrina da tutti i commentatori⁶⁹⁹ – che tale pre-condizione sia ormai vistosamente venuta meno e, a mio avviso, principalmente ed essenzialmente proprio per effetto della riforma dell'art. 18 con riferimento alle conseguenze di una dichiarazione giudiziale di illegittimità del licenziamento disposto alla luce di un giustificato motivo oggettivo che non abbia "retto" allo scrutinio giudiziale.

Il discorso potrebbe essere allargato, sostenendo cioè che l'intera modifica della disciplina di tutela nell'ambito applicativo della norma dello Statuto porti con sé il venir meno della tutela reale in quanto tale. Il solo fatto che un lavoratore sia esposto nell'intero arco della vita lavorativa al licenziamento illegittimo, rispetto al quale non sia automatico il ripristino del contratto quale "unica" conseguenza della dichiarazione di illegittimità, dovrebbe di per sé condurre a sospendere la decorrenza della prescrizione in corso di rapporto.

Senza contare, poi, che il licenziamento per giustificato motivo oggettivo determina l'espulsione dal contesto produttivo di un soggetto assolutamente "incolpevole", vale a dire che un lavoratore il quale sia irreprensibile e produttivo per tutta la vita lavorativa potrebbe, ad un certo punto, per effetto di scelte sulle quali non può influire in alcun modo, essere esposto ad un atto di risoluzione del suo rapporto di lavoro che, anche qualora illegittimo – ma non fondato su fatti/ragioni manifestamente insussistenti – determini comunque il definitivo scioglimento del vincolo contrattuale.

È indubbio, tuttavia, che la sola eventualità, normativamente considerata, che possa verificarsi siffatta situazione comporti una condizione di debolezza del prestatore di lavoro, accrescendo significativamente quella asimmetria di posizioni che, per effetto di tale incertezza, sfocia in un indubbio squilibrio tra le parti del contratto, portando inevitabilmente il soggetto più debole, perché sottoposto all'altrui potere di recedere, a mettere la sordina alle istanze di rivendicazione dei

⁶⁹⁷ In dottrina, MARESCA, *La prescrizione dei crediti di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1983; GHERA, *La prescrizione dei diritti del lavoratore e la giurisprudenza creativa della corte costituzionale*, in RIDL, 2008, I, p. 3.

⁶⁹⁸ Cass. S.U. 12 aprile 1976, n. 1268, in FI, 1976, I, c. 915, sulla scia della nota giurisprudenza della Corte costituzionale (precedente alle leggi 604/1966 e 300/70) inaugurata dalla sentenza 1° giugno 1966, n. 63, in FI, 1966, I, c. 985).

⁶⁹⁹ Secondo MARESCA, *Il nuovo regime*, cit., p. 454, "la tutela derivante dal nuovo art. 18, pur non essendo più quella reale alla quale faceva riferimento la giurisprudenza relativa alla decorrenza della prescrizione dei crediti retributivi, è pur sempre idonea a consentire al lavoratore di esercitare i propri diritti, senza temere di essere licenziato". Di questa opinione sembra anche FALERI, *Sub art. 2948 c.c.*, in DE LUCA TAMAJO, MAZZOTTA (a cura di), *Commentario breve alle leggi sul lavoro*, Cedam, Padova, 2013, p. 666; in giurisprudenza Trib. Palmi 7 marzo 2013, in DJ. Di contrario avviso MAZZOTTA, *I molti nodi irrisolti nel nuovo art. 18 St. lav.*, in CINELLI, FERRARO, MAZZOTTA (a cura di), *Il nuovo mercato del lavoro*, cit., p. 244; ma già CESTER, *Il progetto di riforma della disciplina dei licenziamenti*, cit., p. 547.

propri diritti⁷⁰⁰.

Non pare quindi peregrino sostenere che, per effetto della novella in esame, sia venuta meno quella *stabilità* considerata dalla Consulta quale elemento, fattuale e normativo al contempo, che sotto la vigenza del vecchio testo dell'art. 18, consentiva la decorrenza della prescrizione dei diritti del prestatore di lavoro in costanza di rapporto⁷⁰¹.

⁷⁰⁰ Del resto, anche a seguire il ragionamento di quanti ritengono “comunque” sussistente un regime di stabilità, può richiamarsi al riguardo l'orientamento della giurisprudenza di legittimità – formatosi con riferimento ai rapporti non qualificati *ab origine* come di lavoro subordinato – in base al quale, ai fini dell'individuazione del regime di prescrizione applicabile ai crediti retributivi, la stabilità del rapporto di lavoro deve essere verificata come sussistente e garantita sin dall'inizio (in relazione al concreto atteggiarsi del rapporto nel corso del suo svolgimento) e non già attribuita dal giudice all'esito del processo; tra le altre: Cass. 23 agosto 2007, n. 17935; Cass. 13 dicembre 2004, n. 23227; Cass. 6 luglio 2002, n. 9839; Cass. 19 gennaio 2011, n. 1147; Cass. S.U., 28 marzo 2012, n. 4942, tutte in *DJ*.

⁷⁰¹ È questa l'opinione anche di MARAZZA, *op. cit.*, p. 621; SANTORO PASSARELLI G., *Diritto dei lavori*, Giappichelli, Torino, 2013, p. 403; ZOPPOLI A., in ESPOSITO, SANTUCCI, ZOPPOLI A., ZOPPOLI L., *Lezioni di diritto del lavoro*, Giappichelli, Torino, 2014, p. 194.

Crisi economica ed effettività dei diritti sociali in Europa*

Giorgio Fontana

1. Premessa	230
2. L'Europa e la crisi, ovvero: i diritti sociali sono ancora diritti fondamentali?	231
3. Diritti sociali e vincoli economici	233
4. La nuova <i>governance</i> economica e le misure anti-crisi dell'Eurozona	235
5. Un diritto del lavoro "minimo"?	239
6. Ma si può fare a meno di una "politica" dei diritti?	244
7. Il problematico ruolo dei giudici europei	247
8. Continuità e discontinuità nella giurisprudenza della Corte di Giustizia. Una rilettura critica del "Laval quartet"	249
9. La libertà di circolazione nel contesto della crisi economica. Qualche considerazione critica	255
10. La giurisprudenza più recente della Corte di Giustizia	257
11. Il controcanto. La giurisprudenza CEDU sui diritti collettivi.	259
12. Conclusioni	262
Bibliografia	265

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".INT – 104/2014

1. Premessa

Questo saggio si occupa del problematico assetto dei diritti sociali nella crisi europea. Oltre che sulle diverse ed in qualche caso profondissime smagliature determinate nei sistemi nazionali (e ciò ad opera, paradossalmente, proprio delle misure “anti-crisi” che, invece, avrebbero dovuto proteggere quei sistemi), intende riflettere su quello che appare (forse ancor più problematicamente) come un declassamento del primato che le costituzioni nazionali, sia pure in modi variabili, avevano assegnato ai diritti sociali. Questi diritti appaiono, oltre che finanziariamente ed economicamente condizionati, relativizzati, ingabbiati dal dispotismo dei mercati, ed i principi che ne costituiscono la matrice sono ancora una volta rinviati in uno spazio giuridico in cui la loro effettività è di fatto sospesa.⁷⁰²

Inevitabilmente sono chiamate in causa le condizioni poste dai governanti europei al progetto di integrazione europea. Mentre i Trattati escludono la competenza dell’Unione in materie fondamentali per l’affermazione dei diritti sociali, sottratte in tal modo a politiche di armonizzazione, gli ostacoli alla piena operatività delle Carte dei diritti fondamentali (quali fonti direttamente applicabile ai rapporti interpretati nell’ambito dell’Unione) ed il primato assegnato all’obiettivo della realizzazione del mercato interno dimostrano, *inter alia*, quanto lontano sia nell’agenda europea il tema della costruzione di un *welfare* europeo e della tutela dei ceti più deboli. Potrebbe apparire una semplice coincidenza o uno dei tanti paradossi che la storia dissemina sul suo cammino, ma l’inizio della crisi europea coincide temporalmente con una drammatica svolta nella giurisprudenza della Corte di giustizia (il *Laval Quartet*, come è stato definito), di fatto riaffermando la supremazia delle libertà economiche fondamentali sui diritti sociali (collettivi).

La strutturale inadeguatezza dell’approccio dell’Unione in campo sociale è stata messa a nudo come non mai dalla crisi economica, che esige, al contrario, forti argini. Le deboli basi dell’integrazione europea rischiano così di trascinare nel fallimento anche l’idea che l’Europa potesse essere protagonista di un nuovo “universalismo” dei diritti, promuovendo (accanto alla creazione di uno spazio senza frontiere per la libera circolazione di capitali, servizi e persone) la condivisione a livello globale di valori e diritti tipicamente “europei”.⁷⁰³ L’ironia con cui Bercusson ricordava che “the view of the EU as a catalyst and precursor in the field of global labour regulation may be viewed either as an optimistic aspiration or a fearful threat” cede oggi il passo all’amara considerazione del declino forse irreversibile di quel modello, di cui molti scongiurerebbero qualsiasi “replica”.⁷⁰⁴

In queste condizioni è fin troppo facile per i mercati tenere sotto pressione gli stati nazionali, imponendo le riforme dello stato sociale ritenute necessarie per difendere la competitività dei sistemi economici o per impedire la bancarotta degli apparati pubblici.⁷⁰⁵ Ma la crisi è anche occasione di ripensamento per promuovere nuovi e più avanzati equilibri. Sembra ormai largamente condivisa l’esigenza di ridiscutere le ragioni di fondo delle timidezze (o le “frigidità”, per ricordare Mancini) in campo sociale dell’Unione, dai più attenti osservatori giudicate quanto meno concause della “grande depressione” calata come un manto di neve sui paesi europei. I nodi irrisolti

⁷⁰² Come scrive RUGGERI “il fondamento dei diritti sociali non è ormai più – a quanto pare – nella carta costituzionale (o in altri documenti normativi ancora, anche di origine esterna) ma solo nelle risorse disponibili” (RUGGERI, 2012).

⁷⁰³ ALAIMO, 2007.

⁷⁰⁴ BERCUSSON, 2009 p. 15.

⁷⁰⁵ HENDRICKX, 2011.

del rapporto fra costituzione economica e costituzione sociale probabilmente sono giunti al pettine ed esigono scelte politiche non più rinviabili.

2. L'Europa e la crisi, ovvero: i diritti sociali sono ancora diritti fondamentali?

Che la “terapia” anti-crisi messa in campo dall’Unione europea e in particolare da quel sottoinsieme che definiamo “Eurozona” sia irrimediabilmente fallita è opinione anch’essa non certo isolata, eppure ancora oggi è fortemente scoraggiata ogni “dottrina” che non sia quella che fa leva sulle politiche di austerità, disegnando inevitabilmente una parabola involutiva dei modelli di welfare. Tutti i diritti sociali, anche se “fondamentali”, divengono così il corpo vivo su cui chirurgicamente opera il tentativo di riassetto (dei bilanci pubblici e non solo) imposto ai paesi europei, soprattutto ai paesi più deboli, con la duplice, paradossale conseguenza di smentire di fatto il riconoscimento ad essi tributato dalle Carte e al contempo negare ogni principio di autonomia della politica sociale degli stati.

Ma, come si è già accennato, non di sola recessione soffrono i diritti sociali nello spazio giuridico-economico europeo. Lo strano destino dei diritti sociali fondamentali – prima affermati in via di prassi dalle Corti ma obliterati dal diritto della U.E.; poi affermati in via di (pieno) diritto ma ridimensionati nella loro effettività dalla crisi economica e sociale – è frutto, come è oramai chiarissimo, di precise scelte politiche dei governanti europei, a partire dall’ambiguità impressa all’integrazione europea. Mai smentita, la teoria dominante è stata fino a ieri quella (tipicamente liberale) secondo cui il funzionamento del mercato interno avrebbe favorito o prodotto spontaneamente l’armonizzazione dei sistemi sociali (la linea dell’armonizzazione negativa, piuttosto singolarmente enunciata a chiare lettere in una clausola del TFUE: v. art. 151 co. 3).⁷⁰⁶ Ed ora le reticenze e gli accordi “al ribasso” dell’intesa che ha portato all’adozione del Trattato di Lisbona nel 2007 appaiono più evidenti che mai. L’ambizione dei governanti europei di disegnare un’architettura istituzionale molto complessa ed articolata ignorando i problemi di fondo dell’Unione in materia politica ed economica è risultata, anzi, totalmente inadeguata.⁷⁰⁷ Sicché anche i passi in avanti compiuti con l’adozione del Trattato - oltre al “riconoscimento” della Carta dei diritti, assegnandole il rango di Trattato ex art. 6 TFUE, la “decostituzionalizzazione” della concorrenza, non più formulata come obiettivo primario dal Trattato di Lisbona e inserita in un protocollo allegato, e la stessa esplicita affermazione dei fini dell’integrazione europea individuati nella elevazione e nel benessere dei cittadini europei⁷⁰⁸ – restano irretiti dai compromessi che hanno caratterizzato l’ultima fase dell’integrazione europea.⁷⁰⁹ E fra questi compromessi indubbiamente una valenza peculiare, dal punto di vista dei diritti sociali e in particolare del diritto del lavoro, ha la scelta di non mettere minimamente in discussione l’assetto delle competenze definito dall’art. 153.5 TFUE – disposizione che esclude il potere d’intervento dell’Unione in tema di retribuzione, diritto di associazione e diritto di sciopero, materie cruciali per l’integrazione europea - di cui ora

⁷⁰⁶ HENDRICKX, 2011.

⁷⁰⁷ ASHIAGBOR, COUNTOURIS, LIANOS, 2012.

⁷⁰⁸ v. ALAIMO, CARUSO, 2010.

⁷⁰⁹ PECH, 2012 p. 21: una fase “largely shake by antagonistic interests and philosophies (e.g. supranationalism versus intergovernmentalism, enhanced democratisation versus preservation of national sovereignty, interest of small countries versus those of large countries)”.

si percepisce, come scrive Bronzini, tutta la “potenzialità distruttiva”, paralizzando ogni possibile intervento regolativo ma consentendo, al tempo stesso, in materie socialmente delicatissime, “manutenzioni straordinarie” ad opera della Corte di giustizia.⁷¹⁰ Viene allo scoperto così tutta la fragilità del “gradualismo” nelle politiche di integrazione - una sorta di “infantilismo nel determinismo storico”⁷¹¹ - che come un *mantra* ha posseduto le *elite* europee. L’istituzione di un sistema autenticamente europeo di *welfare* resta un miraggio e l’unica garanzia offerta dalla cittadinanza europea è l’integrazione dei lavoratori, individualmente considerati, nei sistemi nazionali.⁷¹²

Non si riduce, in altre parole, l’asimmetria del modello di integrazione europea, in cui deboli matrici sociali convivono con forti e risolte tendenze, particolarmente da Maastricht in avanti, a rafforzare i vincoli del mercato interno. E la crisi di questo assetto, fondato sulla divaricazione/separazione fra “costituzione economica” e “costituzione sociale”, che a suo modo tutelava la sovranità sociale degli stati e l’autonomia delle parti sociali,⁷¹³ non ha prodotto alcun ripensamento nella strategia dei governanti europei.

L’Europa sembra così destinata a subire gli stessi problemi di squilibrio dei paesi “aggrestiti” dalla globalizzazione, un quadro cioè in cui si manifestano incisivamente forti tendenze alla deregolazione e all’apertura dei mercati ma debolissime politiche di ri-regolazione in materia di lavoro, relazioni industriali e mercati del lavoro.⁷¹⁴ Per di più, nel contesto di una crisi “epocale” che incide sulle strutture sociali ed economiche dei paesi europei in modo destrutturante, sottraendo garanzie e prestazioni. Scenari che richiederebbero forti innovazioni hanno visto invece i paesi europei abbozzare risposte timide, incongruenti, addirittura controproducenti, creando una spirale “negativa” inarrestabile e riproponendo posizioni fortemente conservatrici, con una strenua difesa degli interessi nazionali (come ha dimostrato plasticamente la trattativa sul bilancio europeo 2014-2020, chiusa con esiti a dir poco fallimentari).⁷¹⁵ Da un quinquennio di crisi ed incertezze ereditiamo così un vero e proprio “declassamento” dei diritti sociali, risultato al quale paradossalmente contribuiscono non solo le riforme della *governance* europea ma la stessa “traiettorie impressa al processo di integrazione europea dalla giurisprudenza della Corte di giustizia sul mercato interno”, soprattutto a seguito delle note sentenze *Laval* e *Viking*.⁷¹⁶ Autorevolissimi studiosi assumono come dato oramai molto concreto la “de-fondamentalizzazione” di questi diritti, pur formalmente equiordinati alle libertà economiche fondamentali.⁷¹⁷

Dinanzi a così grandi difficoltà si prefigura apertamente un modello di integrazione a due velocità (*a two-speed Europe*)⁷¹⁸ o di integrazione asimmetrica mediante cooperazioni rafforzate,⁷¹⁹

⁷¹⁰ BRONZINI, 2012; v. pure CARABELLI 2011.

⁷¹¹ COHN-BENDIT, VERHOFSTADT, 2012, p. 73.

⁷¹² GIUBBONI, 2013.

⁷¹³ GIUBBONI, 2012.

⁷¹⁴ HENDRICKX, 2011.

⁷¹⁵ KRUGMAN 2011; RUFFOLO, SYLOS LABINI 2012.

⁷¹⁶ GIUBBONI, 2013.

⁷¹⁷ Per i riferimenti v. GIUBBONI 2013.

⁷¹⁸ PIRIS, 2012.

⁷¹⁹ CARUSO, 2011.

mentre si sprecano le dichiarazioni critiche sul sistema euro e si giunge ad invocare lo smantellamento dell'Unione monetaria.⁷²⁰ Sembra allontanarsi ogni sviluppo della dimensione sociale e non si scorgono alternative se non in un improbabile (ma paradossalmente desiderabile) ritorno al passato.

3. Diritti sociali e vincoli economici

Ma certamente la crisi non sollecita soltanto riflessioni critiche sulle politiche europee di integrazione e sui compromessi, talvolta poco "illuminati", che hanno caratterizzato la vicenda dell'Unione europea. Un'acuta e in verità spiazzante riflessione che la dottrina più in incline a guardare al "sistema" (com'è indubitabilmente la dottrina costituzionalistica) sembra offrirci, è difatti sulla stessa *sostenibilità* del modello sociale europeo,⁷²¹ mettendo in chiaro (la crisi) che i diritti fondamentali non sono "variabili indipendenti e che la tenuta di quel compromesso costituzionale fra "stato" e "mercato", o, per usare una metafora, fra Smith e Keynes, comune alla storia di tanti (o forse tutti i) paesi europei, non costituisce affatto una conquista irrevocabile. Al fondo, ci suggerisce Spadaro, s'impone oramai una revisione dei nostri "valori" e un deciso ri/orientamento delle nostre società, nel cui seno è sorta quell'aspettativa di benessere oggi drammaticamente messa in discussione dalla crisi, tanto da far emergere un'antitesi inaspettata, qual è l'immagine fortemente evocativa di un "modello sociale europeo più sobrio, solidale e sostenibile".

In effetti può farsi risalire (almeno) al roosveltiano *Bill of Right* del 1944 l'affermazione secondo cui fra i diritti non possono darsi né gerarchie né tanto meno differenze, sul piano dell'effettività come della "sostenibilità". Tutti i diritti – i diritti di libertà non meno dei diritti sociali - dipendono in misura maggiore o minore da "investimenti selettivi di risorse scarse", e come scrivono Holmes e Sunstein hanno radici "nel terreno più instabile della politica", destinati per questo "a essere più suscettibili di affievolimento di quanto l'aspirazione alla certezza giuridica potrebbe indurci ad auspicare".⁷²² Non dovrebbe sorprendere quindi che i bilanci pubblici degli stati europei siano divenuti il termine di riferimento per selezionare l'accesso ai diritti sociali e definire i loro contenuti positivi, anzi, è da tempo che si parla oramai dei diritti sociali come "diritti finanziariamente condizionati" anche nella giurisprudenza della nostra Corte costituzionale.⁷²³ Ma ciò che, a ben vedere, può fare di questa crisi un punto di rottura, è che la restrizione dei diritti sociali non è la risultante di scelte discrezionali degli stati o l'esito dei conflitti sui modelli di giustizia distributiva, e neppure della scarsità di risorse pubbliche, bensì del "dispotismo" dei mercati finanziari, in grado di sottrarsi al controllo dei dispositivi statali e tuttavia capaci di sovra-determinare le politiche pubbliche. Parafrasando un'espressione di Guy Peters si potrebbe dire che la crisi è come "l'asso pigliatutto", irrompe nella storia come un *deus ex machina* - proprio come in una tragedia greca – senza che neppure sia chiaro se la sua rappresentazione come evento esogeno, ineluttabile, corrisponda ad un dato di realtà o non sia invece un modo alquanto sofisticato per

⁷²⁰ STREECK, 2013.

⁷²¹ SPADARO, 2011.

⁷²² HOLMES-SUNSTEIN, 2000, p. 129-130; su questi temi SALAZAR, 2000 p. 178 ss.

⁷²³ SALAZAR, 2013.

esorcizzare le responsabilità politiche delle *elite* europee, incapaci di un'efficace regolazione del mercato.⁷²⁴

Alain Supiot ci offre un'amara constatazione dell'impotenza delle forze progressiste ed europeiste – “condamnée à accompagner sur le mode compassionnel la dégradation des conditions de vie et de travail engendrées par la globalisation”.⁷²⁵ Alla prospettiva neoliberale e alla sua durissima ricetta economica si contrappongono così sollecitazioni a rilanciare il modello sociale europeo, ma in un contesto di frammentazione e di generale debolezza, di rinascita degli egoismi nazionali e di rafforzamento dei “freni costituzionali interni”.⁷²⁶ Né la convinzione oramai diffusa della necessità di una politica europea che finalmente consideri come asse prioritario l'economia reale stimola risposte adeguate, anzi, è proprio qui che l'assenza di “ricette” credibili appare in tutta la sua criticità. Sembra quasi che tutte le opzioni politiche ed economiche sul tavolo siano state bocciate dalla crisi economica. Se le politiche neo-liberiste sono il principale imputato degli squilibri economici,⁷²⁷ fallendo proprio nella loro solenne promessa di generare ricchezza – sul piano cioè della capacità di “concepire e applicare schemi esecutivi per stimolare e organizzare la produzione”⁷²⁸ – ed agendo piuttosto sul piano della “distribuzione”, con la conseguenza di accrescere le diseguaglianze e generare nuove povertà,⁷²⁹ quella diversa ed antitetica prospettiva di politica economica che per comodità può definirsi “socialdemocratica” o keynesiana - basata sull'accordo fra capitale e lavoro e in particolare sull'intervento pubblico in campo economico (non solo per correggere i “fallimenti del mercato”) - siede anch'essa sul banco degli accusati a causa dei massicci investimenti nella “spesa sociale”, responsabili, secondo ricorrenti spiegazioni, della crescita esponenziale del debito sovrano degli stati più deboli dell'Unione.

Il duplice fallimento delle strategie regolative più accreditate nell'economia politica è l'espressione di una crisi che travolge stato e mercato in egual misura: “alla *market failure* si affianca la *state failure*”, nota efficacemente (e causticamente) Cassese.⁷³⁰ Sotto questo aspetto la crisi potrebbe davvero dischiudere nuovi orizzonti, mettere in moto processi che ci “costringano” a rivedere i presupposti di fondo del nostro modello di sviluppo. Nel presente, tuttavia, gli effetti della crisi continuano ad incidere sulle condizioni di vita (sui redditi e sui livelli occupazionali) in modo recessivo, senza che si vedano all'opera contro-tendenze di analoga forza ed impatto ma semmai, come si è notato, soltanto lievi mutamenti di rotta.⁷³¹

Né tanto meno l'Unione europea sembra in grado di difendere se stessa e il suo modello sociale. Dopo le grandi direttive degli anni novanta si è tornati alla logica del “doppio binario” – accentrato della politica monetaria ed ora della politica di bilancio, decentramento della politica economica e sociale – mentre, nel quadro giuridico definito dai Trattati, è proseguita senza soste la realizzazione del mercato interno, anche grazie all'azione della Corte di Giustizia, eliminando ogni

⁷²⁴ PEPINSKY, 2012.

⁷²⁵ SUPIOT, 2011.

⁷²⁶ BRONZINI, 2012.

⁷²⁷ Fra gli altri C. CROUCH, 2012.

⁷²⁸ HARDT-NEGRI, 2010.

⁷²⁹ RUFFOLO, SYLOS LABINI, 2012.

⁷³⁰ CASSESE 2012 p. 325.

⁷³¹ SALAZAR, 2013 con riferimento alle Raccomandazioni della Commissione sul programma di stabilità (COM 2013, 362).

ostacolo alla libertà di circolazione e così sottraendo agli stati sovranità sulla disciplina dei rapporti economici e sociali all'interno dei propri confini. Questa forte matrice liberista dell'integrazione europea si esprime in modo molto sofisticato, ma semplificando al massimo si potrebbe dire che se da un lato, con il principio di attribuzione, l'Europa ossequia i "signori dei trattati", dall'altro, con la dottrina del "primato", svuota l'acqua in cui nuotano gli stati. Come nel wendersiano *falso movimento*, verrebbe da dire.⁷³²

In un quadro dunque già ipotecato da queste ambiguità di fondo intervengono, in modi particolarmente incisivi, i provvedimenti anti-crisi dell'Eurozona, aggravando le diseguaglianze e creando le premesse di una vera e propria rottura fra paesi in grado di difendere i propri modelli sociali adottando in vario modo misure "protezionistiche" e paesi deindustrializzati ed impoveriti che rischiano di precipitare in un durissimo scontro sociale (fra i quali si può certamente annoverare l'Italia).

4. La nuova *governance* economica e le misure anti-crisi dell'Eurozona

Il Trattato di Maastricht aveva disegnato un equilibrio fondato essenzialmente sulla realizzazione del mercato interno e su regole di bilancio comuni, ma al trasferimento della sovranità monetaria all'Unione non ha fatto seguito analoga cessione di sovranità sulla politica economica degli stati, oggetto piuttosto, in base al Trattato di Maastricht (art. 3 punto A), del coordinamento fra gli stati membri in quanto materia di "interesse comune" (artt. 5 e 119 TFUE), affidata in linea di principio alla responsabilità degli stati (art. 120 TFUE). Sicché, se la disciplina di bilancio si è avvalsa di una strumentazione vincolante, il coordinamento della politica economica degli stati è stato attuato mediante strumenti di *soft law* "collocati all'esterno della dimensione comunitaria",⁷³³ prevedendosi poi (art. 121 TFUE) un meccanismo di "sorveglianza multilaterale" (con il potere del Consiglio di adottare mere "raccomandazioni" ai paesi membri). La politica economica dell'Unione si è fondata, in altri termini, sull'impegno degli Stati di rispettare gli "indirizzi di massima" del Consiglio per il raggiungimento di obiettivi comuni e sul patto di stabilità e di crescita (il cui obiettivo è il contenimento dei disavanzi pubblici), sottoposti alla sorveglianza della Commissione e del Consiglio (art. 126 TFUE). Medesimo equilibrio, come è noto, concerne le politiche sociali, per le quali i Trattati prevedono unicamente il coordinamento a livello dell'Unione (art. 156 TFUE) ovvero, ma per un numero limitato di materie, l'adozione di misure di incoraggiamento alla cooperazione degli Stati, o ancora "prescrizioni minime applicabili progressivamente", lasciando in piedi per le materie più sensibili la procedura di deliberazione all'unanimità (v. art. 153 TFUE).

⁷³² Nel film scritto a due mani da HANDKE e WENDERS (tratto da un romanzo di Goethe) viaggiare è come un errare completamente al di fuori di una nozione di meta, in balia soltanto delle leggi del caso, in questo senso un "falso movimento", una condizione ontologica che non è portatrice di arricchimento ma, semmai, di sottrazione. Nella battuta finale del film il protagonista, giunto sulla vetta, potrà dire: "perché ero fuggito?... Era come se avessi perduto e continuassi a perdere qualcosa ad ogni nuovo movimento". Una frase che sembra attagliarsi perfettamente alla percezione che abbiamo del nostro viaggio verso l'integrazione europea.

⁷³³ TESAURO, 2012.

Con i provvedimenti assunti nel contesto della crisi economica e finanziaria questo quadro, per quanto non contraddetto nelle sue linee di fondo, è stato profondamente modificato con innovazioni “costituzionali” di un certo rilievo.⁷³⁴

La nuova linea, velocemente disegnata sul fallimento dei vincoli di Maastricht, è ora quella di consentire interventi diretti sugli ordinamenti nazionali, dettando non solo i limiti macro-economici ma le “riforme” ritenute necessarie. Il principio di “condizionalità” – già adottato dal FMI nel rapporto con gli Stati sottoposti a programmi di aiuti e riforme strutturali – diviene così la stella polare per regolamentare il rapporto fra nuove “istituzioni” intergovernative come l’ESM (l’istituzione finanziaria degli stati della zona Euro deputata a gestire il fondo salva-stati permanente che dovrà guidare la realizzazione del Trattato sul Fiscal Compact) ed i paesi più deboli della UE, a cui possono essere concessi aiuti solo se in cambio si impegnano a rispettare i programmi di tagli e le riforme strutturali (fra le quali primeggiano le riforme che interessano il sistema di welfare e il mercato del lavoro) dettati da questi organismi, e sempre che, beninteso, attuino la regola del pareggio di bilancio introdotta dal *Fiscal Compact*.

Viene in tal modo profondamente modificata quella linea dualistica, a cui si è fatto cenno, grazie alla quale veniva garantita l’autonomia degli stati membri nella gestione delle politiche economiche e sociali, autonomia che la crisi finanziaria, complice l’approccio delle istituzioni europee, ha completamente distrutto. Sono emerse direttrici di intervento che, per quanto in certa misura necessitate, hanno determinato un impatto fortemente critico, sia sul piano della tenuta dei diritti sociali che sul piano della legittimazione democratica dei poteri che hanno assunto un ruolo “direttorio” nei paesi colpiti con maggiore evidenza dalla crisi economica.⁷³⁵

Del resto, il fatto stesso che con un Trattato internazionale si preveda l’obbligo per gli stati di emendare la propria Costituzione, dettando precisi termini di attuazione e affidando alla Corte di Giustizia poteri sanzionatori, non poteva che far sorgere pesanti interrogativi sul carattere democratico di queste decisioni.⁷³⁶ Il superamento della sovranità degli Stati “deboli” in materia

⁷³⁴ Il primo passo in direzione di una “presa di controllo” delle leve di politica economica dei governi nazionali lo si è avuto con il Patto Euro Plus adottato dal Consiglio nel vertice del 23-24 marzo 2011, grazie al quale, con la modifica dell’art. 136 FFUE, il meccanismo di stabilità finanziaria viene basato esplicitamente sul principio di “rigorosa condizionalità”. Viene così recisa quella linea di controllo dei bilanci pubblici, varata con il Trattato di Maastricht, per la quale “lo stato resta padrone della distribuzione delle risorse...ma non controlla la possibilità di incrementare le spese ricorrendo al debito pubblico” (CASSESE, 322-323), passando ad un regime molto più stringente soprattutto nei confronti dei paesi più deboli.

⁷³⁵ Dal *Six Pack*, approvato il 4 ottobre 2011, che ha introdotto una serie di limiti con un’interpretazione restrittiva delle regole sul patto di stabilità e un meccanismo di sorveglianza sui bilanci pubblici sia sul piano preventivo che repressivo-sanzionatorio, al *Two Pack*, che anticipa alcune delle misure che verranno poi approvate con il *Fiscal Compact*, consentendo alla Commissione europea, in caso di scostamento dagli obiettivi assunti, di rendere un parere negativo sul documento programmatico di bilancio direttamente al parlamento nazionale, fino al Trattato intergovernativo sulla stabilità, il coordinamento e la governance, meglio noto come *Fiscal Compact*, sottoscritto il 2 marzo 2012 ed operativo dal 1° gennaio 2013. Il Trattato sul *Fiscal Compact* impone due regole fondamentali: da un lato il pareggio di bilancio, ossia la determinazione di una soglia del deficit strutturale consentito, dall’altro la previsione di un rigido percorso di riduzione del debito pubblico rispetto al PIL. Esplicitamente le parti hanno poi previsto che l’adozione di queste nuove regole dovesse avvenire mediante disposizioni vincolanti e permanenti, “preferibilmente mediante l’adozione del nuovo vincolo di bilancio negli ordinamenti mediante una fonte di natura costituzionale”. Come è noto, con la legge costituzionale n. 1 del 2012 l’Italia ha introdotto modifiche all’art. 81 Costituzione (divieto di indebitamento e obbligo di garantire l’equilibrio di bilancio, con la sola eccezione consentita dal II comma della nuova disposizione costituzionale in relazione alle fasi congiunturali). Il “vincolo di bilancio” diviene così “lo snodo essenziale della stringente *governance* economica europea: un vincolo *esogeno* (di derivazione sovranazionale) che diventa *endogeno* (cioè nazionale)”, come osserva Ricci, 2012.

⁷³⁶ RIVOSECCHI, 2012; CIOLLI, 2012.

di bilancio e l'esplicita limitazione della discrezionalità degli stati nella formazione degli indirizzi di politica economica e sociale,⁷³⁷ non avviene perché queste prerogative sono "trasferite" alle istituzioni rappresentative europee (il Parlamento) bensì perché accentrate nelle mani di istituzioni sovranazionali di dubbia legittimità democratica, trasformando in certa misura gli assetti di governo della U.E..⁷³⁸ Si può certo ritenere che a queste misure non vi fossero alternative, ma resta il fatto che la politica di bilancio viene di fatto "espropriata" e centralizzata nelle mani del Consiglio e della BCE, con le procedure previste dal Patto *Euro Plus* e dal *Six Pack*.

La "rottura" dei Trattati⁷³⁹ finisce così per ipotecare seriamente il processo di integrazione "disegnato" a Lisbona, con un implicito riconoscimento dell'insufficienza del diritto dell'Unione.⁷⁴⁰ Come scrive efficacemente Bronzini, la crisi ha di fatto "disgregato... la convinzione che il Trattato di Lisbona avesse offerto, ormai, un quadro istituzionale solido ed efficace per disciplinare il processo decisionale continentale attraverso regole più chiare e trasparenti di *governance* e con un ruolo più solido del Parlamento europeo".⁷⁴¹

La riorganizzazione della *governance* economica europea avviene al prezzo di una forte lacerazione, giacché è agli stati più forti che, di fatto, viene ascrivito il potere di controllo e sanzionatorio nei confronti degli stati finanziariamente deboli ed è soltanto a questi stati che è data la possibilità di tutelare efficacemente le proprie prerogative costituzionali.⁷⁴² I paesi deboli vengono - di fatto e di diritto - emarginati dalla gestione politica della crisi e non hanno nessuna possibilità di incidere su decisioni che, a ben vedere, si riflettono sulle condizioni di vita dei propri cittadini.⁷⁴³ Non a caso il "metodo" adottato dagli stati dell'Eurozona per affrontare, sin dall'inizio, le sfide poste dalla crisi, non prevede alcun coinvolgimento effettivo del Parlamento europeo, di fatto estromesso dalla *governance* economica (il che fra l'altro suona come una conferma piuttosto esplicita del fatto che la vecchia prassi intergovernativa non è mai venuta meno, neppure con il Trattato di Lisbona).⁷⁴⁴

⁷³⁷ GAMBINO-NOCITO, 2012; GIUBBONI, 2013.

⁷³⁸ PAPARELLA, 2012.

⁷³⁹ RUFFERT, 2011.

⁷⁴⁰ LUPO, 2012.

⁷⁴¹ BRONZINI, 2012.

⁷⁴² GAMBINO-NOCITO, 2012; MADURO, 2012. Il Tribunale costituzionale della Germania federale, sulla scia di un orientamento maturato a partire dalla sentenza *Maastricht*, ampliato dalla sentenza *Lissabon-Urteil* e specificato da quella sugli *Aiuti alla Grecia/EFSS*, ha ritenuto ammissibili ricorsi di singoli cittadini per violazione dell'art. 38 della Legge Fondamentale - norma da cui il Tribunale ha desunto un *Gewährleistungsgehalt* (contenuto di garanzia) che consiste nel *Demokratiegebot* (imperativo di democraticità) ai sensi dell'art. 20 LF - ed ha utilizzato queste norme come parametro per attivare la c.d. *Identitätskontrolle* (controllo di identità della Costituzione). E nella recente sentenza *MES/Fiscal Pact* ha sì dichiarato la compatibilità del Trattato con il "principio democratico", ma ne ha puntualizzato in modo alquanto rigoroso i limiti, tutelando i poteri del Parlamento anche sul piano della sua effettiva partecipazione e influenza sulle decisioni prese in seno ad organismi intergovernativi come l'ESM, deputato alla gestione degli aiuti e alla programmazione dei provvedimenti di riforma per i paesi che ne fanno richiesta, e soprattutto assicurando al *Bundestag* la propria competenza generale sulle politiche finanziarie e di bilancio (pur ammettendo che esse possano essere adottate sulla base del diritto dell'Unione o del diritto internazionale) ed il suo potere di "approvazione" in caso di richieste di esborsi "solidali" di particolare entità.

⁷⁴³ RUGGERI, 2012.

⁷⁴⁴ v. PECH, 2012. Del resto il maggiore protagonista della *governance* monetaria ed economica della zona Euro - la BCE - è e resta totalmente estraneo al contesto politico ed istituzionale dell'Unione, perseguendo i propri obiettivi in assoluta indipendenza (Tesauro, 614).

La “cessione di sovranità” imposta agli stati deboli dell’Unione non implica, dunque, la ricostruzione ad un altro livello dei meccanismi di partecipazione e legittimazione, bensì la sottrazione secca di potere agli organi rappresentativi legittimamente deputati ad assumere decisioni vincolanti.⁷⁴⁵ Sviluppi, questi, neppure controbilanciati da efficaci politiche sociali o da propositi di riforma delle disposizioni dei Trattati che frenano la capacità d’intervento della U.E. in campo sociale.⁷⁴⁶

Viene così paradossalmente confermata la filosofia di fondo dell’integrazione europea, non rientrando nei programmi dei governanti europei altro che la disciplina di bilancio, l’unione bancaria e (forse) la disciplina fiscale, ed escludendo implicitamente qualsiasi aumento delle competenze della U.E. in materia economica e sociale, con il risultato di avallare ancora una volta quella oramai logora strategia che, in estrema sintesi, ha optato per declassare gli strumenti di armonizzazione, tanto da fare del primato del *metodo aperto di coordinamento* (un metodo prevalentemente intergovernativo, come scrive) lo strumento privilegiato della *governance* in materia sociale.⁷⁴⁷

L’asimmetria fra mercato interno ed Europa sociale rischia di rimanere uno dei tratti caratterizzanti della costruzione dell’Unione europea come entità “politica” sovranazionale, per di più nel contesto di nuove diseguaglianze fra paesi deboli e paesi forti, fra paesi che possono tutelare efficacemente la propria sovranità e paesi invece costretti a subire interamente il principio di condizionalità, minando lo stesso progetto di integrazione europea e svuotando di significato la solenne promessa di un modello di integrazione orientato alla “promozione di un’adeguata protezione sociale, [alla] lotta contro l’esclusione sociale” (art. 9 TFUE).⁷⁴⁸

Il diritto del lavoro, a sua volta, si ritrova a doversi misurare con problematiche inedite, sia sul versante dei diritti individuali che dei diritti collettivi, che ripropongono in termini ancor più drammatici il mai sopito dilemma sulla forza e vincolatività delle enunciazioni delle Carte costituzionali dato lo stridente contrasto fra l’elevazione dei diritti sociali a fondamenti stessi delle comunità e la natura piuttosto relativa e transeunte che i principi delle Costituzioni finiscono in concreto per assumere (non solo per lo strapotere dei mercati ma anche per scelte imputabili al *government* europeo). Le conseguenze che la crisi – e le misure adottate per contrastarla – determinano a carico degli ordinamenti nazionali e dei sistemi di contrattazione collettiva sono infatti tali da mettere in discussione proprio l’efficienza “regolativa” dei modelli costituzionali, anche i più avanzati, a cui spetterebbe (quanto meno) costituire un sicuro ancoraggio per il nucleo dei diritti fondamentali. Se, come si è notato,⁷⁴⁹ finanche una disposizione precettiva come l’art. 36 Cost. potrebbe non garantire più l’effettività dei beni da essa protetti, allora c’è da chiedersi in che misura sia oramai in atto un cambiamento di fondo nel rapporto fra economia e società.

⁷⁴⁵ GAMBINO-NOCITO, 2012.

⁷⁴⁶ Come l’art. 153 TFUE, disposizione che andrebbe completamente rivista a partire dalla riserva di competenza degli stati in materie cruciali e dal riconoscimento, nei campi in cui alla U.E. viene riconosciuta una potestà regolativa, di un potere limitato ad anacronistiche “prescrizioni minime applicabili progressivamente” (art. 153.2 lettera b, per quanto questa norma sia stata interpretata dalla Corte di Giustizia, forzando la mano ai “signori dei trattati”, come non necessariamente limitativa dell’intervento della U.E. “al minimo comun denominatore, ovvero al più basso livello di tutela fissato dai diversi stati membri”).

⁷⁴⁷ PECH, 2012 p. 18; per una sintesi degli sviluppi dell’Europa sociale Ales, 2009.

⁷⁴⁸ RUFFOLO, SYLOS LABINI, 2012 p. 59 ss.

⁷⁴⁹ RICCI, 2012.

5. Un diritto del lavoro “minimo”?

La situazione che in Italia si è determinata nell'estate-autunno del 2011 - i prolegomeni del “governo tecnico” - è paradigmatica del nuovo climax europeo, ossia di quella che il premio Nobel per l'economia Krugman ha definito come “l'ellenizzazione” della crisi europea: una spirale perversa fra crisi del debito, provvedimenti di austerità e recessione economica dalla quale diviene sempre più difficile uscire.⁷⁵⁰ Ci si riferisce, evidentemente, alla lettera della BCE e agli sviluppi successivi, ai moniti europei al nostro paese e, infine, alla lettera del Governo italiano allegata alle conclusioni del Consiglio europeo del 27 ottobre 2011.⁷⁵¹ Da qui la crisi politico-istituzionale e da qui pure i provvedimenti di riforma del 2011-2012, e fra questi la scrittura di una norma – l'art. 8 l. n. 148/2011 – che ha lo scopo di fornire un pronto adeguamento del sistema di contrattazione collettiva in funzione degli obiettivi di deregolamentazione fissati dalla BCE e dal “direttorio” europeo, per rendere maggiormente flessibile il trattamento normativo dei dipendenti dell'impresa.⁷⁵² Si tratta di “riforme” non estemporanee, semmai affette da evidenti problemi di *drafting* ma scritte sotto l'impulso di precise determinanti politiche ed economiche, forse la prima sperimentazione di un inedito fenomeno (che molto somiglia ai fenomeni di *law shopping* causati dalla competizione fra diversi sistemi regolativi a livello internazionale) grazie al quale è possibile costituire ordinamenti “particolari” frutto dell'incastro variabile fra norme imperative “vigenti” e norme invece sospese “di fatto e di diritto”, in una parola un ordinamento in cui è possibile scegliere il diritto del lavoro applicabile ai rapporti nell'impresa.⁷⁵³ Ed a seguire l'ambizioso disegno della legge Fornero, risoltosi in un compromesso non proprio impeccabile. Un compromesso non realizzato in base ad una attenta ponderazione dei principi in gioco e di un consapevole bilanciamento ma tentando di non scontentare nessuna delle parti in campo (sicché il bilanciamento *ex ante* del legislatore è guidato da un'esigenza di compromesso fra gli interessi immediati dei gruppi, con svilimento della funzione della legge). Smontare e rimontare una struttura-chiave del sistema di tutela del lavoro qual è l'art. 18 Statuto – norma pur sempre attuativa del principio/diritto posto dall'art. 4 Costituzione, come giustamente evidenziato dalla dottrina costituzionalistica⁷⁵⁴ - avrebbe invece richiesto una ben più lungimirante visione. Ed in particolare, se può considerarsi in certa misura giustificabile, per garantire maggiore flessibilità in uscita, una revisione

⁷⁵⁰ KRUGMAN, 2012.

⁷⁵¹ Scritta dai destinatari ed accettata dal mittente, come ha notato causticamente Eugenio Scalfari in un suo editoriale.

⁷⁵² RICCI, 2012. Dopo il Consiglio europeo del 23-24 giugno 2011 – in cui si giunge ad affermare, testualmente, che “la ripresa della zona euro è a buon punto e ha imboccato un percorso sostenibile di solida crescita” – l'Italia, assunta ad epicentro della crisi europea, diviene il “sorvegliato speciale” dell'Eurozona, come si vedrà poi emblematicamente nel successivo Consiglio europeo del 26 ottobre. Nella lettera Draghi-Trichet del 5 agosto 2011 si prescrivono al Governo italiano, oramai impotente dinanzi all'aggressione dei mercati, misure specifiche di politica economica e riforme del mercato del lavoro, fra cui la piena liberalizzazione dei servizi pubblici locali, la riforma del sistema di contrattazione salariale collettiva (“permettendo accordi al livello d'impresa in modo da ritagliare i salari e le condizioni di lavoro alle esigenze specifiche delle aziende e rendendo questi accordi più rilevanti rispetto ad altri livelli di negoziazione”), la revisione delle norme che regolano l'assunzione e il licenziamento dei dipendenti, la riforma del sistema di assicurazione dalla disoccupazione e insieme politiche attive per il mercato del lavoro in grado di facilitare la riallocazione verso le aziende e verso i settori più competitivi. Per assicurare la sostenibilità delle finanze pubbliche vengono richieste ulteriori misure di correzione del bilancio (anticipare di almeno un anno il calendario di entrata in vigore delle misure adottate nel pacchetto del luglio 2011, intervenire ulteriormente nel sistema pensionistico, rendendo più rigorosi i criteri di idoneità per le pensioni di anzianità e riportando l'età del ritiro delle donne nel settore privato rapidamente in linea con quella stabilita per il settore pubblico, operare una riduzione significativa dei costi del pubblico impiego, rafforzando le regole per il turnover e, se necessario, riducendo gli stipendi).

⁷⁵³ Per una recente riflessione sulla crisi dell'inderogabilità v. DE LUCA TAMAJO, 2012.

⁷⁵⁴ SALAZAR, 2013.

del sistema di tutela nel caso del licenziamento per motivi economici – ove il potere di recesso dell'imprenditore si ricollega piuttosto linearmente alla libertà di iniziativa economica ex art. 41 della Costituzione – molto meno lo è quando è in gioco l'esercizio del potere disciplinare, trattandosi di un potere del tutto eccezionale che non ha riscontri nel sistema delle obbligazioni e non possiede dirette ascendenze sul piano costituzionale. Per non parlare, poi, della "derubricazione" dei cosiddetti vizi formali, ignorando che il "formalismo" è nel diritto del lavoro da sempre importante strumento di tutela. In questi casi la reazione dell'ordinamento, che impone la reintegrazione riscontrando l'esercizio illegittimo o *contra legem* del potere di recesso, non è mai apparsa sproporzionata o non fondata su logici criteri giuridici. Non si giustificava, dunque, questa improvvisa, così ampia revisione del sistema di tutela se non per consegnare alla *troika* europea (a cui si deve l'azione più decisa per la deregolamentazione del diritto del lavoro)⁷⁵⁵ le spoglie di una norma-simbolo, come richiesto dal Consiglio europeo del 12 luglio 2011,⁷⁵⁶ dimostrando la volontà "riformatrice" del Governo italiano – un riformismo *negativo* che sottrae e non innova.

Ma questo è un caso non certo isolato nel contesto europeo.

La progressiva erosione dei livelli di tutela avviene infatti in tutti i paesi europei, pur essendo maggiormente incisiva nei paesi sottoposti ai programmi di aiuto, nella convinzione che una delle più efficaci risposte alla crisi risieda nel rendere più flessibili i mercati del lavoro.⁷⁵⁷ In concreto, se in alcuni paesi ciò ha comportato significative ma parziali misure di deregolamentazione, in altri paesi ha significato una revisione molto più articolata e profonda. Interventi legislativi si registrano in materia di orario di lavoro e di contratti atipici, nonché nella regolamentazione dei licenziamenti, con interventi che, seppure nati sull'onda dell'emergenza economica, finiscono per divenire permanenti ed avere quindi effetti duraturi sugli standard di tutela nei paesi della U.E..⁷⁵⁸ Sicchè, se la precarietà e la disoccupazione sono assunte come delle vere e proprie emergenze nazionali, l'Europa sembra voler continuare, testardamente, in una sorta di terapia omeopatica, introducendo ancora nuove "dosi" di flessibilità nell'organismo.

Senza entrare nel merito specifico dei provvedimenti nazionali assunti dai Governi a causa della nefasta influenza della "dottrina" dell'austerità (talmente duri da aver provocato, in alcuni casi, come in Portogallo, la reazione del Tribunale costituzionale che li ha ritenuti lesivi della dignità umana: v. infra), e rimanendo su un piano generale, si potrebbe dire che ancora una volta la storia

⁷⁵⁵ DEAKIN, 2012.

⁷⁵⁶ v. la Raccomandazione del Consiglio sul programma nazionale di riforma 2011 dell'Italia e sul Programma di stabilità 2011-2014 del 12 luglio 2011, ove si chiede espressamente al Governo di operare una profonda revisione di «aspetti specifici della legislazione a tutela dell'occupazione, comprese le norme e le procedure che disciplinano i licenziamenti», nonché di adottare misure di flessibilizzazione della retribuzione in rapporto alle condizioni locali o alla produttività della singola impresa.

⁷⁵⁷ COM 2010 682 final. Il recente Patto per la crescita e l'occupazione rappresenta una positiva, seppur tardiva presa d'atto dei governanti europei dell'insostenibilità dei tassi di disoccupazione (incompatibili oramai con un quadro di coesione sociale), ma privo com'è di adeguate risorse finanziarie (di fatto negate dagli stessi contraenti di quel Patto che nel Consiglio europeo del febbraio 2013 hanno fissato i "paletti" macro-economici e gli *asset* del bilancio europeo per i prossimi quindici anni) potrebbe risolversi in un ennesimo programma di "buoni propositi". È del resto sintomatico del generale clima di sfiducia che il piano per l'occupazione, dopo la sua adozione nel corso del Consiglio europeo di ottobre, sia passato pressoché sotto silenzio, mentre nel discorso pubblico prevale ancora una spasmodica attenzione sui controlli dei bilanci nazionali e sul sistema bancario, temi questi, come si è notato, "ormai sovra-enfaticati, perché la crisi europea è meno grave sul versante fiscale-finanziario che su quello economico-occupazionale che, a sua volta, è connesso agli aspetti reali-industriali" (QUADRIO CURZIO, 2012).

⁷⁵⁸ Per un'analisi molto dettagliata v. CLAUWAERT, SCHOMANN, 2012.

europea vede contrapporsi regolazione per la competitività e regolazione basata sui diritti, con una chiara affermazione, in questo momento storico, della prima (dando vita “ad un processo di selezione grazie al quale gli Stati adottano la forma di regolamentazione ritenuta più efficace” per attrarre investimenti).⁷⁵⁹

Come si è notato fra i diritti il più esposto è indubbiamente il diritto alla retribuzione, inciso da provvedimenti di politica economica e finanziaria che arrivano dopo un lungo periodo “di strategie di moderazione salariale, concordate fra le parti sociali”, determinando ulteriormente effetti recessivi sul valore dei redditi da lavoro e producendo così più gravi diseguaglianze sociali.⁷⁶⁰ Le politiche di *austerità* degli anni 2010-2012, soprattutto nei paesi colpiti dalla crisi come l'Italia, finiscono per mettere in discussione la stessa tenuta “della retribuzione fondamentale (*id est* di quella costituzionale)”.⁷⁶¹

Da altro versante, la pressione sui sistemi di relazioni industriali ottiene di assicurare alle imprese quei livelli di differenziazione regolativa e soprattutto di “flessibilità” salariale ritenuti necessari per la loro competitività nel mercato globale. In molti paesi si afferma una decisa decentralizzazione della contrattazione collettiva, il cui asse si sposta dal livello settoriale/nazionale al livello aziendale, con l'obiettivo di offrire alle imprese maggiore flessibilità per procedere ad “aggiustamenti” delle condizioni di regolamentazione del mercato del lavoro. Non solo in Italia, ma anche in altri paesi (Francia, Grecia) la contrattazione aziendale vede ampliarsi l'arco delle materie oggetto di regolamentazione specifica a livello d'impresa, assumendo potere derogatorio *in pejus* sia con riguardo ai livelli superiori di contrattazione che alla stessa legge. In generale, è molto forte la tendenza ad “orientare” la sfera dell'autonomia collettiva in direzione del ri-adequamento degli standard di trattamento, per sorreggere la competitività del sistema economico.⁷⁶²

Seppure la partecipazione sindacale non è esclusa, non si registrano da tempo patti sociali per la concertazione o condivisione con le organizzazioni dei lavoratori delle politiche economiche e sociali. In Europa quella dei “patti sociali” è un'opzione politica simile all'araba fenice, ma al momento non si vede all'orizzonte la sua resurrezione. La partecipazione delle parti sociali al governo delle variabili economiche può essere invero considerata come una precipua caratteristica del modello sociale europeo,⁷⁶³ ma nella fase attuale prevale la ricerca di risposte alla crisi a livello *micro* e *meso*, a livello aziendale o tutt'al più a livello settoriale.⁷⁶⁴ Che sia o meno rivelatore di “nuove relazioni industriali”, lo spostamento dell'asse della contrattazione collettiva verso l'azienda è un percorso comune a tutti gli stati europei e val la pena ricordare che questo è da tempo considerato uno degli indici di indebolimento delle organizzazioni sindacali,⁷⁶⁵ anche se,

⁷⁵⁹ HEPPLE, 2003.

⁷⁶⁰ RICCI, 2012.

⁷⁶¹ RICCI, 2012. Si veda la raccomandazione del Consiglio del 12 luglio 2011, ove si chiede all'Italia di adottare misure di flessibilizzazione della retribuzione in rapporto alle condizioni locali o alla produttività della singola impresa.

⁷⁶² Sintomatico di questa nuova “filosofia” delle relazioni industriali è l'Accordo interconfederale del 28 giugno 2011, secondo cui i contratti collettivi aziendali “possono definire, anche in via sperimentale e temporanea, specifiche intese modificative delle regolamentazioni contenute nei contratti collettivi nazionali di lavoro nei limiti e con le procedure previste dagli stessi contratti collettivi nazionali di lavoro”.

⁷⁶³ BACCARO, SIMONI, 2006.

⁷⁶⁴ NATALI, POCHE, 2010.

⁷⁶⁵ BACCARO L., HOWELL C., 2012; CROUCH, 2000.

come si è notato, la verticale caduta del ruolo della contrattazione collettiva non determina automaticamente l'emarginazione "politica" del sindacato, a cui può essere affidato un ruolo anche importante nell'amministrazione del mercato del lavoro.⁷⁶⁶

Indubbiamente la riforma dei sistemi di welfare è guidata da cambiamenti strutturali che interessano le parti sociali in modi diversi e con dinamiche diverse a seconda della politica sociale concretamente adottata dagli stati, ma il "clima di sospetto" nei confronti di ogni politica redistributiva finisce per limitare ovunque lo spazio di azione del sindacato, a livello sia nazionale che europeo.⁷⁶⁷ Talché le pur condivisibili proposte che provengono dal campo sindacale europeo sembrano lontane da qualsiasi possibilità di concretizzazione. La proposta di ETUC per un patto sociale europeo non è neppure nell'agenda dei governanti europei. Né il recente sciopero europeo contro le misure anti-sociali e le manifestazioni simultanee nelle capitali europee sembrano aver conseguito l'effetto di rimettere in discussione le priorità dei governi europei e aperto una riflessione critica sul modo in cui la Commissione europea, la BCE e l'FMI hanno finora gestito la crisi economica e sociale.

D'altro canto, le scelte di "governo" a livello europeo – la "svolta" in senso intergovernativo dei meccanismi decisionali ed il privilegio assoluto conferito al ridimensionamento dei bilanci pubblici⁷⁶⁸ – non sono prive d'impatto sulla possibilità, per le parti sociali, di disegnare un percorso comune tendente a garantire un diverso approccio alla crisi, riducendo se non annullando di fatto lo spazio del dialogo sociale.⁷⁶⁹ Come in una caduta a spirale, la crisi aggrava una situazione in cui le ambiguità e le incertezze (o i "vuoti" regolativi) dell'Unione possono, a loro volta, considerarsi uno dei fattori di scarsa reattività alla crisi stessa. Del resto la stasi sul piano degli interventi di tipo "promozionale" per rafforzare la sfera della contrattazione collettiva a livello europeo dura oramai da quasi due decenni, nonostante lo sviluppo, in modi alquanto originali, di fitte relazioni negoziali fra le parti sociali al di fuori dei circuiti istituzionali e delle procedure delineate dall'art. 155 TFUE. Se è vero che "per lungo tempo sono mancati i presupposti materiali dell'autoregolazione sociale",⁷⁷⁰ sviluppi della contrattazione collettiva a livello europeo sono però ben presenti. Nonostante la "stagnazione" del dialogo sociale "istituzionale", queste nuove forme di contrattazione "volontaria" o *non statutory* hanno dato vita ad un dialogo sociale di nuova generazione, "imbrigliato" tuttavia dal problema critico dell'efficacia degli accordi conseguiti a livello transnazionale, ancora oggi irrisolto.⁷⁷¹ Dimostrando che il potere di rappresentanza e di contrattazione è (ri)producibile a livello sovranazionale a prescindere dall'impulso istituzionale della Commissione secondo lo schema introdotto, con un'importante innovazione, dal Trattato di Amsterdam, molti accordi si registrano a livello intersettoriale e (soprattutto) a livello settoriale,⁷⁷² ma la loro efficacia è interamente basata su un principio di *autonomous implementation*, ossia su meccanismi di attuazione di natura squisitamente endo-sindacale (nonostante i tentativi in dottrina di

⁷⁶⁶ CLEGG AND VAN WIJNBERGEN.

⁷⁶⁷ SCHEKLE 2011.

⁷⁶⁸ RUGGERI, 2012.

⁷⁶⁹ BRONZINI, 2012b.

⁷⁷⁰ BARBERA M., 2012.

⁷⁷¹ CARUSO-ALAIMO, 2011; COMANDÈ, 2010.

⁷⁷² CARUSO-ALAIMO, 2011 p. 52.

delineare una sorta di *direct effect*). Problemi analoghi interessano i *transnational text* frutto della negoziazione a livello di impresa multinazionale soprattutto ad opera dei Comitati aziendali europei. La necessità di un intervento regolativo “promozionale” è per così dire macroscopica,⁷⁷³ ma finora nessuna iniziativa in tal senso è stata promossa dall’Unione europea. Questa “lacuna” non è casuale. Una delle questioni di fondo del modello sociale europeo è proprio se includere un effettivo sostegno all’azione collettiva oppure se restare confinato nella dimensione individuale,⁷⁷⁴ tema questo delicatissimo specialmente dopo le posizioni assunte dalla Corte di giustizia nelle quattro sentenze *Laval*, *Viking*, *Commissione c. Lussemburgo* e *Rüffert*.

La crisi disvela dunque l’estrema debolezza della *governance* economica europea e le insufficienze (e anzi gli innumerevoli svantaggi) di una politica sociale timida, imperniata sul “coordinamento” ed incapace finora di produrre quei necessari “anticorpi” in grado di garantire, anche in via “autonoma” e non solo eteronoma, una compiuta tutela dei diritti sociali. Da un lato viene mantenuto fuori dall’orbita dell’Unione il ricorso a modelli di intervento in materia sociale che non siano quelli tipici della *soft law* e dall’altro si sottovaluta enormemente la potenzialità della negoziazione collettiva, anche come strumentazione in grado di fronteggiare gli effetti della recessione economica.

In questa situazione di *impasse* è addirittura utopico immaginare un superamento di quell’Europa “minima”, piccola e miope, che resta aggrappata, nonostante la gravità della crisi economica e sociale, a principi che inevitabilmente la sospingono a considerare gli interventi regolativi in campo sociale come un momento residuale della propria azione, senza neppure mettere in discussione quel rifiuto assiomatico dell’armonizzazione verso l’alto voluto negli ultimi dieci o quindici anni. Sicché, se il ravvicinamento delle legislazioni nazionali è considerato strumento elettivo per migliorare il funzionamento del mercato interno, ciò non vale per la politica sociale, nella quale l’Unione non ha e non vuole avere alcuna competenza generale di armonizzazione. E per quanto si voglia giustificare questa esclusione per la presenza di specifiche disposizioni del Trattato che disciplinano diversamente le modalità e gli strumenti di intervento della U.E. in materia, non vi è dubbio che l’enunciazione di un principio così “assoluto” indica di per sé una prospettiva minimalista e “sincopata”.

L’incombere di provvedimenti emergenziali innestati sul precario o incompiuto processo di integrazione sembra quindi disegnare un diritto del lavoro “minimo” (o “debole”, come si è di recente definito).⁷⁷⁵ L’adattamento delle tecniche di tutela e del “sistema” dei diritti (di fonte legale o contrattuale) alle esigenze poste, da un lato, dalla necessaria compatibilità dei bilanci pubblici con la (severa) disciplina europea, e dall’altro dalla (altrettanto necessaria) competitività delle imprese sui mercati, di fatto piega questo ramo del diritto, geneticamente caratterizzato da un’insopprimibile ambivalenza (giacché strumento al tempo stesso di tutela dei lavoratori e di potere sul lavoro), ad una relazione monofunzionale con la società nel suo complesso.

⁷⁷³ CARUSO-ALAIMO, 2011 p. 69-70.

⁷⁷⁴ BERCUSSON, 2009.

⁷⁷⁵ DI STASI, 2012.

6. Ma si può fare a meno di una “politica” dei diritti?”

Si è già accennato come la crisi obblighi tutti a riconsiderare il rapporto fra diritti e mercato (o forse meglio dire il rapporto fra costituzione vigente e costituzione vivente). I diritti - anche i diritti fondamentali - sono la risultante di affermazioni che si collocano sul piano immanente delle concrete condizioni sociali ed economiche della realtà che li esprime⁷⁷⁶ ed è probabilmente illusorio pensare che, in quanto iscritti nelle Carte costituzionali, essi possano dirsi al riparo dal potere dei mercati. Certo si può sempre obiettare (spostandosi sul piano del “dover essere”) che i diritti fondamentali sono tali proprio perché costituiscono un elemento di rigidità costituzionale in forza del quale sono semmai le strutture economiche a doversi “misurare” con l’esigenza del loro irrinunciabile rispetto (come pur condivisibilmente si afferma nella comunicazione dell’OIL al Parlamento europeo del 14 settembre 2011).⁷⁷⁷ Ma che questa sia in effetti una “via di fuga” dalla realtà è dimostrato, a tacer d’altro, dai vincoli stringenti a carico degli ordinamenti nazionali che nessuna Costituzione è in grado, concretamente, di respingere. Ed anche a non voler considerare l’impatto della crisi, la recente, controversa (ed anzi urticante) giurisprudenza della Corte di Giustizia - il “Laval quartet” - non dimostra a suo modo che i difficili compromessi fra integrazione dei mercati e tutela dei diritti sociali possono esprimersi in termini estranei agli equilibri disegnati dalle Costituzioni?

Il problema dell’effettività dei diritti e dell’affermazione in concreto dei principi iscritti nelle Costituzioni è del resto tema da tempo dibattuto, tanto più che il rapporto fra diritti sociali e mercato rappresenta, come si è detto, uno dei nodi irrisolti dell’Unione europea. Ed anche dopo il riconoscimento del valore giuridicamente vincolante della Carta dei diritti fondamentali resta una discussione aperta, alimentata indubbiamente dalle ambiguità di cui pure la Carta non è certo priva⁷⁷⁸ e dall’approccio estremamente cauto, se non rinunciatario, delle Corti.⁷⁷⁹ Sono, in particolare, i principi in tema di applicazione della Carta fissati dagli artt. 51 e 52 che hanno costituito il maggior freno alla piena espansione delle potenzialità della Carta di Nizza. Da qui (e in particolare dall’art. 51) posizioni “riduttive” circa la sua portata applicativa, sottolineando, realisticamente, che la Carta dei diritti è pur sempre “diritto dell’Unione applicabile solo quando è applicabile il diritto comunitario e non già in tutti i casi di violazione di un diritto fondamentale rilevante per il diritto nazionale”, sicché, in definitiva, le disposizioni della Carta non possono che rilevare quali “parametri di legittimità degli atti dell’Unione, degli atti nazionali che ai primi danno attuazione, nonché di quegli atti nazionali che, a giustificazione dell’introduzione di una deroga agli obblighi imposti dai Trattati, invocano l’esigenza di tutelare un diritto fondamentale”, mentre “al di là di queste ipotesi, la Carta non vuole e non può essere applicata”.⁷⁸⁰ Si è così escluso l’effetto “orizzontale”, pur potendosi forse valorizzare il fatto che le Corti europee sono anch’esse “istituzioni dell’Unione”, obbligate, in forza del predetto art. 51, a rispettarne i diritti, osservare i

⁷⁷⁶ SPADARO, 2011.

⁷⁷⁷ “Respect for fundamental principles and rights at work is non-negotiable: not even in times of crisis when questions of fairness abound. This is particularly important in countries having to adopt austerity measures. We cannot use the crisis as an excuse to disregard internationally agreed labour standards”.

⁷⁷⁸ AZZARITI, 2011.

⁷⁷⁹ SALAZAR, 2011 e 2013, con riferimento alle decisioni della Corte costituzionale n. 80/2011 e della Corte di Lussemburgo *Kücükdeveci*.

⁷⁸⁰ TESAURO, 2012 p. 210.

principi e promuoverne l'applicazione, anche nei casi in cui "an individual seeks to rely on a Charter rights against another private individual, provided that the subject-matter falls within Eu law".⁷⁸¹ Sta di fatto che l'accordo sull'adozione della Carta lo si è trovato proprio sul presupposto dell'esclusione dell'effetto diretto orizzontale, specialmente per quanto attiene alle disposizioni in materia sociale ed economica, ed anche la nostra Corte costituzionale ha affermato l'applicabilità della Carta solo in presenza di una fattispecie di rilievo europeo.⁷⁸² Nonostante le condivisibili critiche a queste posizioni,⁷⁸³ non resta che accontentarsi di un *indirect horizontal effect* – come avviene in tutti gli ordinamenti nei quali i principi sanciti a livello costituzionale hanno un'influenza determinante nell'applicazione del diritto, nei rapporti anche interprivati - coerentemente all'ingiunzione contenuta nell'art. 51 della Carta,⁷⁸⁴ "spendibile" anche dinanzi ai giudici nazionali grazie alla dottrina sulla *consistent interpretation* elaborata dalla Corte di Giustizia a partire dalla celebre sentenza *Von Colson* (C-14-83).⁷⁸⁵

Meno problematica, in realtà, è la distinzione, inserita nel corpo dell'art. 52, fra i principi (giustiziabili solo in via indiretta e utilizzabili "al solo fine dell'interpretazione e del controllo di legalità", come peraltro specificato dalle Spiegazioni ufficiali alla Carta) e i diritti, di immediata applicazione (*enforceable in the Court*). In effetti, questa distinzione ha costituito anch'essa la base del consenso che ha portato all'adozione della Carta dei diritti, particolarmente con riguardo ai diritti sociali.⁷⁸⁶ Secondo alcuni, potrebbe nuovamente innescare quella dicotomia fra diritti di libertà immediatamente cogenti e diritti o principi in materia sociale ipotecati dal contenuto meramente programmatico ad essi assegnato.⁷⁸⁷ Ma che possa riproporsi la "vecchia", logora equazione (i diritti civili e politici direttamente oggetto di pretesa del singolo e principi in materia sociale ed economica oggetto invece di applicazione soltanto per l'interpretazione e il controllo degli atti posti in essere dalle istituzioni dell'Unione) è oggi, alla luce delle riflessioni della dottrina e delle acquisizioni della giurisprudenza, certamente discutibile.⁷⁸⁸ E ciò pur essendo innegabile che la Carta dei diritti possiede una limitata "sovranità" sui rapporti economici e sociali all'interno del

⁷⁸¹ CRAIG, 2012, p. 88. Secondo questo autore, l'attribuzione alla Carta di un effetto esclusivamente "verticale" costituisce il retaggio della rigida distinzione fra sfera pubblica e sfera privata, in base alla quale "*the purpose of fundamental rights protection is to preserve the integrity of the private sphere against coercive intrusion by the state*" (M. Hunt, The "Horizontal Effect" of the Human Rights Act, 1998). In tal senso, l'esclusione dell'effetto diretto orizzontale rispetto a poteri privati che esercitano un potere paragonabile a quello dell'autorità pubblica appare decisamente criticabile.

⁷⁸² Nella sentenza della Consulta n. 80/2011 si è affermato, a tal riguardo, che presupposto dell'applicabilità della Carta è che "*la fattispecie sottoposta all'esame del Giudice sia disciplinata dal diritto europeo – in quanto inerente ad atti e comportamenti nazionali che danno attuazione al diritto dell'Unione, ovvero alle giustificazioni adottate da uno Stato membro per una misura nazionale altrimenti incompatibile con il diritto dell'Unione – e non già da sole norme nazionali prive di ogni legame con tale diritto*" (v. pure Corte cost. 22 luglio 2011 n. 236), lasciando tuttavia nel vago l'individuazione in concreto delle fattispecie di rilievo europeo e soprattutto l'effetto della Carta laddove si realizzi la situazione che ne consente l'applicabilità, vaghezza a cui non sembra porre rimedio la Corte di Giustizia nelle prime sentenze in cui si è confrontata con la Carta dopo la sua "adozione" nel Trattato di Lisbona (sent. 19 gennaio 2010, C-555/07, *Kücükdeveci*; *Gueye e Salméron Sanchez* C-483/09 15 settembre 2011) (v. SALAZAR, 2013).

⁷⁸³ v. GUARNIER, 2013.

⁷⁸⁴ CRAIG, 2012.

⁷⁸⁵ SCHÜTZE, 2012 p. 128.

⁷⁸⁶ CRAIG 2012, p. 96.

⁷⁸⁷ AZZARITI, 2003.

⁷⁸⁸ CRAIG 2012, p. 97. Del resto, come si è notato, molte disposizioni della Carta in materia sociale "*can be properly thought of as rights, capable of individual legal enforcement*". Non ci sarebbe alcuna ragione per escludere che un individuo non possa agire direttamente per il rispetto dei diritti enunciati, ad esempio, dagli art. 29-30-31 della Carta dei diritti.

territorio dell'Unione, non essendo, come si è detto, direttamente azionabile dinanzi ad un "giudice domestico".⁷⁸⁹

Quanto all'altra Carta dei diritti – la Carta sociale europea – è anch'essa imbrigliata in irrisolte difficoltà applicative. Non è allo stato neppure all'orizzonte la risoluzione del problema dell'adesione della U.E. alla Carta sociale europea approvata nel lontano 1961 nell'ambito del Consiglio d'Europa (le cui disposizioni del resto hanno sempre avuto, sul piano normativo, carattere soltanto politico e programmatico, diversamente dalle norme che compongono la Convenzione)⁷⁹⁰ e l'unico riferimento resta quello contenuto nell'art. 151.1 TFUE, con un rinvio generico alla Carta nel delineare gli obiettivi dell'Unione in campo sociale. Manca qualsiasi meccanismo di *enforcement* e soltanto a partire dal 1998 si è prevista la possibilità di reclami collettivi (ma non individuali, la legittimazione è ammessa soltanto a favore di associazioni sindacali qualificate) al Comitato europeo, istituito per vigilare sulla compatibilità delle legislazioni e prassi nazionali con la Carta Sociale Europea, che tuttavia non ha carattere giurisdizionale e può adottare soltanto raccomandazioni o risoluzioni. Da questo punto di vista si è però sottolineato, di recente, come le interrelazioni fra la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo in materia di diritti fondamentali e le decisioni del Comitato europeo, siano state all'origine di importanti ed innovative "letture" delle disposizioni della CEDU.⁷⁹¹ In questo quadro merita di essere segnalata la recente decisione del Comitato europeo sul reclamo collettivo (n. 85/2012) presentato dalle Confederazioni sindacali svedesi (*Swedish Trade Union Confederation e Swedish Confederation of Professional Employees*) a seguito delle modifiche legislative intervenute nel paese dopo la sentenza *Laval* della Corte di giustizia (su cui v. infra). Nella sua decisione (depositata il 20 novembre 2013) il Comitato ha ritenuto che la nuova legislazione svedese, adottata per adeguare l'ordinamento ai moniti della Corte di giustizia, fosse in contrasto con gli artt. 6.2, 6.4, 19.4 a) e b) della Carta, introducendo restrizioni eccessive al diritto di sciopero e di contrattazione collettiva. Il Comitato ha affermato che questi diritti rappresentano la base necessaria per l'attuazione di altri diritti fondamentali sanciti dalla Carta e sono espressione delle Costituzioni di molti degli Stati membri. Secondo la decisione del Comitato, la restrizione dei diritti sindacali è compatibile con i principi della Carta (art. 6.2.) solo se è prevista dalla legge, se persegue obiettivi legittimi e se è proporzionata all'obiettivo perseguito. La legge svedese, al contrario, introducendo a priori una limitazione all'azione collettiva e vincolandola al perseguimento del solo "livello minimo" delle condizioni di lavoro viola il diritto fondamentale dei lavoratori di esercitare azioni collettive per la tutela dei propri interessi.

Come si vede da queste brevissime e sommarie notazioni, il quadro complessivo non si presta facilmente ad univoche e secche conclusioni, anzi, se si dovesse utilizzare un'immagine impressionistica si potrebbe dire che le sfumature prevalgono così tanto da consentire valutazioni molto diverse sulla portata applicativa delle Carte dei diritti (Carta dei diritti fondamentali, Carta sociale europea, Convenzione).

Resta però il fatto che le Carte hanno costituito un importante riferimento per la giurisprudenza sui diritti sociali, consentendole talvolta di superare dubbi o perplessità interpretative, forzando la mano ai legislatori nazionali. Del resto, che la "politica dei diritti", traducendosi in norme

⁷⁸⁹ CARUSO, 2009.

⁷⁹⁰ PANZERA, 2012.

⁷⁹¹ GUAZZAROTTI, 2013; PANZERA, 2012.

inderogabili, sia l'unico vero antidoto al potere dei mercati, è vero quanto è vero che i mercati hanno il potere di vanificarla; ma allo stesso modo le scritture costituzionali sono talvolta impotenti senza la decisione "politica" sui diritti, tant'è che la nostra stessa Costituzione, per quanto socialmente orientata, non ha impedito visioni estremamente riduttive dell'efficacia dei principi in essa iscritti, superate soltanto in via interpretativa a seguito di un complessivo (ri)orientamento teso a valorizzare, fra i diversi significati, quello maggiormente compatibile con la massima espansione dei diritti fondamentali e in special modo dei principi enunciati nella prima parte della Costituzione.⁷⁹²

In tal senso, l'asimmetria "costituzionale" fra diritti sociali e libertà economiche potrebbe rivelarsi emendabile solo attraverso decisioni politiche altrettanto fondamentali e costituzionali, in grado di assumere come asse privilegiato dell'integrazione europea non solo (o non tanto) l'obiettivo della realizzazione del mercato interno bensì la tutela effettiva dei diritti fondamentali, disegnando uno statuto della cittadinanza "sociale" nell'Unione.⁷⁹³

7. Il problematico ruolo dei giudici europei

L'idea che l'effettività dei diritti, anche dei diritti fondamentali, possa essere nelle mani di una tecnocrazia in grado di *surdeterminare* le politiche degli stati, ripropone ora in termini certamente nuovi lo storico tema del deficit sociale dell'Unione. Ma paradossalmente potrebbero essere di nuovo le Corti europee ad essere chiamate a definire il limite al di là del quale il riformismo "negativo" non può andare.⁷⁹⁴ Dovremo dunque ancora sperare nella funzione contro-maggioritaria delle Corti? Ciò che è certo, ad avviso di chi scrive, è che le scritture costituzionali sono destinate ad avere sempre più importanza nello spazio giuridico europeo, talché anche il potere di chi è chiamato ad interpretarle ed applicarle assume uno spessore peculiare, un ruolo decisivo di mediazione per fissare l'equilibrio fra mercato e diritti.⁷⁹⁵ Il paradigma dell'ordinamento multilivello è d'altra parte per sua natura orientato a conferire ai principi una funzione sempre più centrale nei conflitti che inevitabilmente si producono a causa dell'intersezione fra ordinamenti, e le Corti svolgono, in questo contesto, un ruolo fondamentale, assumendo o surrogando la funzione "politica" di decisore ultimo della compatibilità fra norme, ovvero definendo i contenuti dei diritti quando vengono immersi nel diritto dell'Unione subendo una mutazione morfologica rispetto alle Costituzioni nazionali, ove essi "vivono" in contesti assiologici del tutto differenti, non orientati dal "valore ordinante" dell'integrazione economica.⁷⁹⁶ Come scrive Marzia Barbera, "anche i sistemi multilivello hanno il bisogno di risolvere il problema di stabilire a chi spetti *the*

⁷⁹² Per questa "svolta" si veda BARBERA A., 1975.

⁷⁹³ BARBERA M., 2012; GIUBBONI, 2013.

⁷⁹⁴ Come la nostra Corte costituzionale, anche recentemente, ha fatto con le recenti sentenze n. 223 del 2012 e n. 116 del 2013, seppure criticate sotto altri aspetti, con le quali ha dichiarato l'illegittimità costituzionale delle misure con cui erano stati imposte riduzioni di trattamento economico a dipendenti pubblici con redditi più alti (v. GRIMAUDO, 2013). Ma attenta dottrina ricorda, a questo proposito, che proprio sulla giustiziabilità dei diritti sociali la stessa Corte costituzionale, nella giurisprudenza degli ultimi due decenni, non si è mostrata certo insensibile ai vincoli finanziari, tanto da "*contrarre sensibilmente il raggio d'azione del proprio controllo sulle scelte politiche in ordine alla riforme onerose*" ed ammettere interventi di *reductio* delle prestazioni dello stato sociale "*purché gli interventi risultino rispettosi del nucleo minimo/essenziale delle situazioni costituzionalmente protette*" (SALAZAR, 2013).

⁷⁹⁵ LO FARO, 2008.

⁷⁹⁶ FONTANA, 2010.

ultimate say, l'ultima parola, e la partita si gioca proprio sul terreno dei principi e diritti fondamentali".⁷⁹⁷ Il baricentro del sistema diviene così la Costituzione, non solo per la sua funzione di garanzia dei diritti fondamentali e di limite dei poteri "tecnocratici", non solo perché catalogo dei diritti irrinunciabili, ma anche perché è il terreno di scontro su cui si gioca il futuro dell'Europa sociale: prova ne sia, fra l'altro, l'affermazione dei "controlimiti" come ultima difesa degli stessi diritti fondamentali, contro un ordinamento multilivello tanto invasivo quanto recessivo.⁷⁹⁸ Eventualità, questa, nient'affatto teorica come dimostra la recente sentenza del Tribunale costituzionale del Portogallo che a seguito dell'impugnazione delle misure anti-crisi più dure imposte dalla troika europea nell'ambito del Programma di aiuti concordato con il Governo portoghese ne ha dichiarato l'incostituzionalità per violazione del principio di uguaglianza e proporzionalità e della dignità umana.⁷⁹⁹ Ma se al centro della scena c'è la Costituzione (anzi, le Costituzioni, al plurale) è la giurisprudenza che è chiamata a comporre, con le sue tecniche interpretative e decisorie, i conflitti, e nel contesto dei rapporti fra gli ordinamenti a partecipare ad un dialogo, bilaterale o triangolare, che nasconde, a ben vedere, una partita in cui è in gioco chi assume il ruolo di *play maker*, ovvero di garante ultimo dei diritti fondamentali (un esempio molto dibattuto è la vicenda dei precari della scuola, ove la sentenza della Corte costituzionale n. 311/2009 contrasta apertamente con la pronuncia della Corte CEDU *Agrati*).⁸⁰⁰

Diventa quindi ancora più attuale interrogarsi sul possibile "cortocircuito" fra i poteri di una tecnocrazia in grado di sovradeterminare la politica economica e sociale degli stati in modo avulso da fondamentali garanzie di legittimazione democratica, e i poteri attribuiti ai Giudici europei, poteri altrettanto "autocratici". Da qui, evidentemente, l'indifferibile esigenza della regolamentazione "politica" dei rapporti sociali all'interno dell'Unione, degli equilibri fra "ragione" economica e principio solidaristico, fra diritti e mercato, tanto più che proprio a seguito delle note vicende sottese al *Laval Quartet* si può dire "oramai svanita la fiducia che questi due mondi possano viaggiare in parallelo senza scontrarsi mai".⁸⁰¹

La giurisprudenza della Corte di Giustizia europea – come sottolinea Giubboni⁸⁰² - non è una giurisprudenza dai caratteri univoci e la sua complessità è tale che qualunque tentativo di valutazione rischia di cogliere solo una parzialità del grande lavoro svolto dalla Corte, considerando da un lato il suo ruolo a presidio della realizzazione del mercato interno e dall'altro la sua funzione di stimolo e guida per la tutela dei diritti fondamentali. Senza ritornare su questioni già ampiamente dibattute (anzi oggetto di una sterminata letteratura scientifica) può forse essere utile, nel contesto attuale, riconsiderare gli orientamenti della Corte di giustizia dinanzi al problema di fissare il punto di equilibrio fra tutela della libertà di circolazione e tutela delle azioni collettive (potenzialmente sempre in grado di costituire un ostacolo a quello che rappresenta uno dei "beni" fondamentali dell'ordinamento europeo). Privilegiando la logica dell'integrazione e liberalizzazione dei mercati, questi orientamenti sembrano possedere un grado piuttosto elevato di espansività, inducendo "mimetici" orientamenti della giurisprudenza nazionale. In una fase recessiva, di lunga durata, qual è quella che vive oggi l'Europa, possono evidentemente tradursi in

⁷⁹⁷ BARBERA M., 2012.

⁷⁹⁸ In tal senso CARABELLI, 2011.

⁷⁹⁹ SALVINO, 2013; SALAZAR, 2013.

⁸⁰⁰ Sulla questione SALAZAR 2013, anche per l'illustrazione di altri "momenti" di contrasto fra le due Corti.

⁸⁰¹ GUAZZAROTTI, 2013.

⁸⁰² GIUBBONI, 2012.

un'ulteriore ipotesi per la tutela di quei diritti fondamentali già così duramente stressati dai provvedimenti anti-crisi e direttamente minacciati dal generale declino degli standard sociali dei paesi europei.

Ma volendo (nonostante tutto) assumere una visione prospettica aperta a sviluppi positivi, una "rivisitazione" di questa giurisprudenza – quanto meno nei suoi più discutibili approdi raggiunti in *Laval* e *Viking* – sarà forse possibile proprio grazie al valore delle Carte dei diritti, spesso "predittive" delle successive opzioni normative ed ermeneutiche. Gli stessi recenti arresti della giurisprudenza CEDU sembrerebbero dimostrare che l'adozione della Carta non ha effetti soltanto "simbolici" e può dar luogo ad interpretazioni evolutive. La già ricordata, recentissima decisione del Comitato Europeo per i diritti sociali, in antitesi con gli orientamenti della Corte di giustizia, per quanto priva di potere normativo è un altro importante segnale. Proprio grazie all'influenza della Carta di Nizza la giurisprudenza dell'altra Corte europea – la Corte di Strasburgo – sembra esprimere decisamente l'intenzione di "incorporare" i diritti sociali nel sistema della Convenzione. Sono, questi orientamenti, la più convincente smentita a quelle posizioni radicalmente critiche⁸⁰³ che hanno posto in discussione la stessa struttura della Carta e il principio di fondo che la informa - ossia il principio di inscindibilità dei diritti e la loro classificazione in categorie di valore equiordinate - considerato estraneo alle costituzioni moderne, basate invece, secondo questo punto di vista, su una precisa tassonomia dei diritti, ovvero su una classificazione che esprime direttamente il loro ordine normativo e gerarchico: "in the unequal balancing of rights, social ones have become more important than the rights of the economy and of enterprises, which were seen as less important than personal rights in the twentieth century social (welfare) state".⁸⁰⁴ Ma, come è noto, circolano nella comunità giuridica "letture" molto più articolate, anzi l'indivisibilità dei diritti postulata dalla Carta consente probabilmente di archiviare una volta per tutte "quella lettura dicotomica che ha costituito per lungo tempo una delle ragioni principali dello stato di minorità di cui hanno sofferto i diritti sociali".⁸⁰⁵

In tal senso, si potrebbe sperare che le decisioni della Corte di giustizia nella materia particolarmente sensibile dei diritti collettivi siano state, in effetti, il portato di una precisa fase storico-politica dell'integrazione europea, nel quadro costituzionale definito da un lato dal TCE, con tutte le sue ambiguità, e dall'altro dalla incerta (o per meglio dire, inesistente, all'epoca) normatività della Carta dei diritti.⁸⁰⁶

8. Continuità e discontinuità nella giurisprudenza della Corte di Giustizia. Una rilettura critica del "Laval quartet"

L'obiettivo della realizzazione del mercato interno ha rappresentato uno dei "fili conduttori" della giurisprudenza della Corte di Giustizia, e la libertà di circolazione, suo strumento privilegiato, è da

⁸⁰³ AZZARITI, 2012.

⁸⁰⁴ Secondo AZZARITI, sarebbe proprio questa la principale innovazione introdotta dalla Carta: rappresentare i diritti fondamentali prescindendo dalle necessarie gerarchie fra i valori costituzionali dell'Unione, aprendo in tal modo la strada a bilanciamenti "liberi".

⁸⁰⁵ BARBERA M., 2012.

⁸⁰⁶ CARUSO, 2009.

sempre stata considerata alla stregua di un diritto fondamentale che non tollera ostacoli, neanche di minore importanza.⁸⁰⁷

È nell'ambito della libertà di circolazione delle merci che si formano quegli orientamenti di fondo utilizzati dalla Corte per "disciplinare" i rapporti fra l'istituzione del mercato interno e la (residua) "sovranità" degli stati, ossia, in altre parole, per definire il quadro delle differenze compatibili con la "logica" dell'integrazione europea. Se con la sentenza *Dassonville* sono state poste le basi per il pieno dispiegamento della libertà di circolazione,⁸⁰⁸ è con un'altra celebre sentenza⁸⁰⁹ che viene creata quella dottrina, poi utilizzata in modo sistematico, secondo cui restrizioni o limitazioni alla libertà di circolazione possono ammettersi solo in via d'eccezione e "se necessarie per rispondere ad esigenze imperative". Lo scrutinio delle normative nazionali viene in tal modo esteso non soltanto "ai presupposti formalmente richiesti ai fini dell'applicabilità del divieto di cui all'art. 34 TFUE" ma, soprattutto, alla verifica di quei parametri valutativi che rispondono, con formula di sintesi, al *principio di proporzionalità* (quale limite intrinseco all'applicazione dell'art. 34 TFUE), verifica da "esercitarsi a livello di diritto dell'Unione, in vista dell'esigenza di uniformità di applicazione e di unicità dei parametri di controllo".⁸¹⁰ Proprio la formula escogitata in *Cassis de Dijon* verrà poi utilizzata dalla Corte di giustizia nell'ambito della libertà di stabilimento (v. il *leading case Kraus*)⁸¹¹ e successivamente nell'ambito della libertà di prestazione dei servizi, affermando il principio secondo cui ogni deroga al divieto generale posto dall'art. 56 TFUE, anche se derivante da misure nazionali indistintamente applicabili, deve ritenersi eccezionale, sicché ogni restrizione posta dalle normative dello Stato ospitante deve essere giustificata da un interesse generale,⁸¹² sempre che, naturalmente, tale interesse non sia già salvaguardato dalle regole a cui è sottoposto il prestatore di servizi nello Stato membro in cui è stabilito.⁸¹³

Se, dunque, il *Laval quartet* riflette un orientamento molto distante da ogni possibile "supremazia" dei diritti sociali collettivi, le ragioni potrebbero forse individuarsi nelle correnti di fondo della giurisprudenza della CGE, il cui ruolo è stato quello di guidare la realizzazione del mercato interno

⁸⁰⁷ v. ad esempio sent. 13 dicembre 1989 C-49/89 *Corsica Ferries France*. Già a livello, per così dire, definitorio, l'integrazione europea è stata rappresentata come inderogabilmente orientata "ad eliminare ogni intralcio per gli scambi intercomunitari al fine di fondere i mercati nazionali in un mercato unico il più possibile simile ad un vero e proprio mercato interno" (sent. 5 maggio 1982 C-15/81 *Schul*; sent. 9 febbraio 1982 C-270/80 *Polydor*).

⁸⁰⁸ Fra gli altri SCHÜTZE, 2012 p. 247. Secondo la sentenza della Corte di giustizia (11 luglio 1974, C-8/74) ogni atto che possa ostacolare - direttamente o indirettamente, in atto o in potenza - gli scambi intercomunitari è incompatibile con l'ordinamento europeo, sicché anche misure indistintamente applicabili sono da considerarsi misure di effetto equivalente alle restrizioni esplicitamente vietate dall'art. 34 TFUE.

⁸⁰⁹ *Cassis de Dijon*, 20 febbraio 1979 C-120/78.

⁸¹⁰ TESAURO, 2012, p. 410-411; v. sent. 26 novembre 1985 C-182/84, *Miro*.

⁸¹¹ CGE 31 marzo 1993 C-19/92, ove la Corte ha affermato che l'art. 49 TFUE si oppone a qualsiasi misura nazionale che, sebbene indistintamente applicabile, sia suscettibile di rendere meno agevole o ostacolare l'esercizio di libertà fondamentali garantite dal Trattato, essendo ciò consentito solo nel caso in cui la misura nazionale in questione persegua uno scopo degno di tutela e sia giustificata da motivi di interesse generale, sia applicata in modo non discriminatorio e infine sia idonea a garantire il raggiungimento dell'obiettivo perseguito e non vada al di là di quanto necessario a raggiungere l'obiettivo stesso.

⁸¹² v. sent. 3 dicembre 1974 C-33/74 *Van Binsbergen*, punto 12.

⁸¹³ Sent. 18 gennaio 1979 C-110 e 111/78 *Van Wesemael*, punto 35. Lo scrutinio della Corte è, come è noto, particolarmente severo, sottoponendo in ogni caso l'ordinamento nazionale ad un rigoroso controllo di necessità e adeguatezza per verificare se le restrizioni sono obiettivamente necessarie per il raggiungimento dello scopo perseguito (interesse generale) e se lo stesso risultato non possa essere ottenuto mediante misure meno restrittive della libertà di prestazione dei servizi (*Van Binsbergen*, cit.), in applicazione del principio di proporzionalità.

adottando un principio di *favor* per le limitazioni della libertà degli stati, in funzione della tutela della libertà di circolazione.⁸¹⁴ Ed è evidente che in tal modo la Corte, affermando il primato della libertà di circolazione, non ha fatto altro che ubbidire alla logica dei Trattati, per i quali, a ben pensare, i diritti collettivi sono degli “illustri sconosciuti”.⁸¹⁵ L’unica *chance* che aveva la Corte di giustizia per affermare l’immunità – e dunque la piena effettività – dei diritti collettivi, consisteva nel negare l’effetto diretto orizzontale delle clausole dei Trattati a tutela della libertà di circolazione. Ma occorre, ad avviso di chi scrive, rettificare se non sconfessare quel pervasivo orientamento posto a base dell’intera architettura costituzionale dell’Unione, sia che si discuta di libertà di stabilimento⁸¹⁶ che di libertà di prestazione di servizi ex art. 56 TFUE,⁸¹⁷ stabilendo un’eccezione per le azioni collettive (diversamente da quanto la Corte ha più volte affermato nei confronti delle associazioni private che dispongono di un potere di regolamentazione: v. punto 65 di *Viking*). Anche se non mancavano validi argomenti per sottrarre le azioni collettive al bilanciamento⁸¹⁸ si trattava di una strada molto stretta, occorreva cioè remare controcorrente.⁸¹⁹

⁸¹⁴ Significativa – per le sue affinità con l’orientamento successivamente adottato dalla Corte – è la giurisprudenza sulla tutela della proprietà intellettuale, la cui disciplina è ispirata al principio di territorialità, ossia ad un principio agli antipodi rispetto al mercato comune (Tesauro, 2012 425). Seppure l’art. 345 TFUE riservi agli stati la disciplina del regime della proprietà, ciò non è stato sufficiente a sottrarre il settore della proprietà dei beni immateriali alle previsioni dei Trattati sulla libera circolazione e sulla concorrenza (sentenza 13 luglio 1966 C-56 e 58/64, *Consten e Grundig*).

⁸¹⁵ LO FARO, 2010.

⁸¹⁶ Già a partire dalla sentenza *Reyners* (21 giugno 1974 C-2774), in materia di libertà di stabilimento ex art. 49 TFUE, la Corte di giustizia ha affermato infatti che il principio del trattamento nazionale, in base al quale la libertà di stabilimento dev’essere realizzata alle stesse condizioni definite dalla legislazione del paese di stabilimento, costituisce un obbligo preciso e incondizionato che può essere invocato dai singoli, in quanto dotato di effetto diretto, con la conseguenza che qualsiasi misura, distintamente o indistintamente applicabile, che condizioni o ostacoli la libertà di stabilimento dev’essere considerata illegittima, con l’ulteriore, ma importante specificazione, che il principio del trattamento nazionale non può in nessun caso condurre alla negazione della libertà di stabilimento conferita dal Trattato. E nella giurisprudenza più recente – a partire dalla già citata sentenza *Kraus* – la Corte, riprendendo la dottrina elaborata nella sentenza *Cassis de Dijon*, ha precisato che ogni restrizione alla libertà di stabilimento – a meno che non sia giustificata da motivi imperativi d’interesse generale e superi il rigoroso test di proporzionalità – è in contrasto con l’art. 49 TFUE, norma che si oppone a qualsiasi misura che, pur non essendo discriminatoria ai danni dello straniero, sia “suscettibile di ostacolare o rendere meno agevole da parte dei cittadini dell’Unione europea l’esercizio di libertà fondamentali garantite dal Trattato” (v. fra le altre sent. 12 dicembre 2002 C-324/00 *Lankhorst-Hohorst*), con la conseguenza che il singolo cittadino può legittimamente invocare l’art. 49 TFUE a tutela della libertà di stabilimento ogni volta che misure nazionali risultino essere in contrasto, nei termini anzidetti, con le disposizioni del Trattato (TESAURO 2012, p. 515).

⁸¹⁷ È già con la sentenza *van Binsbergen* (CGE 3 dicembre 1974 C-33/74) che la Corte di Giustizia ha impresso un’indubbia accelerazione alla liberalizzazione delle attività economiche ed ha affermato, sul presupposto che la libertà in questione è una delle libertà fondamentali del sistema dell’Unione, l’efficacia diretta ed incondizionata degli artt. 56 e 57 TFUE, norme che si oppongono all’applicazione di qualsiasi atto interno ad esse contrario (v. sent. 17 dicembre 1981 C-279/80, *Webb*). Anche nel disciplinare la libertà di prestazione dei servizi la Corte ha fatto ricorso alla dottrina elaborata nel contesto della libera circolazione delle merci, ritenendo vietate in linea di principio “tutte le misure restrittive e non solo quelle che si risolvono in una discriminazione, in diritto o in fatto” (TESAURO 2012, 560), ed ha pertanto affermato che l’art. 56 si oppone ed esige la soppressione di qualsiasi restrizione, anche indistintamente applicabile, che sia tale da ostacolare o rendere più oneroso per le imprese stabilite in uno Stato membro lo svolgimento di una prestazione di servizi in un altro stato membro (sent. 25 luglio 1991 C-76/90, *Säger*).

⁸¹⁸ Per una critica serrata alla teoria dell’effetto diretto orizzontale delle libertà economiche anche nei confronti delle azioni collettive v. BERCUSSON, 2009 p. 667-668.

⁸¹⁹ Piuttosto risalente è infatti la dottrina della Corte di giustizia secondo cui ricadono nel campo di applicazione della libertà di stabilimento ex art. 49 TFUE e della libertà di prestazione dei servizi ex art. 56 TFUE non solo le misure pubbliche ma anche gli atti delle organizzazioni professionali (*Wouters e a.* 19 febbraio 2002 C-309/99, punto 120) e delle associazioni sindacali (*Van Ameyde* 9 giugno 1977 C-90/76 punto 28; successivamente v. *International Transport Workers’ Federation*, 11 dicembre 2007 C-438/05, punti 33 ss.). È dunque in accordo con questa giurisprudenza che si è affermato in *Viking* (e sul punto le conclusioni dell’AG Poiares Maduro non divergono da quelle della Corte) che l’ambito di applicazione della libera prestazione di servizi non è “limitata agli enti quasi pubblici o alle associazioni che svolgono una funzione di regolamentazione e dispongono di un potere quasi legislativo” (punto 64), e ciò in quanto l’obiettivo della soppressione di ostacoli o restrizioni alla libera circolazione verrebbe compromesso se, oltre alle barriere

La Corte non ha mai avuto dubbi nell'affermare l'effetto diretto delle disposizioni che tutelano la libertà di circolazione, il che è ben comprensibile se si considera la funzione svolta dalla teoria dell'effetto diretto nel progetto di integrazione europea, essendo, da un lato, direttamente finalizzata alla realizzazione dell'obiettivo di assicurare la libera circolazione delle persone, come stabilito dall'art. 3 par. 2 TFUE, dall'altro fondamentale per contribuire all'integrazione economica del mercato interno, stante fra l'altro il rilievo che hanno i servizi nell'economia del continente europeo.⁸²⁰ Seppure c'è stata una frizione interpretativa,⁸²¹ a ben vedere gli spazi per poter ri-considerare questo principio erano oggettivamente limitati.⁸²²

Attenti studiosi hanno notato che in tal modo la Corte avrebbe introdotto “negli ordinamenti nazionali un diritto fondamentale di natura economica ignorato dalle tradizioni costituzionali europee, ivi compresa quella italiana”.⁸²³ In effetti anche nel nostro ordinamento la libertà economica dell'imprenditore è tutelata di fronte ad un'azione sindacale, ma si sottolinea la differenza sostanziale fra il limite posto dall'art. 41 Costituzione – che “permette di identificare un interesse datoriale (incomprimibile dallo stesso diritto di sciopero) a tutela dell'impresa nella sua dimensione “statica” o verticale” – e il diritto dell'Unione, nell'ambito del quale la libertà economica viene considerata nella sua dimensione dinamica ed orizzontale, tutelando non già la (mera) sopravvivenza dell'impresa (a tutela degli stessi occupati) bensì “il suo esercizio, il suo libero muoversi ed agire nel mercato”.⁸²⁴ Ma a sommosso avviso di chi scrive, la Corte di Giustizia più che all'interesse dell'impresa in sé considerato, ha guardato al valore della libertà di circolazione nel progetto di istituzione di un mercato integrato delle economie del vecchio continente, che costituisce la vera *Grundnorm* del sistema dei Trattati. E del resto solo una tutela così estesa e così radicalmente intesa era forse in grado di evitare il depotenziamento della portata “demolitoria” della libertà di circolazione (non a caso la Corte di giustizia ha richiamato in queste sentenze i propri precedenti in materia di libertà di circolazione delle merci, ove l'eliminazione di ogni ostacolo o restrizione è stata perseguita in modo estremamente rigoroso).⁸²⁵ Sarebbe stato dunque estremamente problematico per la Corte “collocare al centro del ragionamento relativo al bilanciamento non le libertà economiche, ma il diritto fondamentale di sciopero, verificando non più entro che limiti le prime possono essere incise restrittivamente dal secondo, ma piuttosto, quanto

poste dagli stati, non si eliminassero quelle risultanti dall'esercizio dell'autonomia di associazioni o organismi non disciplinati dal diritto pubblico, tanto più che, limitando solo agli atti della pubblica autorità il divieto in parola, si “rischierebbe di creare delle gravi discrepanze, tenuto conto dei diversi livelli normativi esistenti nei vari stati membri (alcuni pervasi da normativa pubblica, altri, di common law, più portati a forme di autoregolamentazione) o dei diversi tempi o modalità con cui sono state realizzate le privatizzazioni di interi settori economici di servizi un tempo appannaggio dell'operatore pubblico” (D'ACUNTO, 2012).

⁸²⁰ D'ACUNTO, 2004.

⁸²¹ LO FARO, 2008.

⁸²² Né poteva desumersi dalla riserva di competenza posta dall'art. 137.5 TCE l'esclusione dei diritti collettivi dall'ambito di applicazione delle clausole che tutelano la libertà di circolazione, percorso questo estremamente impervio ed escluso dalla Corte, sia pure in altri contesti, nella sua pregressa giurisprudenza (v. fra le altre la sentenza *Decker* 28 aprile 1998 C-120/95). Per questa “alternativa” v. CARABELLI, 2009.

⁸²³ ORLANDINI, 2008.

⁸²⁴ ORLANDINI, 2008; CARABELLI, 2008.

⁸²⁵ Citando NOVITZ, BERCUSSON provocatoriamente osserva che, in base all'interpretazione della Corte, anche l'esercizio di poteri privati, come quelli delle imprese multinazionali, potrebbe essere vulnerato dall'effetto diretto orizzontale delle clausole dei Trattati (BERCUSSON, 2009, p. 669 in nota).

quest'ultimo possa essere legittimamente condizionato da quelle".⁸²⁶ Lo impediva il primato che la libertà di circolazione possiede nel sistema dei Trattati, ossia il peso e il valore effettivo - al di là dell'enunciata, astratta loro equi-ordinazione - dei due diritti fondamentali "bilanciabili".⁸²⁷

Considerando la sua giurisprudenza sul mercato interno, si potrebbe quindi ritenere che era già nelle "corde" della Corte europea il principio della "sindacabilità" dell'azione collettiva in presenza di una situazione di conflitto con una delle libertà fondamentali del Trattato, anche se gli esiti cui pervengono le sentenze *Laval* e *Viking* (in particolare quest'ultima) finiscono per determinare vincoli stringenti, imponendo l'osservanza della gerarchia di obiettivi e valori propri dell'ordinamento sovranazionale, seppure estranea agli ordinamenti nazionali.⁸²⁸ In Svezia, come è noto, a seguito della decisione della CGE sul caso *Laval*, la Labour Court ha affermato che l'effetto orizzontale dell'art. 56 TFUE impone di considerare i sindacati responsabili per la violazione della libera prestazione di servizi, disapplicando la normativa nazionale e condannando il Sindacato dei marittimi al risarcimento dei danni a favore della Società *Laval un Partneri Ltd*, ed inoltre il contrasto fra le norme nazionali (la Lex Britannia) ed il diritto dell'Unione ha prodotto una revisione della stessa normativa legale.⁸²⁹

La *ratio* degli orientamenti della Corte sta dunque nel primato della libertà di circolazione dei fattori economici,⁸³⁰ affermato perentoriamente nella sua giurisprudenza ed escludente perciò ogni possibile accostamento ai principi di *Albany*. Il che, forse, poteva essere apertamente enunciato come il portato delle disposizioni dei Trattati, evitando di rappresentare la decisione sul conflitto fra libertà economiche e diritti sociali come un labirinto nel quale è però evidente a tutti che il filo d'Arianna è nelle mani del mercato, con un'applicazione alquanto spregiudicata del tradizionale *favor libertatis*, secondo la dottrina *Cassis de Dijon*.

In tal senso, queste decisioni sembrano porsi più in "continuità" che in "discontinuità" con la giurisprudenza della Corte da più di vent'anni a questa parte. Rilette oggi, nel contesto di una crisi che è pure crisi dell'azione collettiva, appaiono paradossalmente coerenti con le istanze di funzionalizzazione della sfera sindacale (ed aderenti a quei modelli nazionali in cui il diritto di sciopero è strettamente strumentale "alla tutela degli interessi collettivi oggetto di contrattazione").⁸³¹ Il principio di proporzionalità – seppure diversamente declinato in *Viking* e *Laval* – implica un controllo sulla legittimità delle azioni collettive e della contrattazione collettiva che nell'attuale fase recessiva potrebbe condurre ad esiti anche più "duri" (sia sul piano, molto concreto, delle cause di giustificazione, sia perché nel valutare la possibilità di utilizzare altri mezzi, meno restrittivi, per conseguire i propri obiettivi, e di esperire tutti i mezzi possibili prima di avviare un'azione di autotutela risolvendosi in un ostacolo alla libertà di circolazione, entrano in gioco profili di opportunità e di merito circa gli interessi coinvolti nel conflitto che potrebbero

⁸²⁶ CARABELLI, 2011 p. 221.

⁸²⁷ Come del resto opportunamente è evidenziato in CARABELLI, 2009 e 2011.

⁸²⁸ PALLINI, 2008. E ciò avviene allargando a dismisura l'ambito di operatività del controllo giudiziario in quanto, a ben vedere, non solo gli atti ma anche i semplici "comportamenti" dei soggetti collettivi entrano ora, grazie a queste sentenze, nel raggio d'azione delle clausole orizzontali (la Corte, si ripete, ha espressamente richiamato le sentenze *Commissione c. Francia* e *Schmidberger*). Ed è certo criticabile che la Corte abbia poi ritenuto che la restrizione ingiustificata della libertà di circolazione determini non già una responsabilità degli stati bensì dei soggetti che hanno posto in essere i comportamenti lesivi, assimilando un'azione collettiva ad un atto di autonomia dotato di effetti generali (CARABELLI, 2007; BALLESTRERO, 2008).

⁸²⁹ Per un'analisi della sentenza e delle reazioni critiche v. RONNMAR, 2010.

⁸³⁰ LO FARO, 2010.

⁸³¹ Così SCIARRA, 2008 p. 249; CARABELLI, 2008 e 2009.

risultare fortemente influenzati dalla reazione dei mercati). Ed inoltre, se il test di proporzionalità viene affidato ai giudici nazionali, l'influenza determinata dalle concrete condizioni economico-sociali potrebbe alimentare pratiche fortemente restrittive, tanto più che in un ciclo economico recessivo garantire la libertà di circolazione e sfruttare la concorrenza regolativa, anche a costo di "sacrificare" le libertà collettive come altri diritti sociali fondamentali, potrebbe rappresentare una scelta "obbligata" proprio per i paesi più colpiti dalla crisi.

Alcune considerazioni merita, poi, la sentenza *Laval*, per le sue strettissime implicazioni con l'interpretazione di una delle direttive più importanti nella storia dell'Europa sociale.

In *Laval* la Corte ha interpretato le norme di protezione necessaria della direttiva 96/71/CE sui lavoratori distaccati nell'ambito di una prestazione transfrontaliera di servizi come limite massimo a cui l'azione collettiva deve attenersi⁸³² ed è questo un punto critico difficilmente superabile. La proporzionalità – ossia la legittimità dell'azione collettiva e della contrattazione - è implicita nel rispetto degli standard di trattamento, non lo è più, tuttavia, se questi standard diventano incerti per effetto della contrattazione a livello aziendale.⁸³³ In tal modo il nucleo di diritti minimi per i quali vige la parità di trattamento (art. 3 comma 1) esaurisce la tutela dei lavoratori occupati nell'ambito di una prestazione di servizi. Ogni altro trattamento di derivazione collettiva è esigibile solo se indistintamente applicabile. Ottimisticamente si potrebbe cogliere in ciò una sorta di sollecitazione implicita nei confronti degli stati a offrire un sostegno legislativo alla contrattazione collettiva, per garantirne la generalizzazione degli effetti.⁸³⁴

Occorre d'altra parte ricordare che, interpretando il principio del trattamento nazionale in termini relativi e non assoluti, la Corte ha sempre escluso che ai sensi degli art. 56 e 57 TFUE tutta la legislazione nazionale di uno Stato membro possa essere integralmente applicata alle attività a carattere temporaneo esercitate da prestatori di servizi stabiliti in un altro Stato membro (v. *Webb*, cit. punto 16), e ciò perché altrimenti si finirebbe per applicare alla disciplina della prestazione di servizi la diversa disciplina prevista dal Trattato per la libertà di stabilimento, con la conseguenza di privare di effetto utile la disciplina volta a garantire la libera prestazione dei servizi.⁸³⁵ Certo in questo modo si sono obiettivamente poste le condizioni perché le imprese che prestano servizi in uno Stato membro possano godere dei vantaggi concorrenziali derivanti dall'applicazione della disciplina del paese d'origine, ma la Corte ha privilegiato piuttosto l'obiettivo di assicurare (e non vanificare) la libertà di circolazione, bene supremo nel diritto dell'Unione.

Se l'interpretazione della Corte appare effettivamente "sbilanciata", occorre nondimeno ricordare che la direttiva 96/71/CE ha rappresentato un compromesso a parziale (anzi minimale) tutela del principio del trattamento nazionale, seppure con le limitazioni dettate in *Rush Portuguesa* (ove si è affermato, riprendendo l'orientamento di *Mazzoleni*, che l'integrale applicazione al lavoratore distaccato del trattamento nazionale non è compatibile con l'art. 56 TFUE, passibile di restrizioni soltanto "da norme nazionali giustificate da un pubblico interesse (...) e solo nella misura in cui tale interesse non risultasse garantito dalle norme alle quali il prestatore di servizi è

⁸³² BALLESTRERO, 2008; GIUBBONI, 2013.

⁸³³ BERCUSSON, 2009 p. 706.

⁸³⁴ CARUSO, ALAIMO, 2011, p. 78-79.

⁸³⁵ v. sent. 15 marzo 2001, C-165/98, *Mazzoleni*.

soggetto nello Stato membro d'origine").⁸³⁶ Del resto la direttiva succede ad una disciplina (la Convenzione di Roma) sulla legge applicabile ai rapporti di lavoro connotati da "internazionalità" non priva di elementi di tutela del diritto dell'impresa distaccante di mantenere ferma la disciplina del paese d'origine.⁸³⁷ Tende a garantire – sia pure, si ripete, preservando l'effetto utile della libertà di circolazione – il rispetto di "quelle norme di ordine pubblico di applicazione necessaria nel luogo di esecuzione della prestazione lavorativa, che costituiscono un nucleo irrinunciabile di protezione minima per il lavoratore distaccato e stabilendo criteri per l'applicazione dei contratti collettivi (dei quali la Convenzione nulla dice)".⁸³⁸

Probabilmente l'interpretazione piuttosto rigida della Corte di Giustizia vuole in realtà ad impedire atti virtualmente idonei a creare surrettizie barriere difensive a favore delle imprese (e dei mercati) locali, assecondando chiusure e posizioni protezionistiche. Tema, questo, particolarmente delicato oggi e denso di implicazioni, soprattutto in presenza di forti tendenze "identitarie" (nazionali e territoriali) a difesa di vecchi e nuovi privilegi. Per comprendere *Laval* occorre forse tener presente che l'obiettivo dell'integrazione europea non tollera l'esistenza di "zone franche" sottratte alla concorrenza e alla libera circolazione. Più che confessare con la sua sentenza propositi "antisociali" o pregiudizi verso le organizzazioni dei lavoratori, in effetti la Corte appare in difficile equilibrio fra due opposte polarità, poiché se il *race-to-the-bottom* rappresenta un pericolo per le condizioni di lavoro e gli equilibri interni delle economie avanzate, la tutela "a prescindere" dei mercati nazionali o locali contiene in sé il germe di pericoli quanto meno equivalenti, amplificati oggi dalla crisi europea, che potrebbe veder rinascere nazionalismi e rivendicazioni protezionistiche, estremo tentativo di salvaguardare posizioni competitive sul mercato globale. Difendere il primato della libertà di circolazione - una sorta di super-valore costituzionale - appare dunque la vera preoccupazione della Corte, pur nell'ambito di una dottrina attenta a non chiudere le porte a futuri diversi equilibri, così da far discendere la propria decisione non dalla presa d'atto dell'asimmetrico "peso" dei diritti in gioco bensì dall'asettico test di proporzionalità, non negando la natura anch'essa fondamentale del diritto di contrattazione collettiva e di azione collettiva.

9. La libertà di circolazione nel contesto della crisi economica. Qualche considerazione critica

Indubbiamente, al cospetto della crisi e dei nuovi scenari che sembrano aprirsi al centro ed alla periferia dell'Europa, anche la giurisprudenza della Corte - a partire soprattutto dalle sentenze *Laval* e *Rüffert* - assume oggi una luce diversa. Sta forse scomparendo o mutando il vecchio quadro di riferimento, nel quale, a ragione, il *favor libertatis* della Corte di Giustizia era stato considerato una delle armi più affilate del *dumping* sociale e la stessa Direttiva sui distacchi - interpretata in *Laval* e *Rüffert* come dispositivo che cristallizza i livelli massimi di trattamento che gli Stati

⁸³⁶ GIUBBONI, 2012; BALLESTRERO, 2008.

⁸³⁷ Il Regolamento n. 593/2008, che ha riprodotto la disciplina prevista dalla Convenzione di Roma del 1980, prevede infatti che il rapporto di lavoro sia disciplinato dalla legge del paese nel quale (o a partire dal quale) il lavoratore svolge abitualmente la propria attività lavorativa (art. 8.1 del Regolamento). Come nota Giubboni, la flessibile nozione di "abitudine" e "temporaneità" ha di fatto creato una rete a maglie larghe, non contraddetta dall'art. 9 del Regolamento che impone l'applicazione delle norme c.d. "super-imperative" ossia di applicazione necessaria, solo "in casi eccezionali o internazionalmente imposti" (GIUBBONI, 2012 p. 105).

⁸³⁸ ROCCELLA-TREU, 2007 p. 145.

possono imporre ai prestatori di servizi stabiliti in altri Stati membri – era ritenuta in grado di determinare, quanto meno potenzialmente, una concorrenza al ribasso fra ordinamenti, mettendo in pericolo le storiche conquiste sociali dei paesi più industrializzati.⁸³⁹ Si va infatti sempre più riducendo quel differenziale socio-economico fra i *new comers* e gli altri paesi europei (fenomeno del resto manifestatosi anche a livello “globale” fra paesi emergenti e paesi di area occidentale) che ne rappresentava il presupposto “materiale”. In altri termini, se la tutela della libertà di stabilimento – *alias* il principio del trattamento nazionale - ha significato tutela della dislocazione delle imprese in paesi a basso costo del lavoro e la libertà di prestazione dei servizi – *alias* il principio del paese d’origine – libertà per le imprese stabilite nei paesi *new comers* di accedere ai mercati dei paesi ad alto costo del lavoro,⁸⁴⁰ le nuove condizioni che rapidamente si vanno delineando potrebbero modificare, almeno in parte, questo scenario, rendendolo più fluido e probabilmente meno scontato. Ciò non vuol dire, beninteso, che la concorrenza fra ordinamenti vada scomparendo, anzi, è ancora più virulenta in una situazione di depressione economica, ma probabilmente si giocherà in futuro sempre più sul terreno delle delocalizzazioni anziché sull’utilità marginale realizzata mediante la prestazione di servizi transfrontaliera (e ciò grazie, soprattutto, al *principio del trattamento nazionale* che tuttora presiede in modo non controllato alla libertà di stabilimento). L’imposizione da parte delle istituzioni europee di riforme dello stato sociale nei paesi più deboli dell’Eurozona potrebbe configurarsi come una spinta implicita in direzione di fenomeni competitivi intensi fra i diversi sistemi nazionali. E tanto più il “riformismo negativo” otterrà di portare i sistemi nazionali, con maggiore o minore gradualità, lungo direttrici recessive sul piano delle tutele sociali, tanto più il principio del trattamento nazionale finirà, inevitabilmente, per disegnare condizioni profittevoli per la libertà di stabilimento (utilizzata anche strumentalmente da imprese multinazionali per poter disporre di manodopera a basso costo ed offrire servizi economicamente più competitivi nei paesi economicamente più sviluppati)⁸⁴¹ ancorché disastrose per la tenuta dei diritti sociali e del lavoro nei vari paesi europei.

In tal senso il problema centrale di questa fase potrebbe diventare quello della concorrenza fra gli ordinamenti innescata dalla nuova “regolamentazione per la competitività”,⁸⁴² al fine di garantire condizioni di maggior favore per gli investimenti e l’occupazione a livello locale, perdendo di vista l’interesse comune ed innescando, come si è notato, “spinte depressive dei trattamenti economici e normativi nell’ambito dell’intero mercato interno”.⁸⁴³

Ma come per la libertà di prestazione di servizi, la libertà di stabilimento crea un terreno fertile per la regolazione, essendo a tutti evidente che se la direttiva sui distacchi ha impedito, sia pure con soluzioni compromissorie, una competizione selvaggia nello spazio interno degli stati, la stessa finalità andrebbe perseguita per non alimentare una competizione fra stati (che rischia di evocare la classica “lotta fra nullatenenti”) disciplinando la libertà di stabilimento mediante opportune “deroghe” al principio del trattamento nazionale, così da definire uno standard europeo di trattamento minimo. Ma, al riguardo, non sembrano allo stato esservi né consapevolezza né alcuna concreta progettualità, anche perché il modo più efficace per “contenere” o disciplinare gli effetti nefasti dello spostamento delle imprese verso “lidi aurei” per i propri interessi

⁸³⁹ V. DEAKIN, 2011.

⁸⁴⁰ JOERGES, 2007.

⁸⁴¹ CARABELLI, 2011.

⁸⁴² Secondo la definizione di HEPPLÉ, 2003.

⁸⁴³ CARABELLI, 2011.

economici sarebbe quello di rovesciare uno dei postulati dell'integrazione europea da quasi un ventennio, ritornando a discutere di armonizzazione dei sistemi nazionali. Sicché si potrebbe oggi sperare che l'Unione scopra al più presto la necessità di regolamentare la libertà di stabilimento, utilizzando parametri valutativi tendenti alla tutela dei diritti fondamentali. Una libertà, fra l'altro, che, se esercitata senza regole comuni, potrebbe finire per creare un nuovo puzzle geo-economico dell'Unione europea, senza alcun potere di influenza né degli attori pubblici né delle parti sociali: anche per questo necessario oggetto di una regolamentazione, seppure minimalista, in grado di contribuire alla costruzione di una vera costituzione sociale europea sciogliendo i nodi del rapporto fra mercato e diritti.⁸⁴⁴ Ma se la proposta di una regolamentazione che preveda "trattamenti minimi omogenei per tutti gli stati e che quindi sia capace di limitare *ab origine* i pericoli del social dumping tra i paesi membri - evitando che (...) le imprese siano indotte a spostarsi verso i paesi membri a più bassa protezione sociale (anche distaccando lavoratori da quelle zone verso situazioni più avanzate)"⁸⁴⁵ appare oggi a tanti studiosi ed osservatori possibile e necessaria, non è affatto certo che questa sia anche la volontà dei "signori dei Trattati".

10. La giurisprudenza più recente della Corte di Giustizia

Nella giurisprudenza successiva la Corte di Giustizia sembra poi adottare una linea più cauta, anche se, a ben vedere, l'orientamento di fondo resta sostanzialmente lo stesso. Anche in *Commissione c. Germania*,⁸⁴⁶ seppure in un contesto diverso, l'impianto di *Laval* non viene affatto smentito:⁸⁴⁷ il contratto collettivo non è "immune" dall'ambito di applicazione delle clausole dei Trattati sulle libertà economiche (la Corte respinge decisamente l'accostamento ad *Albany e van der Woude*; nelle sue conclusioni, del resto, l'Avvocato generale esplicitamente opta per un'interpretazione fortemente restrittiva della c.d. "eccezione Albany").⁸⁴⁸ Anche in questo caso, con molta nettezza, la Corte non dimentica di sottolineare come la contrattazione collettiva, per quanto ascendente ad un diritto fondamentale equidistante alle libertà economiche, non sia affatto libera nel suo agire, dovendo conformarsi al diritto dell'Unione e rispettare il principio di proporzionalità. Nella fattispecie la Corte ha così concluso che un contratto collettivo che viola e di fatto disapplica le direttive europee in materia di appalti pubblici, attuative della libertà di stabilimento e di prestazione di servizi, oltre che poste a tutela della concorrenza, chiama in causa la responsabilità dello Stato membro a cui è imputabile la violazione degli obblighi imposti dalle Direttive medesime (dir. n. 92/50 e 04/18).

In questa decisione della CGE è difficile, in verità, rintracciare ostilità pregiudiziali nei confronti dei diritti collettivi.⁸⁴⁹ Per "immunizzare" il contratto collettivo si sarebbe dovuto escludere il suo assoggettamento alle disposizioni del diritto primario riguardanti la libertà di stabilimento e la libera prestazione dei servizi, che hanno costituito la base giuridica delle due Direttive 92/50 e 04/18, ma questa era una strada preclusa dalla costante giurisprudenza sul punto della Corte e, del resto, forse neppure auspicabile *in toto*, considerando i rapporti "privilegiati" esistenti in molti degli Stati membri fra le organizzazioni dei lavoratori più rappresentative, il sistema delle imprese

⁸⁴⁴ BERCUSSON, 2009.

⁸⁴⁵ BRONZINI, 2012 p. 112.

⁸⁴⁶ Sent. 15 luglio 2010 C-271/08.

⁸⁴⁷ CARABELLI, 2011.

⁸⁴⁸ Per una critica al rifiuto della Corte di giustizia di applicare in *Viking* lo stesso paradigma di *Albany*, v. BERCUSSON, 2009 p. 663.

⁸⁴⁹ SYRPIS, 2011.

ed i pubblici poteri, rapporti che potrebbero dar luogo ad un possibile (perverso) intreccio corporativo di interessi (come l'Avvocato Generale, nelle sue conclusioni, sembra, seppure fra le righe, far intendere: v. il punto 106, ove paventa "il rischio che al termine della contrattazione risultino preferite le imprese locali" stante "la naturale tendenza delle amministrazioni aggiudicatrici a prediligere imprese nazionali"; analoghe considerazioni in *Commissione c. Grecia*, sent. 4 maggio 1995).

Ed anche nelle più recenti sentenze sui casi *Sabine Hennings* e *Land Berlin* (cause riunite C-297/10 e 298/10) la Corte, ribadendo ancora una volta che il diritto di negoziazione collettiva è un diritto fondamentale garantito dalla Carta dei diritti, riafferma, seppure da tutt'altra angolazione, il principio dell'assoggettamento delle libertà collettive al diritto dell'Unione e, nella fattispecie, del necessario rispetto della Direttiva 2000/78/Ce, che vieta discriminazioni in ragione dell'età, fatte salve le disparità di trattamento giustificate ai sensi dell'art. 6 della Direttiva.

In definitiva, la giurisprudenza della Corte di Giustizia sul rapporto fra diritti collettivi e libertà economiche può intendersi, almeno in parte, come una fermissima difesa dell'obiettivo della realizzazione del mercato interno e del suo strumento privilegiato, la libertà di circolazione, ossia del quadro "costituzionale" definito dai Trattati, sia pure cercando di bilanciare questo obiettivo con il riconoscimento della natura di "diritto fondamentale" delle libertà sindacali. E se vuol comprendersi come mai la Corte di Lussemburgo sembra incorrere in un apparente "strabismo" quando giudica i diritti collettivi e quando invece offre ampia tutela ai diritti individuali – nel primo caso utilizzando il bilanciamento quale arma di sostanziale paralizzazione delle istanze collettive, nel secondo caso il principio di eguaglianza per contrastare ogni discriminazione e promuovere i diritti sociali dei lavoratori "prefigurando tratti di una cittadinanza sociale comune"⁸⁵⁰ - non può prescindere dal valore che assume, in rapporto all'ordinamento della U.E. in sé considerato, l'eliminazione degli ostacoli che si frappongono alla libertà di circolazione. Del resto anche l'elaborazione della Corte sui principi antidiscriminatori è probabilmente intrecciata, in qualche misura, alla dottrina sulla libertà di circolazione (che attua principi antidiscriminatori in campo economico). Si potrebbe forse individuare una stessa matrice di fondo nella giurisprudenza della Corte di giustizia, sia quando crea nella dimensione individuale le premesse di un *welfare* europeo transnazionale, sia quando afferma il primato assoluto della libertà di circolazione dei fattori economici.

In quest'ottica l'inflessibile razionalizzazione operata dalla Corte, che non tollera con d'ombra e non consente la protezione, attraverso gli schermi forniti dai contratti collettivi, di interessi particolari privilegiati rispetto all'interesse generale alla piena integrazione dei mercati, potrebbe aprirsi ad altri sviluppi se soltanto le priorità "politiche" dei signori dei Trattati fossero o divenissero altre.

Ma intanto, a ben vedere, il quadro costituzionale che ha ispirato le decisioni della Corte è il medesimo quadro all'origine della crisi europea. Eppure i cambiamenti (auspicabili) non possono essere chiesti alla Corte, poiché chiamano in causa, necessariamente, le decisioni politiche sui rapporti fra ordinamenti nazionali ed ordinamento europeo e sui fini stessi dell'integrazione europea. Gli equilibrismi della Corte spacciati per operazioni di bilanciamento nascondono chiaramente il primato della libertà di circolazione dei fattori economici sulla tutela dei diritti sociali,

⁸⁵⁰ PINELLI-TREU, 2010 p. 16.

ossia l'applicazione del diritto dell'Unione sulle norme nazionali contrastanti (come dimostra il caso svedese). A dominare è dunque la logica dei Trattati, che vincola la Corte ancorandola ai canoni valutativi da essa elaborati nel corso di una risalente e mai smentita giurisprudenza. Il bilanciamento c'entra ben poco, essendo piuttosto in discussione le condizioni date affinché i diritti collettivi possano derogare alla libertà di circolazione.

Certo non si può esser lieti che il mercato sia in grado di utilizzare la libertà di circolazione come una lama di rasoio nei confronti di ordinamenti nazionali che possiedono livelli di tutela dell'azione collettiva e del diritto di contrattazione sconosciuti all'ordinamento comunitario. Siamo tributari, per questo, alla teoria del primato (teoria che si vorrebbe probabilmente ridimensionare con la dottrina dei "controlimiti"), per altri versi all'origine dell'adeguamento degli ordinamenti nazionali a più avanzati equilibri in tema, ad esempio, di diritti civili o diritti dello straniero. Viviamo dunque un'altalena di "emozioni" quando guardiamo a ciò che si produce nelle dinamiche non sempre lineari dell'ordinamento europeo. Tutto questo sollecita inevitabilmente un confronto fra presente e passato, ed in particolare, per quanto attiene la dottrina del diritto del lavoro italiana, con la nostra Costituzione del 1948. Ma forse più intriganti, bisogna ammetterlo, sono le differenze venute a galla nella insperata tutela dei diritti sociali collettivi nell'ambito del Consiglio d'Europa, alla luce degli sviluppi, in verità sorprendenti, della giurisprudenza CEDU. Comparativamente, la tutela che i diritti in questione ricevono nell'ambito del Consiglio d'Europa - ove i diritti sociali collettivi sono immersi in un ordinamento i cui fini sono sintonici con l'obiettivo della tutela massimale dei diritti - può sollecitare utili riflessioni, giacché in ultima analisi gli ordinamenti sono sempre frutto di decisioni politiche.⁸⁵¹

11. Il controcanto. La giurisprudenza CEDU sui diritti collettivi.

E, certo, le soluzioni date dalla Corte EDU ai conflitti tra diritti collettivi e poteri pubblici, appaiono distanti da quelle adottate dalla Corte di Giustizia quando la libertà di azione collettiva si è scontrata con poteri economici privati (quali sono, in ultima analisi, le libertà economiche).

L'interpretazione evolutiva dell'art. 11 della Convenzione è stata, in realtà, lunga e faticosa, soprattutto per la concezione individualistica ad esso sottesa,⁸⁵² così come lunga e faticosa è stata in generale l'affermazione del potere di "supervisione" della Corte di Strasburgo sul rispetto dei diritti sociali, frenata, paradossalmente, dalla tutela ad essi assicurata nell'ambito della Carta sociale europea.⁸⁵³ Come nota Guazzarotti, è soltanto con la sentenza resa nel caso *Airey c. Irlanda*⁸⁵⁴ che l'originario orientamento, maggiormente restrittivo, è stato messo seriamente in discussione ed è con la sentenza nel caso *Zahnalova e Zehnal c. Repubblica Ceca* che è stato poi definitivamente superato, anticipando un orientamento che verrà poi allo scoperto con la più recente sentenza nel noto caso *Demir c. Turchia*.⁸⁵⁵ Qui la Corte ha affermato a chiare lettere che, seppure il proprio ruolo "non è quello di controllare il rispetto da parte dei governi di altri

⁸⁵¹ Nel paragrafo conclusivo, invece, si faranno sintetiche (anzi sommarie) valutazioni sulle tentazioni comparative fra l'ordinamento europeo e quello nazionale.

⁸⁵² FONTANA, 2010b.

⁸⁵³ Per questa evoluzione v. GUAZZAROTTI 2013; v. pure MERINO, 2007.

⁸⁵⁴ Sent. 9 ottobre 1979 § 26.

⁸⁵⁵ Sentenza della GC 12 novembre 2008.

strumenti diversi dalla CEDU”, non di meno “la Carta sociale europea (del resto elaborata nel quadro del Consiglio d’Europa al pari della CEDU) può, al pari di altri strumenti internazionali, costituire una fonte d’ispirazione per la Corte”.⁸⁵⁶ Analogamente, nel caso *Stec e altri c. Regno Unito*,⁸⁵⁷ la Corte riprende quanto affermato nel caso *Airey* circa la natura indivisibile dei diritti umani, citando testualmente il Preambolo della Carta Sociale europea revisionata nella parte in cui afferma “la necessità di preservare il carattere indivisibile di tutti i diritti dell’uomo, che siano civili, politici, economici, sociali o culturali”.⁸⁵⁸

È dunque in un quadro abbastanza incerto, che pur vede compiersi un’importante evoluzione della propria giurisprudenza, che la Corte, con la sentenza *Demir* e poi con la sentenza *Enerji Yapi* – la prima sulla contrattazione collettiva e l’altra sul diritto di sciopero – ha affrontato il nodo della portata applicativa dell’art. 11 della Convenzione, manifestando un approccio che almeno in parte può dirsi certamente innovativo.⁸⁵⁹

Nel caso *Demir* la Corte EDU ha per la prima volta dichiarato indefettibile il nesso fra la libertà sindacale tutelata dall’art. 11 della Convenzione e la contrattazione collettiva, così come, nel caso *Enerji Yapi*, ha poi affermato analogo principio nei riguardi del diritto di sciopero (richiamando la Carta sociale europea nella parte in cui enuncia il principio secondo cui l’esercizio dell’autotutela collettiva è indissociabile dal diritto di contrattazione collettiva).

La Corte di Strasburgo appare molto decisa, in *Demir c. Turchia*, a superare ogni “eccezione” fondata sul fatto che allo stato convenuto non possono essere imposti altri obblighi diversi da quelli posti dalla Convenzione e derivanti da accordi e trattati internazionali a cui non aderisce. La *Grand Chambre* è anzi tranciante quando afferma che “la Cour doit l’interpréter et l’appliquer d’une manière qui en rende les garanties concrete et effectives, et non pas théoriques et illusories” (richiamando sul punto il precedente caso *Stec*) aggiungendo che “la Cour n’a jamais considéré les dispositions de la Convention comme l’unique cadre de référence dans l’interprétation des droits et libertés qu’elle contient. Au contraire, elle doit également prendre en considération toute règle et tout principe de droit International applicables aux relations entre les Parties contractantes” (punti 66 e 67). Su questa premessa la Corte ricorda poi “a titre d’exemple” che in altri casi “lorsqu’elle a jugé que le droit syndical avait un aspect négatif qui excluait les accords de monopole syndical, a considéré, en se basant notamment sur la Charte sociale européenne et la jurisprudence de ses organes de contrôle, ainsi que sur d’autres instruments européens ou universels, qu’il existait en la matière un degré croissant de consensus au niveau International” (punto 77). Ed è sempre in base alla Convenzione OIL, alla Carta sociale europea e alla Carta dei diritti fondamentali che i giudici di Strasburgo possono affermare che la propria giurisprudenza,

⁸⁵⁶ GUAZZAROTTI, 2013.

⁸⁵⁷ Sentenza della GC del 6 luglio 2005.

⁸⁵⁸ Ma che la giurisprudenza CEDU sulla questione dei confini fra diritti tutelati dalla Carta sociale europea e diritti tutelati dalla Convenzione fosse alquanto precaria è dimostrato dalla sentenza nel caso *N. c. Regno Unito* (sentenza 27 maggio 2008), nella quale torna a farsi sentire la vecchia (e mai sopita) distinzione fra diritti civili e politici (la cui tutela è affidata, grazie alla Convenzione, alla Corte di Strasburgo) e diritti sociali (tutelati dalla Carta sociale europea). La Corte infatti rovescia il senso della sua posizione nel caso *Airey* e ricorda come “sebbene molti dei diritti della Convenzione abbiano implicazioni di natura sociale o economica, la Convenzione è essenzialmente diretta alla protezione di diritti civili e politici” (v. GUAZZAROTTI, 2013).

⁸⁵⁹ BRONZINI, 2009.

nella parte in cui in passato ha affermato che il diritto di negoziazione collettiva non è elemento integrante (“*élément inhérent*”) dell’art. 11 della Convenzione, deve essere radicalmente rivisitata.⁸⁶⁰ Il *revirement* della Grand Chambre è talmente netto da far dire al Giudice Zagrebelsky (nella sua “*opinion séparée*”) che nella fattispecie si è in presenza di un vero e proprio *overruling*, tanto da dubitare che ad esso possa darsi effetto retroattivo, ritenendo, anzi, “*regrettable*” che la Corte “*laisse encore une fois la rétroactivité naturelle de l'interprétation judiciaire sanctionner une conduite qui, à l'époque, ne contrevenait (probablement) pas à la Convention*”.⁸⁶¹

Nella successiva sentenza della Corte di Strasburgo nel caso *Enerji Yapi-Yol sen c. Turquie* 21 aprile 2009 i giudici della terza sezione riprendono i principi esposti nel caso *Demir* (v. punto 31) circa gli obblighi negativi e positivi degli stati ai sensi dell’art. 11 della Convenzione, riconoscendo tuttavia che il diritto di sciopero non è un diritto “assoluto” e che a certe condizioni può essere oggetto di restrizioni. La Corte ricorda – a tal proposito – “*..ce qu'exige la Convention, c'est que la législation permette aux syndicats, selon les modalités non contraires à l'article 11, de lutter pour la défense des intérêts de leurs membres*” e che “*la grève, qui permet à un syndicat de faire entendre sa voix, constitue un aspect important pour les membres d'un syndicat dans la protection de leurs intérêts*”, diritto indissociabile dal diritto di libertà sindacale dalla Convenzione OIL C87 e dalla Carta sociale europea (“*un moyen d'assurer l'exercice effectif du droit de négociation collective*”: punto 24).

Questa giurisprudenza della CEDU – oltre ad avere un forte impatto dopo le sentenze *Viking* e *Laval*, attraendo nell’orbita dell’art. 11 della Convenzione quei diritti sociali stressati dal bilanciamento “imperfetto” della Corte di Giustizia – si segnala, soprattutto, per la peculiare e stretta relazione reciproca che stabilisce fra la Convenzione, la Carta sociale europea e la Carta dei diritti fondamentali. Ed anzi proprio la connessione fra la prassi del Comitato europeo dei diritti sociali e la giurisprudenza di Strasburgo potrebbe dare un forte impulso all’avanzamento della tutela dei diritti sociali nell’ambito della Convenzione, soprattutto dopo la revisione della Carta nel 1998 e l’introduzione del ricorso collettivo.⁸⁶² Del resto, è proprio a partire dalla considerazione che tali modifiche esprimano il consenso fra gli stati per la promozione dei diritti sociali ed economici che la Corte sembrerebbe accogliere quell’interpretazione evolutiva dell’art. 11 della Convenzione che le permette di attrarre nel proprio ambito il diritto di contrattazione collettiva.⁸⁶³

Ovviamente l’attrazione nell’ambito dell’art. 11 della Convenzione del diritto di contrattazione collettiva e del diritto di sciopero non consente una giurisdizione diversa da quella relativa alla

⁸⁶⁰ “*en consequence, la Cour estime, en égard aux développements du droit du travail tant international que national et de la pratique des Etats contractants en la matière, que le droit de mener des négociations collectives avec l'employeur est, en principe, devenu l'un des éléments essentiels du droit de fonder avec d'autres des syndicats et de s'affilier à des syndicats pour la défense de ses intérêts énoncé à l'article 11 de la Convention, étant entendu que les Etats demeurent libres d'organiser leur système de manière à reconnaître, le cas échéant, un statut spécial aux syndicats représentatifs*” (punto 154).

⁸⁶¹ È appena il caso di ricordare che i giudici di Strasburgo avevano in proposito sempre affermato, con un orientamento risalente al caso *Sindacato svedese dei capotreni* e a *Wilson, Unione nazionale dei giornalisti*, che la contrattazione collettiva, pur costituendo uno dei modi in cui i sindacati tutelano i propri iscritti, non è tutelabile ai sensi dell’art. 11 della Convenzione, poiché ciò che deve essere garantito dagli stati è unicamente il diritto del sindacato di poter rappresentare gli interessi dei propri iscritti e poter persuadere il datore – ossia un diritto di *voice* – lasciando agli stati ampio margine di apprezzamento circa i modi in cui ciò deve essere garantito.

⁸⁶² PANZERA, 2012.

⁸⁶³ GUAZZAROTTI, 2013.

libertà negativa, ossia alla verifica dell'adempimento degli stati agli obblighi di tutela della sfera di libertà delle associazioni sindacali (con le sole possibili eccezioni poste dal secondo comma dell'art. 11). Proprio la limitata portata applicativa dell'art. 11 della Convenzione non può quindi indurre a ritenere che questa giurisprudenza possa avere effetti sugli orientamenti della Corte di giustizia, dove è in questione, al contrario, il limite della libertà positiva delle associazioni sindacali e dove sono le libertà economiche, al contrario, che vengono tutelate nel loro profilo "negativo" da restrizioni incompatibili con le norme del Trattato (art. 49 e 56 TFUE). E dove, soprattutto, non è in gioco il problema del limite del potere dello stato nei confronti di diritti di libertà, tema che consente di utilizzare proficuamente una consolidata dottrina formatasi nell'ambito della tutela dei diritti civili e politici, ma i conflitti fra diritti di pari rango costituzionale. Come si è notato, infatti, "the European Court of Human Rights – unlike the Court of Justice – takes Convention rights and not economic freedoms as the starting point, and assesses the proportionality of restrictions to those rights".⁸⁶⁴

12. Conclusioni

I diversi orientamenti (o quanto meno le diverse sensibilità) delle due Corti si spiegano, probabilmente, con le profonde differenze che corrono fra l'ordinamento dell'Unione Europea (la cui matrice, secondo i Trattati, è costituita dall'obiettivo della realizzazione del mercato interno) e l'ordinamento del Consiglio d'Europa (il cui perno è la tutela e lo sviluppo dei diritti umani). Sono ordinamenti che hanno fini così diversi da non consentire nessuna sovrapposizione dei principi elaborati nell'ambito dei rispettivi contesti, ma semmai soltanto una riflessione comparativa. Le differenze attengono non soltanto agli scopi e agli obiettivi perseguiti, ma anche, come si è accennato, alla diversa prospettiva di inquadramento dei diritti collettivi, poiché se nell'ambito dell'ordinamento europeo la questione che si pone è il rapporto/conflitto fra libertà "extra-statali", ossia libertà che esprimono poteri privati costituzionalmente equiordinati, nell'ambito della Convenzione viene piuttosto tematizzata la problematica del rapporto delle libertà fondamentali con il potere pubblico/statuale; sicché, se nel primo caso il tema è inevitabilmente il bilanciamento, nell'altro (altrettanto inevitabilmente) è il limite che l'autorità dello stato è tenuta a rispettare incontrando libertà (collettive) garantite dall'art. 11 della Convenzione.

Allo stesso modo, sovrapporre all'ordinamento europeo i principi e i valori insiti nella nostra Costituzione non può che condurre ad esiti poco affidabili, considerandone la profonda "alterità" al quadro costituzionale dell'Unione europea.

In effetti al centro nel diritto dell'Unione c'è il meta-obiettivo della realizzazione del mercato interno, presidiato, si ripete, attraverso l'eliminazione di qualsiasi ostacolo (a quelle libertà) che non sia giustificato da deroghe espressamente enunciate dal Trattato ovvero da motivi imperativi di interesse generale (secondo la dottrina *Cassis de Dijon*). Da qui il bilanciamento imperfetto, che in altra sede ho definito "opaco" proprio perché cela la supremazia "assoluta" della libertà di circolazione, funzionale all'integrazione dei mercati (e non già, a ben vedere, la supremazia dell'interesse dell'impresa in sé considerato, la cui tutela è effetto mediato del primato della libertà di circolazione).

⁸⁶⁴ SYRPIS 2008, 2011.

Nel nostro ordinamento costituzionale, al contrario, il collegamento istituito fra i diritti sociali e i principi fondamentali della prima parte della Costituzione – e per quanto qui interessa fra l'art. 39 I comma e l'art. 3 Cost., la cui limpida enunciazione si deve, com'è noto, alla "storica" sentenza n. 290 del 1974 della Corte costituzionale – implica un "super-valore" costituzionale del principio di libertà sindacale, funzionale a garantire non solo (o non tanto) il riequilibrio dei rapporti di potere nell'impresa, bensì, essenzialmente, la partecipazione effettiva dei lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del paese, a sua volta finalisticamente collegata al progetto di integrazione della classe lavoratrice nello stato pluriclasse.⁸⁶⁵ Per meglio dire, nella Costituzione i diritti collettivi, che sono in realtà poteri opposti ad altri poteri, non assurgono di per sé al rango di diritti privi di condizionamenti ma sono elevati, sul piano valoriale, a fondamenti costitutivi del progetto di emancipazione inscritto nell'art. 3 Costituzione, ossia ad uno dei principi fondamentali immodificabili della Costituzione. Come si è recentemente notato, nella Costituzione del 1948 (ed in quella tedesca del 1949) la rinascita dello stato come *welfare state* democratico si sposa perfettamente, anzi esige logicamente, una concezione della cittadinanza in cui l'azione collettiva è direttamente collegata all'affermazione dei diritti fondamentali.⁸⁶⁶ Ma questa è una prospettiva del tutto estranea al diritto dell'Unione, che esclude nella nozione di cittadinanza europea qualsiasi collegamento con i diritti sociali collettivi e men che meno una cittadinanza "fondata sull'azione collettiva del lavoro organizzato".

Nella *higher law* dell'Unione è ignota la finalizzazione della libertà collettiva a obiettivi che trascendono la mera tutela delle condizioni di lavoro (inerenti la contrattazione collettiva fra le imprese e i lavoratori). L'art. 28 della Carta presuppone del resto il ricorso ad azioni collettive, compreso lo sciopero, in caso di un "conflitto d'interessi", ossia nell'ambito di una dialettica tipicamente contrattuale; è pur vero che ciò non esclude il ricorso a forme di lotta per azioni di "solidarietà o questioni generali",⁸⁶⁷ ma è altrettanto vero che è piuttosto difficile istituire un collegamento fra diritti sociali collettivi e "fini" dell'ordinamento inerenti l'organizzazione sociale, politica ed economica della *societas* europea.⁸⁶⁸ Poiché, anzi, quella europea è, in un certo senso, una cittadinanza senza socialità, fondata sul *favor libertatis* più che su un proprio "statuto" di diritti, ossia sul mero diritto individuale di accedere, a determinate condizioni, ai diritti sociali garantiti all'interno delle diverse sfere nazionali.⁸⁶⁹

Soltanto ora, grazie all'influenza del Trattato di Lisbona ed al valore giuridico conseguito dalla Carta può forse intravedersi un orientamento finalistico – ma la stessa, poco avveduta ritrosia dell'Unione ad aderire alla Convenzione europea e ad adottare finalmente la Carta sociale⁸⁷⁰ dimostra quanto i diritti sociali fondamentali siano, invero, poco fondamentali, mentre il baricentro del sistema resta ancor oggi la libertà di circolazione.

⁸⁶⁵ GALGANO, 1982 p. 39; CARABELLI, 2011.

⁸⁶⁶ GIUBBONI, 2013.

⁸⁶⁷ BRONZINI, 2012.

⁸⁶⁸ FONTANA, 2010b.

⁸⁶⁹ GIUBBONI, 2013.

⁸⁷⁰ PANZERA, 2012.

Queste differenze “valoriali” - che rinviano a differenti modelli costituzionali: il “principio lavoristico”, in posizione privilegiata nell’ordinamento costituzionale italiano; il “favor libertatis” nell’ordinamento europeo, per la realizzazione del mercato interno - hanno una forte presa, ma in qualche caso spostando dal piano meta-normativo a quello propriamente normativo il “fatto lavoro”,⁸⁷¹ oppure ritenendo che il diritto all’auto-tutela, nei termini in cui viene azionato nei sistemi nazionali, “possa essere trasposto, con le stesse modalità di esercizio, in un sistema di rapporti collettivi transnazionali”.⁸⁷²

Mai come in questo caso il ragionamento in termini di valori ha influenzato enormemente la cultura giuridica, determinando una pre-comprensione del valore dei diritti collettivi come eccedente rispetto alla libertà economica; ossia una concezione “..che si vuole assoluta, secondo una pretesa ricostruzione tratta dalla tradizione costituzionale nazionale: essendo la libertà sindacale immune da ogni intervento esterno, tale connotato si estende alla principale attività, quella negoziale, in cui essa si estrinseca: ne segue una precisa gerarchia di valori/principi costituzionali, che vede come poziori i diritti sociali e solo in posizione secondaria le libertà economiche di circolazione e la libertà di concorrenza”. In tale concezione sono dunque i diritti sociali che devono liberamente estrinsecarsi “sino al limite esterno, costituito dagli interessi generali, in cui con molta difficoltà, in questa concezione tipicamente italiana, si collocano la libertà di circolazione o il rispetto della concorrenza”.⁸⁷³

Nella nostra Costituzione - salvo interpretazioni del tutto minoritarie tendenti ad accreditare la centralità dell’art. 41 fra i valori costituzionali⁸⁷⁴ - la libertà di iniziativa economica è stata in effetti sempre considerata alla stregua di una norma regolatrice dei rapporti fra i privati nel quadro stabilito dal potere pubblico, senza mai assurgere a diritto fondamentale. Prova ne sia l’affievolimento della libertà di iniziativa economica rispetto agli altri diritti di libertà costituzionalmente: un diritto che “non riceve quel carattere di diritto inviolabile che è invece attribuito alle libertà civili; non è menzionato nei principi fondamentali; non è fra quelle libertà che, a norma della Costituzione, è compito della Repubblica difendere; è certamente, fra le libertà riconosciute dalla nostra legge fondamentale, quella meno garantita, la preoccupazione prevalente del nostro costituente essendo piuttosto quella di evitare che l’esercizio di questa libertà leda determinati valori economici e sociali o umani (l’utilità sociale, la sicurezza, la dignità umana di cui al 2° comma) o comprometta la realizzazione dei fini sociali di cui al 3° comma”.⁸⁷⁵

Ma ciò che talvolta, ad avviso di chi scrive, non è tenuto in debita considerazione è lo scarto fra il rilievo “politico” dei diritti collettivi quali strumenti di partecipazione dei lavoratori ed il rilievo che gli stessi diritti assumono nella dialettica conflittuale fra i lavoratori “organizzati” e l’impresa. Se il collegamento fra l’art. 39 e l’art. 3 Costituzione, ma anche, a ben vedere, con il principio “personalista” posto dall’art. 2, eleva la libertà sindacale al rango di principio fondamentale immodificabile (allo stesso modo dei principi della prima parte della Costituzione), nell’ambito della dialettica conflittuale-contrattuale con l’impresa il principio di auto-tutela disvela la sua essenza “strumentale” e, perciò, la sua ineludibile relazione con i diritti propri dell’impresa, anch’essi di

⁸⁷¹ v. AZZARITI, 2009 e 2011.

⁸⁷² SCIARRA, 2008.

⁸⁷³ CARUSO, ALAIMO, 2011.

⁸⁷⁴ BOGNETTI, 2006.

⁸⁷⁵ GALGANO, 1982.

valore costituzionale. Ciò è tanto più vero se si considera che il “valore” costituzionale del principio posto dall’art. 39 I comma Cost. non ha impedito, per decenni, la sotto-ordinazione dei diritti collettivi all’impresa quando si è trattato di “disciplinare” il loro rapporto conflittuale. Tutta la giurisprudenza che, fino agli anni settanta, ha amministrato il rapporto fra diritti collettivi e libertà economiche si è attestata in linea maggioritaria, in modo davvero emblematico, sulla teoria del “danno giusto” o ancora sull’utilizzo del principio di “buona fede” (un test di proporzionalità mascherato)⁸⁷⁶ che è in sé dimostrazione eloquente della prevalenza dell’interesse economico. Solo con il disgelo costituzionale si è avviata e si è poi affermata la costruzione di “teorie” adeguate alla “missione” che i diritti collettivi hanno conseguito nella formazione dell’identità nazionale, per avvicinare l’Italia ai paesi più industrializzati, recependone, almeno in parte, i modelli di democrazia economica. Da qui più avvedute e “moderne” teorie sui limiti esterni dei diritti, ossia un bilanciamento che ha definito un vero e proprio modello normativo per definire gli ambiti di legittimità del conflitto collettivo (e, per contro, gli ambiti dell’impresa immuni dal potere collettivo). È qui che il nodo del rapporto con l’impresa andava sciolto e, se non si vogliono coltivare illusioni idealistiche, deve ammettersi che ciò è avvenuto con soluzioni compromissorie (seppure di alto profilo), senza alcuna sudditanza ideologica. Con pragmatismo, la giurisprudenza ha affrontato il problema superando le logore teorie del passato, ma pur sempre con l’obiettivo di riconoscere un adeguato livello di protezione del “nucleo essenziale” del diritto costituzionale della libertà d’iniziativa economica.⁸⁷⁷

In definitiva, a contare davvero, ad illuminare il freddo mondo dei principi, tutti relativi e bilanciabili,⁸⁷⁸ sono i “presupposti sostanziali dell’autoregolazione sociale”,⁸⁷⁹ ossia la costituzione vivente. Se si considera l’ordinamento non come un immobile “apparato” normativo ma un organismo vivente, osmotico con la realtà, non ci si stupirà che nel modello di integrazione europea sia finora prevalsa quella concezione (definibile come si vuole) che “considera primariamente le libertà economiche di circolazione e lo stesso principio di concorrenza effettiva, quali presupposti della costruzione del mercato unico e, nella visione funzionalista, anche dell’integrazione politica europea”.⁸⁸⁰

Che questo sarà pure il futuro dell’Europa è tuttavia poco probabile. Le ragioni della crisi sono tutte dentro quel modello e per quanto camaleontiche siano le *elite* europee, difficilmente potranno riproporlo.

Avellino, 13 dicembre 2013

Bibliografia

(2007) ALAIMO A., L’impatto della globalizzazione sul diritto del lavoro in Italia, in *Diritti Lavori Mercati*, 2

(2010) ALAIMO A., CARUSO B., Dopo la politica i diritti: l’Europa “sociale” nel Trattato di Lisbona, *CSDLE INT*, n. 82

⁸⁷⁶ Si ricordi la critica serrata di MONTUSCHI, 1968.

⁸⁷⁷ La svolta si deve a Cass. Lav. n. 711/1980.

⁸⁷⁸ SPADARO, 2011.

⁸⁷⁹ BARBERA M., 2012.

⁸⁸⁰ CARUSO, ALAIMO, 2011.

- (2009) ALES E., Lo sviluppo della dimensione sociale comunitaria: un'analisi genealogica, in RDSS
- (2012) ASHIAGBOR D., COUNTOURIS N., LIANOS I., Introduction in The European Union After The Treaty of Lisbon, Cambridge University Press
- (2003) AZZARITI G., Il futuro dei diritti fondamentali nell'era della globalizzazione, in Pol. Dir. 3
- (2011) AZZARITI G., Le garanzie del lavoro fra costituzioni nazionali, carte dei diritti e Corte di giustizia dell'Unione europea, relazione del Convegno di Perugia 25-26 marzo 2011 "Diritti fondamentali e libertà economiche: principi europei e tradizioni giuridiche nazionali"
- (2012) AZZARITI G., Are we going towards a government of judges? The role of European Courts in the creation of a political Europe, in European Journal of Social Law, n. 2
- (2012) BACCARO L. HOWELL C., Il cambiamento delle relazioni industriali nel capitalismo avanzato: una traiettoria comune, in Quaderni di Rassegna Sindacale, 1
- (2006) BACCARO L., SIMONI M., I governi e la concertazione. Perché alcuni la vogliono e altri no, in Quaderni di rassegna sindacale, 97
- (2008) BALLESTRERO M.V., Le sentenze Viking e Laval: la Corte di giustizia "bilancia" il diritto di sciopero in Lav. dir.
- (1975) BARBERA A., Art. 2, in Branca G. (a cura di), Commentario della Costituzione, I principi fondamentali, Zanichelli Il Foro Italiano editori
- (2012) BARBERA M., Diritti sociali e crisi del costituzionalismo europeo, in CSDLE "Massimo D'Antona" INT, 95
- (2011) BECK U., La crisi e il ritorno degli dei, in La crisi dell'Europa, Il Mulino ed.
- (2009) BERCUSSON B., European Labour Law, Cambridge University Press
- (2006) BOGNETTI G., L'Assemblea costituente e le libertà economiche, in Labriola Silvano (a cura di), Valori e principi del regime repubblicano, Laterza Editore, vol. 2
- (2010) BOISSARD B., La contribution de comité européen de droits sociaux à l'effectivité des droits sociaux, in Rev. Dr. Public, 4
- (2009) BRONZINI G., Diritto alla contrattazione collettiva e diritto di sciopero entrano nell'alveo protettivo della CEDU: una nuova frontiera per il garantismo sociale in Europa?, in Riv.it.dir.lav., II, 975 ss.
- (2012a) BRONZINI G., Le tutele dei diritti fondamentali e la loro effettività: il ruolo della Carta di Nizza, in www.fundamentalrights.it
- (2012b) BRONZINI G., La tutela della contrattazione collettiva: i trattati dell'Unione europea e la giurisprudenza della Corte di giustizia, in F. M. Putaturo Donati (a cura di), Diritto del lavoro Anno zero?, Edizioni Scientifiche Italiane
- (2008) CARABELLI U., Note critiche a margine della sentenza della Corte di giustizia nei casi Laval e Viking in DRLI
- (2009) CARABELLI U., Europa dei mercati e conflitto sociale, Cacucci editore

- (2011) CARABELLI U., Il contrasto tra le libertà economiche e i diritti di sciopero e di contrattazione collettiva nella recente giurisprudenza della Corte di giustizia: il sostrato ideologico e le implicazioni giuridiche del principio di equivalenza gerarchica, in *Studi sull'integrazione europea*, 2.
- (2008) CARUSO B., I diritti sociali nello spazio sociale sovranazionale e nazionale: indifferenza, conflitto o integrazione? Prime riflessioni a ridosso dei casi Laval e Viking, in *CSDLE "Massimo D'Antona" INT*, 61.
- (2009) CARUSO B., I diritti sociali fondamentali nell'ordinamento costituzionale europeo in Sciarra-Carusò (a cura di), *Il lavoro subordinato*, in *Trattato di diritto privato dell'Unione europea*, vol. V, Giappichelli ed.
- (2010) CARUSO B., I diritti sociali fondamentali dopo il Trattato di Lisbona (tanto tuonò che piovve), *CSDLE "Massimo D'Antona" INT*, n. 81
- (2011) CARUSO B., Costituzioni e diritti sociali: lo stato dell'arte, in *CSDLE "Massimo D'Antona", Collective Volumes*, 1
- (2011) CARUSO B., ALAIMO A., Il contratto collettivo nell'ordinamento dell'Unione europea, w.p. *CSDLE "Massimo D'Antona" int.* n. 87
- (2012) CASSESE S., *La nuova costituzione economica*, Laterza editore
- (2012) CLAUWAERT S., SCHOMANN I., *The crisis and national labour law reforms: a mapping exercise*, W.P. 04, ETUI aisbl, Brussels
- (2012) CIOLLI I., I paesi dell'Eurozona e i vincoli di bilancio. Quando l'emergenza economica fa saltare gli strumenti normativi ordinari, in www.rivistaaic.it
- (2010) COMANDÈ D., Le dinamiche collettive nello spazio giuridico europeo: il paradigma dell'autonomia, in *CSDLE "Massimo D'Antona" INT*, n. 76
- (2012) CRAIG P.P., *The Charter, the ECJ and national courts*, in *The European Union After The Treaty of Lisbon* (eds. Ashiagbor D., Countouris N., Lianos I.), Cambridge University Press
- (2012) COHN-BENDIT D., VERHOFSTADT G., *Per l'Europa! Manifesto per una rivoluzione unitaria*, Mondadori ed.
- (2000) CROUCH C., *The snakes and ladders of 21st century trade unionism*, in *Oxford Review of Economic Policy*, 2000, 16 (1) 70-83
- (2012) CROUCH C., *Il potere dei giganti*, Laterza ed.
- (2004) D'ACUNTO S., *La proposition de directive sur les services dans le marché intérieur* in *RDUE*
- (2012) D'ACUNTO S., *Commento art. 56-57 TFUE*, in *Codice dell'Unione europea commentato*, G.S. editore
- (2011) DEAKIN S., *La concorrenza fra ordinamenti dopo Laval*, in *Lavoro e diritto*, 3.
- (2012) DEAKIN S., *The Sovereign Debt Crisis and European Labour Law*, in *Industrial Law Journal*, vol. 41, 3

- (2012) DE LUCA TAMAJO R., Il problema delle inderogabilità delle regole a tutela del lavoro, ieri e oggi, relazione al Convegno AIDLASS 2012, in aidlass.org
- (2012) DI STASI A., Il potere sindacale nell'ordinamento (debole) del lavoro. Vicende e prospettive, G. Giappichelli editore
- (2013) DURANTE A., Il coinvolgimento dei lavoratori nell'impresa tra libertà economica e democrazia industriale. L'ordinamento giuridico europeo e le prospettive italiane, Universitas Studiorum ed.
- (2010a) FONTANA G., Dall'inderogabilità alla ragionevolezza, G. Giappichelli ed.
- (2010b) FONTANA G., Libertà sindacale in Italia e in Europa. Dai principi ai conflitti, in CSDLE "Massimo D'Antona" INT, 78.
- (1982) GALGANO F., Art. 41, in Branca G. (a cura di) Commentario della Costituzione, Rapporti economici, tomo II, Zanichelli Il Foro Italiano editori
- (2012) GAMBINO S., NOCITO W., Crisi dello Stato, governo dell'economia e diritti fondamentali, in www.astrid.it, 13.
- (2008) GIUBBONI S., Diritti sociali e mercato, Il Mulino editore
- (2012) GIUBBONI S., Diritti e solidarietà in Europa, Il Mulino editore
- (2013) GIUBBONI S., Cittadinanza, lavoro e diritti sociali nella crisi europea, in CSDLE "Massimo D'Antona" INT, 100
- (2013) GRIMAUDDO P., Lo stato sociale e la tutela dei diritti quesiti alla luce della crisi economica globale: il caso italiano, in federalismi.it
- (2013) GUARNIER T., I giudici italiani e l'applicazione diretta della Carta di Nizza dopo il Trattato di Lisbona, in Cappuccio-Lamarque, Dove va il sistema italiano accentrato di controllo di costituzionalità?, Jovene editore
- (2013) GUAZZAROTTI, I diritti sociali nella giurisprudenza CEDU, in Riv. Trim. dir. Pubbl., 1
- (2013) T. NOVITZ, Remedies for Violation of Social Rights within the Council of Europe: The Significant Absence of a Court, in The Future of Remedies in Europe (eds. C. Kilpatrick, T. Novitz) Skidmore, Oxford Portland (Oregon) Hart publishing 20
- (2010) HARDT-NEGRI, Comune. Oltre il pubblico e il privato, Rizzoli editore
- (2011) HENDRICKX F., Beyond Viking and Laval: the Evolving European Context, in Comparative Labor Law and Policy Journal, 32
- (2003) HEPPLER B., Quattro modalità di approccio alla modernizzazione dei diritti individuali in materia di lavoro, in Diritto delle relazioni industriali, 4
- (2000) HOLMES-SUNSTEIN, Il costo dei diritti, Il Mulino editore
- (2008) LO FARO A., Diritti sociali e libertà economiche del mercato interno: considerazioni minime in margine ai casi Laval e Viking, in Lavoro e Diritto
- (2010) LO FARO A., Diritto al conflitto e conflitto di diritti nel mercato unico: lo sciopero al tempo della libera circolazione, in Rassegna di diritto pubblico europeo, 51

- (2012) LUPO N., La revisione costituzionale della disciplina di bilancio e il sistema delle fonti, relazione al Convegno "La Costituzione e il pareggio di bilancio", in www.astrid.it
- (2012) KRUGMAN, Fuori da questa crisi, adesso!, Garzanti editore
- (2007) JOERGES C., Democracy and European Integration: a Legacy of Tensions, a Re-conceptualisation and Recent True Conflicts, in Eui Working Papers, Law, 25
- (2011) MADURO M., The euro's crisis of democracy, 2011, in www.project-sindacate.org
- (2007) MERINO M., Le renforcement de la protection de la liberté syndacale par la Cour EDH, in Revue trimestrelle des droits de l'homme, 463
- (1968) MONTUSCHI L., Il diritto di scioper e il c.d. danno ingiusto, in Rivista trimestrale di diritto e procedura civile, 371
- (2010) NATALI D., POCHET P., The last wave of social pacts in Europe: problems, actors and institutions in Pochet, Keune, Natali, eds. After the euro and enlargement: social pacts in the EU, ETUI ed.
- (2008) ORLANDINI G., Autonomia collettiva e libertà economiche: alla ricerca dell'equilibrio perduto in un mercato aperto e in libera concorrenza, in CSDLE "Massimo D'Antona" INT n. 66
- (2008) PALLINI M., Law shopping e autotutela sindacale nell'Unione europea, in Rivista giuridica del lavoro, I, 25
- (2009) PALLINI M., La tutela dell'ordine pubblico sociale quale limite alla libertà di circolazione dei servizi in ambito UE, in Vimercati (a cura di), Il conflitto sbilanciato, Cacucci editore
- (2012) PANZERA C., Per i cinquant'anni della Carta sociale europea, in gruppodipisa.it
- (2012) PAPARELLA M., Le carte dell'Europa riscritte dalla crisi, in www.ingegnere.org
- (2012) PECH L., The Institutional Development of the Post-Lisbon, in The European Union After The Treaty of Lisbon, Cambridge University Press
- (2012) PEPINSKY T.B., The Global Economic Crisis and the Politics of Non-Transitions, in astrid.it
- (2010) PINELLI C., TREU T., Introduzione. La costituzione economica a sessant'anni dalla Costituzione, in Pinelli-Treu (a cura di), La costituzione economica: Italia, Europa, Il Mulino editore
- (2012) PIRIS J.C., The future of Europe. Towards a Two-Speed EU?, Cambridge University Press
- (2012) QUADRIO CURZIO A., La trappola dell'eccesso di rigore, Il Sole 24 ore, 24 ottobre 2012
- (2012) RICCI G., Il diritto alla retribuzione adeguata. Tutele costituzionali e crisi economica, G. Giappichelli editore
- (2012) RIVOSECCHI G., Il Parlamento di fronte alla crisi economico-finanziaria, relazione al convegno "Il diritto costituzionale alla prova della crisi economica, in Associazione dei Costituzionalisti, n. 3 www.rivistaic.it
- (2007) ROCCELLA-TREU, Diritto del lavoro della Comunità europea, CEDAM editore
- (2012) RUGGERI A., Corti e diritti, in tempi di crisi, in gruppodipisa.it

- (2010) RONNMAR M., Laval returns to Sweden: The Final Judgment of the Swedish Labour Court and Swedish Legislative Reforms, in *Industrial Law Journal*, vol. 39, n. 3
- (2012) ROSSI G., Dopo l'angoscia torna la speranza, in *Il Sole24 ore* 29 luglio 2012
- (2011) RUFFERT M., The european debt crisis and european union law, in *Common market law review*, 2011 p. 1777 ss.
- (2012) RUFFOLO G., SYLOS LABINI P., *Il film della crisi*, Einaudi, 2012
- (2012) RUGGERI A., Crisi economica e crisi della Costituzione, relazione conclusiva del Convegno di Lecce 14-15 settembre 2012, *La Costituzione alla prova della crisi finanziaria mondiale*, in *Consulta on line*, 2012
- (2000) SALAZAR C., *Dal riconoscimento alla garanzia dei diritti sociali*, G. Giappichelli editore
- (2011) SALAZAR C., A Lisbon story: la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea da un tormentato passato...a un incerto presente?, in *gruppodipisa.it*
- (2013) SALAZAR C., Crisi economica e diritti fondamentali, Relazione al XXVIII Convegno annuale dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti, in *rivistaaic.it*, 4
- (2013) SALVINO T., I controlimiti ai tempi della crisi finanziaria: note ai margini della sentenza portoghese relativa alle misure di austerità imposte dalla UE, in *diritticomparati.it*
- (2008) SCIARRA S., Viking e Laval: diritti collettivi e mercato nel recente dibattito europeo, in *Lav. Dir.* 2 p. 245 ss.
- (2011) SCHEKLE W., Reconfiguring welfare states in the post-industrial age: What role for trade unions?, in *Journal of Industrial Relations*
- (2012) SCHÜTZE R., *An Introduction of European law*, Cambridge University Press
- (2011) SYRPIS P., Reconciling Economic Freedoms and Social Rights – The Potential of *Commission v Germany*, in *Industrial Law Journal*, vol. 40, n. 2
- (2011) SPADARO A., Necessità di un nuovo "modello sociale europeo": più sobrio, solidale e sostenibile, in *Associazione dei Costituzionalisti*, *www.rivistaaic.it*, 4
- (2013) STREECK W., *Tempo guadagnato. La crisi rinviata del capitalismo democratico*, Feltrinelli editore
- (2011) SUPIOT A., Fragments d'une politique législative du travail, in *Droit Social*, n. 12
- (2012) TESAURO G., *Diritto dell'Unione europea* Cedam ed.
- (2010) URIARTE O.E., La crisi finanziaria e il diritto del lavoro, in *Lavoro e Diritto*

Le nuove rappresentanze sindacali unitarie e il gattopardo democratico*

Lorenzo Zoppoli

1. Qualche considerazione di scenario.	272
2. Le nuove rsu dopo il TU del 2014: a quali esigenze rispondono?	273
3. Segue: in cosa consistono le principali novità rispetto al 1993?	276
4. Rsu, modelli di rappresentanza e democrazia (sindacale), post-democrazia, ultra-democrazia.	277
5. Rsu: natura giuridica e regole di funzionamento.	279
6. Le ambiguità che restano.	280
7. L'utilità di una nuova legislazione di sostegno ispirata al pluralismo efficiente e alla democrazia diffusa.	282

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 204/2014

1. Qualche considerazione di scenario.

Lo stato di salute generale del diritto sindacale italiano, europeo e mondiale, non è buono. Tuttavia - se si cerca di approfondire l'argomento con approccio, per quanto possibile, "oggettivo" - non è facile rinvenire pareri concordanti su cause, descrizioni d'insieme e di dettaglio, prospettive. Forse il principale disorientamento, almeno nello scenario italiano, si può cogliere sul versante della cultura del lavoro. I nuovi modelli sociali e le frequenti crisi economiche hanno avuto riflessi profondi sulla cultura giuridica, dove si è andata sfaldando la concezione del lavoro sia come proprietà (emblematica la permanente messa in stato d'accusa dell'art. 18 stat.lav.) sia come diritto (sono stati messi in discussione persino gli artt. 1 e 4 della Costituzione)⁸⁸¹. Si può anche dire, semplificando molto, che l'enfasi sulla trama sempre più robustamente capitalistica dei rapporti di produzione (plasmata per di più da un capitalismo finanziarizzato, cioè volatile e con la velocità di un turbo⁸⁸²) ha profondamente intaccato i tentativi di costruire sovrastrutture giuridiche che affidassero il lavoro ad istituzioni diverse da quelle del puro mercato. Il lavoro - nei fatti e in barba alle regole, di qualsiasi livello - non è più diffusamente concepito né come una proprietà né come un diritto di cittadinanza. È, oggi più di prima, trattato come un bene di mercato che si scambia attraverso un contratto e non è disponibile per tutti, specie dove i mercati non funzionano affatto bene neanche come mercati concorrenziali accettabilmente corretti negli effetti redistributivi. Per di più le trasformazioni del lavoro avvengono all'interno di una confusa e lunga transizione da una società prevalentemente industriale ad una dominata (almeno nell'immaginario collettivo delle generazioni più giovani o nelle ricostruzioni di brillanti intellettuali) da un modello post-industriale tanto suggestivo quanto inquietante⁸⁸³.

Davanti a questi processi, si può senz'altro cercare di contrapporre al dilagare della cultura giuridica dominata dal paradigma economico-finanziario una diversa visione d'insieme del lavoro, dell'impresa e del mercato. Almeno una visione in cui torni al centro un contratto "vero", come strumento giuridico anche eteronormato grazie al quale le parti con interessi contrapposti possano pervenire ad un equilibrato regolamento dei contrapposti interessi⁸⁸⁴. Ma, nella realtà, non si può voltare pagina dall'oggi al domani: non abbiamo dinanzi un libro del quale sfogliare le pagine che più ci piacciono, magari andando a ritroso. Quindi è assai sensato chiedersi quali possano essere nuove regole realistiche per non rassegnarsi al dominio dei rapporti di forza determinati dai mercati o, meglio, dei rapporti di potere originati dalla diversità di condizioni socio-economico-culturali-organizzative. Insomma si devono, seppure a fatica, tracciare nuovi concreti percorsi per contrastare la crescente "solitudine sociale" dei lavoratori dipendenti e la sempre più evanescente coesione sociale degli Stati Europei, specie euromediterranei. E qui forse occorre andare oltre la dimensione contrattuale, ma non per rinfocolare anacronistiche aspettative di riappropriazione formale del singolo posto di lavoro, bensì per penetrare nella struttura di gestione dell'economia di mercato, riattivandone il radicamento territoriale e sociale, contrastandone il potenziale disegualitario, almeno finché questo non collide con le legittime pulsioni allo sviluppo di altri lavoratori, cittadini di altri Paesi ai quali tocca oggi un progresso socio-economico

⁸⁸¹ V. M. Esposito, R. Santucci, A. Zoppoli, L. Zoppoli, *Lezioni di diritto del lavoro*, Giappichelli, 2014 (e-book), p. 141 ss.

⁸⁸² V. Luttwak, Weidenfeld & Nicolson, *Turbo-capitalism: Winners and Losers in the Global Economy*, Harper, 1999; Reich, *Supercapitalismo*, Fazi, 2008.

⁸⁸³ V. da ultimo, D. De Masi, *Mappa Mundi. Modelli di vita per una società senza orientamento*, Rizzoli, 2014.

⁸⁸⁴ Per un tentativo rinvio al mio *Contratto, contrattualizzazione, contrattualismo: la marcia indietro del diritto del lavoro*, in RIDL, 2011.

più accelerato del nostro.

Il sindacato italiano non affronta certo oggi per la prima volta il problema dell'inadeguatezza delle regole giuridiche nazionali. Vent'anni fa, dinanzi ad un'altra crisi economica e politico-istituzionale, aveva già provato ad attrezzarsi meglio, rivedendo nel settore privato e in quello pubblico le regole per rappresentare soprattutto una quota più significativa del ceto medio in crescita per peso sociale e ricchezza. Di fronte ai processi di pauperizzazione indotti dalla crisi in atto dal 2007, il sindacato ha però perso ruolo e peso perché o non può negoziare condizioni migliori rispetto a quelle esistenti (sempre più eccedenze di personale, precari da stabilizzare, polverizzazione delle imprese, esternalizzazioni, risorse pubbliche in diminuzione drastica) oppure non riesce ad organizzare e talora nemmeno a raggiungere gli interessi da tutelare, troppo frammentati.

Una delle domande-chiave dell'attuale diritto sindacale è allora senza dubbio come si concilia la crescente esigenza di regole contrattuali con l'assenza di soggetti - talora per entrambe le parti (a livello sovranazionale, fatte salve le multinazionali; a livello territoriale) talora per una delle parti (aziendale) - in grado di negoziare genuinamente ai nuovi livelli (sovranazionale, territoriale subnazionale, aziendale) con sufficiente autorevolezza e vincolatività.

Sulla questione specifica si possono fare varie scelte riformatrici, più o meno incisive e graduali. Il percorso imboccato in Italia con l'accordo interconfederale del 28 giugno 2011 e culminato (per ora) nel testo unico (in seguito:TU) del 10 gennaio 2014⁸⁸⁵ è estremamente positivo anche solo per il fatto che arresta una sorta di sfaldamento del sistema regolativo del lavoro basato sul protagonismo dei grandi attori sociali e riprende le fila di un governo non lasciato alle emergenze ma riconducibile ad una qualche visione d'insieme, seppure necessariamente compromissoria. Tuttavia quel percorso può essere, per molti versi, migliorato.

2. Le nuove rsu dopo il TU del 2014: a quali esigenze rispondono?

In questo contributo mi concentrerei su quella che possono essere a buon diritto considerate le basi del diritto sindacale italiano: le rappresentanze sindacali unitarie.

Nate nel 1993 dopo una lunga gestazione, le rsu sono diventate per molti aspetti il fondamento del sistema sindacale italiano, sia di quello autoregolato – che le ha “create” e disciplinate con larga autonomia – sia di quello legale – che, oltre ad averle fatte proprie per quanto riguarda il lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni, ne ha sempre più tenuto conto negli interventi legislativi succedutisi negli anni (v. da ultimo artt. 6 e 9 del d.lgs. 113/2012, sulla trasposizione della direttiva di rifusione dei Comitati aziendali europei).

Dal protocollo del 1993 al testo unico del 2014 il diritto sindacale italiano ha subito molti mutamenti, pur mantenendo alcune costanti (*in primis* la mancata attuazione dell'art. 39 Cost. e un sistema di contrattazione collettiva nel settore privato privo di un'organica disciplina legislativa). Quello forse principale è stato, se si guarda all'intero arco del ventennio, il progressivo ampliamento degli spazi occupati dalla contrattazione decentrata, soprattutto aziendale, prima osteggiata dalle imprese in generale e, nell'ultimo quinquennio, invece sempre più invocata dalle imprese medio-grandi, Fiat in testa. Si tratta di uno dei riflessi “culturali” di cui poc'anzi si diceva;

⁸⁸⁵ Su questa sequenza negoziale v., per tutti, M. Ricci, *La rappresentatività sindacale dopo gli interventi della Corte Costituzionale e della contrattazione collettiva: problemi e prospettive*, in www.aidlass.it.

ma anche di un progressivo affinamento delle tecniche di regolazione e gestione delle relazioni sindacali, che in fin dei conti può costituire una variante intermedia rispetto alla atomizzazione individualistica.

La prima genesi delle rsu non va però posta in strettissima relazione con il decentramento contrattuale, anzi. Nel 1993 si trattava di affrontare in modo strutturale almeno due fenomeni diversi, tutti interni allo schieramento dei sindacati dei lavoratori, sebbene ovviamente intrecciati con il funzionamento del sistema contrattuale. I due fenomeni erano, non dissimilmente da oggi, l'erosione dei rapporti con i lavoratori (la base) e una sempre maggiore divisione tra le principali confederazioni: due fenomeni che rischiavano di rendere endemica la grave crisi di rappresentatività del sindacato maturata, seppure a fasi alterne, negli anni '80. La creazione della rsu consentì di coniugare la ripresa di un governo accentrato del sistema di contrattazione collettiva con la riattivazione di canali di democrazia sindacale, quali erano appunto le rsu. Organi di rappresentanza unitaria dei lavoratori a base elettiva, ma con una fortissima componente sindacale associativa, seppure declinata in modo diverso nel privato (con la regola del 1/3 riservato⁸⁸⁶) e nel pubblico (con l'iniziativa per la costituzione delle rsu lasciata ai sindacati rappresentativi e una forte garanzia di sopravvivenza per i sindacati stessi, che aderissero o meno alle rsu)⁸⁸⁷.

Per cui le rsu erano al tempo stesso la perpetuazione del canale unico di rappresentanza nel privato, grazie soprattutto alla regola del terzo riservato; ma anche un embrione di canale doppio ("più strutturale che funzionale"⁸⁸⁸) nel pubblico, dove più netta era la configurazione legale di organismo di rappresentanza unitaria del personale. Potevano fungere da elementi di rigenerazione del consenso dei lavoratori con altissime percentuali di partecipazione alle elezioni (nel pubblico generalizzate, nel privato alte laddove si sono costituite le rsu), senza però delegittimare l'associazionismo sindacale, come attesta il tasso di sindacalizzazione restato in questi vent'anni miracolosamente al di sopra del 30%⁸⁸⁹, con variazioni in fin dei conti di scarsa rilevanza anche nei rapporti tra le diverse Confederazioni.

In definitiva può dirsi che le rsu, come concepite sinora, hanno consentito quasi un quindicennio di gestione prevalentemente accentrata del sistema contrattuale, caratterizzata da moderazione salariale, senza grandi perdite di consenso per i sindacati dei lavoratori e con un parziale recupero di unità di azione, pure in anni molto difficili politicamente.

I maggiori guai sono cominciati con la crisi del 2008 e la progressiva aziendalizzazione/frammentazione della contrattazione collettiva che hanno innescato o riacutizzato, talora drammatizzandole, le note contrapposizioni tra associazioni della medesima "famiglia" confederale. Tra l'altro il proliferare di tipologie contrattuali, esternalizzazioni, modelli organizzativi reticolari, delocalizzazioni ha enormemente complicato la sintesi rappresentativa proprio nei luoghi di lavoro. E fuori non va certo meglio, se si considera il crescente tasso di lavoratori marginali, occasionali, dispersi.

Ma la principale spinta a riformare le rsu nel settore privato non è venuta questa volta dalla necessità di affrontare la crisi di radicamento e le difficoltà di allargamento della rappresentanza

⁸⁸⁶ V. il protocollo del 23 luglio 1993 e la parte I art. 2 dell'accordo interconfederale del 20 dicembre 1993.

⁸⁸⁷ V. l'accordo collettivo quadro del 7 agosto 1998.

⁸⁸⁸ Magnani, *Legge, sindacato, autonomia collettiva*, in ADL, 2000, p. 185.

⁸⁸⁹ V., per tutti, Ferraro, *La rappresentanza sindacale in Italia*, in La Macchia (a cura di), *Sistemi nazionali di rappresentanza sindacale*, Editorial Bomarzo, 2013, p. 190. Per valutazioni assai interessanti di carattere più ampio v. Carrieri, *La stabile instabilità del sindacalismo italiano*, in *Dem.dir.*, 2014.

sindacale. Per quanto possa apparire paradossale, la riforma delle rsu maturata tra il 2011 e il 2014 è da mettere in relazione con la crescente fragilità del sistema della contrattazione collettiva. I soggetti della contrattazione - messi alla prova dal noto referendum del 1995, che era andato proprio ad incidere sulla già logora cerniera che spalancava la porta della legislazione di sostegno all'ordinamento sindacale - rigenerati fin dalle fondamenta anche grazie alle rsu avevano saputo garantire la continuità delle discipline contrattuali senza causare traumi dirompenti. E questo nonostante (o forse proprio perché) hanno dovuto gestire problemi enormi: ad esempio, nella seconda metà degli anni novanta l'addomesticamento della struttura salariale alle nuove esigenze della competizione e del crescente rigore finanziario; e nel primo decennio del nuovo secolo l'esplosione della flessibilità tipologica dei contratti di lavoro, indotta soprattutto dalle riforme dei governi di centro-destra (2001-2003). I sindacati confederali - pur dividendosi, anche inconsapevolmente, ruoli, strumenti e spartiti da suonare - hanno davvero fatto un gran lavoro, dove la sapiente mediazione tecnica è stata resa possibile da (e al contempo ha giustificato) la persistente presenza nell'agone politico-istituzionale (e questo nonostante il progressivo declinamento della concertazione a dialogo sociale). Occorrerebbe analizzare bene i dettagli per essere del tutto consapevoli di quanto è successo in questi vent'anni sotto i nostri occhi. Guardando l'insieme, appare comunque abbastanza veritiero dire che in sostanza il sindacalismo confederale - maggiormente o comparativamente rappresentativo, ma nel pubblico impiego anche accuratamente pesato e misurato, almeno a partire dal 1998 - ha svolto oggettivamente il grande ruolo istituzionale di riscrivere il diritto del lavoro con la nuova grammatica della flessibilità, illudendosi forse di portarsi dietro più lavoratori di quelli che lasciava per strada; oppure di fare così rinascere l'economia del Paese e, con essa, poter tornare ai fasti degli anni '70.

Ma non è andata così. Come immaginavo rispondendo alla domanda posta dal titolo di un bel libro curato da Gigi Mariucci nel 2006⁸⁹⁰, dopo la flessibilità è venuta sempre più flessibilità. Fino alla terribile crisi degli ultimi 5/6 anni, che ha messo a nudo come il sistema di contrattazione conosciuto fino ad allora era forse giunto al capolinea. Finite le risorse pubbliche, finita la contrattazione nel settore pubblico (dove, sia detto per inciso, le rsu sono state prudentemente "congelate" dal 2008 al 2012⁸⁹¹) e nelle politiche di sviluppo locale. Esaurita (o quasi) la regolazione della flessibilità tipologica, non restava che flessibilizzare la stessa contrattazione collettiva, abbandonando il rassicurante tran tran dei rinnovi dei CCNL. Tra il 2009 e il 2012 tutto faceva pensare che si stesse per verificare la grande fuga dal sistema contrattuale. E il sistema politico non pareva disposto ad arginarla, anzi: basta pensare all'art. 8 della l. 148/2011.

A questo punto le divisioni endosindacali in categorie e vertenze nevralgiche hanno moltiplicato le scosse dirompenti. Le vertenze giudiziarie germinate dal laboratorio Fiat tengono tutti in uno stato di fibrillazione e impongono un'attivazione diversa da quella puramente forense. Il volto del sindacalismo confederale non può essere quello lacerato e impotente di chi non sopravvive senza una sponda politica o aziendale o, in ultima analisi, giudiziaria. C'è molto di contingente negli accordi che si dipanano dal 2011 al gennaio 2014, come sempre. Ma c'è anche, sempre più forte, la consapevolezza che il vecchio sistema contrattuale - con, al centro, la contrattazione nazionale

⁸⁹⁰ *Flessibilità del diritto del lavoro e accumulazione del capitale sociale*, p. 411 (edizioni il Mulino).

⁸⁹¹ V. L. Zoppi, *Bentornata realtà: il lavoro pubblico dopo la fase onirica*, in *Jus*, 2013.

senza più “combustibile” monetario e ad efficacia giuridica limitata e, alla periferia, il sindacalismo confederale che, nel procurarsi consenso, appare in bilico tra tecniche di *catch-all* o di *cartel party*⁸⁹² – è a rischio collasso. D'altronde quel sistema, se lo si guarda nell'insieme e con occhio un po' spregiudicato, consegna all'attualità due gravi fallimenti: un crescente squilibrio nella distribuzione dei redditi tra lavoratori e imprenditori; una progressiva perdita di produttività delle imprese italiane⁸⁹³. Certo non è detto che il sistema contrattuale sia il principale responsabile di questi gravissimi problemi macroeconomici. Ma se i lavoratori sono sempre più poveri e le imprese sempre meno competitive e redditizie (pur con gli imprenditori più ricchi), non c'è dubbio che il sistema di relazioni contrattuali non svolga alcuna funzione correttiva delle dinamiche di mercato, nonostante al volante siano rimasti, con variazioni tutto sommato marginali, per vent'anni i sindacati confederali insieme a Confindustria & *company*. Vengono fuori così domande urtanti, simili a quelle che aleggiavano nei dibattiti politici (a che servono i sindacati?⁸⁹⁴ a mantenere in servizio gli addetti ai lavori? a duplicare, rallentare, depistare inutili discussioni?).

Quindi non stupisce affatto che nel pieno della grande crisi si riparta dalle regole per il contratto collettivo nazionale di categoria, rifondando la rappresentatività dei sindacati legittimati a tutti i livelli contrattuali su rsu sensibilmente rinnovate.

3. Segue: in cosa consistono le principali novità rispetto al 1993?

Il rinnovamento delle Rsu avviene in modo graduale e forse anche poco programmato.

In effetti l'accordo del 28 giugno 2011 si limita a valorizzare i voti ottenuti per le elezioni alle rsu ai fini della certificazione della rappresentatività dei sindacati legittimati a trattare a livello nazionale. Vi è poi la norma, importante ma già di profilo essenzialmente funzionale, che alle rsu attribuisce il potere di stipulare, a maggioranza, contratti aziendali *erga omnes*. Invece le intese modificative (*rectius* derogatorie) dei CCNL sembrano dover essere stipulate secondo la disciplina dei CCNL stessi, salvo, in via transitoria, essere affidate a non meglio precisate rappresentanze presenti in azienda d'intesa con le organizzazioni sindacali di categoria espressione delle Confederazioni sindacali firmatarie dello stesso accordo del 2011.

Con l'accordo di maggio 2013 si precisa (punto 3) che i voti validi ai fini della certificazione della rappresentatività sono solo quelli espressi per i sindacati che aderiscono all'intesa.

Si regola poi il passaggio rsu/rsa e viceversa: confermando la regola del 1993, secondo cui chi partecipa all'elezione della rsu rinuncia alle rsa; impegnando le organizzazioni sindacali che aderiscono all'accordo a non fare rsa laddove siano state o vengano costituite rsu; e precisando che dove vi siano rsa si passa alle rsu solo se definito unitariamente dalle federazioni aderenti alle confederazioni che stipulano l'accordo del 2013.

Si apportano poi altre due importantissime modifiche:

- a) le rsu sono elette con voto proporzionale, quindi con l'eliminazione del 1/3 riservato;

⁸⁹² V., su queste categorie mutuata dalla politologia, L. Bardi, *Partiti e sistemi di partiti*, il Mulino, 2006.

⁸⁹³ Da ultimo v. L. Tronti, *Salari e prezzi per riprendere la crescita*, www.sbilanciamoci.info del 26.2.2014; Id., *Produttività, crescita e riforma della contrattazione: un dialogo tra economisti*, www.nelmerito.com, 24.2.2014.

⁸⁹⁴ La domanda allude al noto libro di Pietro Ichino, pubblicato da Mondadori nel 2006, dall'elevato potenziale provocatorio. Ma la pubblicistica in materia è ricca, anche se non tutta meritevole di nota.

b) il “cambio di casacca” (cioè il passaggio ad altro sindacato) nella rsu eletta determina la decadenza e la sostituzione con il primo dei non eletti della medesima lista (e questo fa parlare di mandato imperativo).

Dopo meno di un anno arriva il TU del 2014. In esso si riprendono anche molte regole del 1993, armonizzandole con gli accordi del 2011 e del 2013. Su sette punti il testo unico è molto importante, sia per quanto riprende dal 1993 (date le suddette modifiche, non era infatti scontato la riproposizione di nessuna delle regole di vent’anni prima) sia per quanto precisa o chiarisce degli accordi più recenti. I sette punti di fondo mi sembrano i seguenti:

a) si afferma il principio dell’unicità (o meglio dell’alternatività) della forma di rappresentanza in azienda, fissando una regola meno restrittiva per il passaggio alla rsu qualora le rsa siano costituite per la prima volta in una determinata unità produttiva (Parte II, sez. I, lett. b). In questo caso, a differenza di quanto si dice per tutti gli altri casi nell’accordo di maggio 2013, ripreso nello stesso TU (parte II, sez. II, punto 8), è sufficiente una decisione delle organizzazioni sindacali che rappresentino a livello nazionale la maggioranza del 50%+1 come determinata dallo stesso TU;

b) si regola il potere di iniziativa per la costituzione delle rsu, attribuendolo alle organizzazioni sindacali di categoria aderenti alle Confederazioni che abbiano stipulato i tre accordi 2011/2013/2014 e alle organizzazioni sindacali firmatarie del CCNL applicato nell’unità produttiva o alle associazioni sindacali abilitate a presentare liste per le elezioni delle rsu, semprechè aderiscano formalmente ai tre accordi citati (parte II, sez. II punto 1). Per i rinnovi successivi l’iniziativa può essere assunta anche dalla rsu esistente.

c) si riconferma che l’elezione avviene a suffragio universale su liste concorrenti (ivi, punto 2)

d) si conferma che le elezioni sono valide ove alla stessa prenda parte più della metà dei lavoratori aventi diritto al voto; anche se, reiterando quanto previsto nel 1993, poi si prevede, in modo alquanto ambiguo, che in caso di non raggiungimento del quorum “la Commissione elettorale e le organizzazioni sindacali operanti all’interno dell’azienda prenderanno ogni determinazione in ordine alla validità della consultazione in relazione alla situazione venutasi a determinare nell’unità produttiva” (Parte II, sez. III, punto 2)

e) si conservano i diritti sindacali per le organizzazioni sindacali firmatarie dei CCNL (Parte II, sez. II, punto 4)

f) si ribadisce che le rsu decidono a maggioranza (ivi, punto 7)

g) si individuano le organizzazioni che possono presentare le liste, distinguendo tra organizzazioni sindacali aderenti alle confederazioni firmatarie del TU o firmatarie del CCNL applicato nell’unità produttiva e associazioni sindacali formalmente costituite con un proprio statuto ed atto costitutivo. Solo per queste ultime si prevede una doppia condizione: che accettino formalmente e integralmente i contenuti dei soliti tre accordi 2011/2013/2014; che la lista sia corredata da un numero di firme di dipendenti dell’unità produttiva pari al 5% degli aventi diritto al voto nelle aziende con oltre 60 dipendenti, ridotti a tre firme nelle imprese con 16-59 dipendenti (Parte II, sezione III, punto 4).

4. Rsu, modelli di rappresentanza e democrazia (sindacale), post-democrazia, ultrademocrazia.

Pur dopo aver descritto abbastanza minuziosamente il contenuto della nuova regolazione non è

facile cogliere compiutamente la differenza tra vecchie e nuove rsu del settore privato. Certo si può dire che sono più simili a quelle del settore pubblico, specie dopo l'eliminazione della riserva del 1/3. Però non sono diffuse in tutte le amministrazioni, ma ancora limitate, come le rsa dell'art. 19 Stat.lav., alle unità produttive con più di 15 dipendenti. E mantengono un collegamento con il sindacato un po' più stretto, sia perché sono frutto ancora principalmente di regolazione ad opera delle parti sociali sia in virtù della regola sul "cambio di casacca", che costituisce chiaramente un succedaneo della riserva del 1/3⁸⁹⁵.

Tuttavia una cosa è certa: le nuove rsu hanno una più genuina base elettorale, essendo interamente elette sulla base delle preferenze indicate dai lavoratori all'interno delle liste presentate dalle associazioni sindacali legittimate⁸⁹⁶. Quindi si può dire che sono organismi di rappresentanza a più alto tasso di democrazia, in quanto composti in modo più sensibile agli orientamenti manifestati direttamente dagli elettori piuttosto che dalle scelte di strutture preesistenti al voto. Naturalmente è una questione di misura, ma la quantità oltre certi livelli si tramuta in qualità. E si può dire che nelle nuove rsu c'è più competizione elettorale che pre-determinazione dei rappresentanti come delle loro appartenenze.

Naturalmente questo nulla ci dice in ordine alla qualità dell'agire negoziale e, più latamente, rappresentativo dei soggetti a vario titolo legittimati, in modo diretto o indiretto, attraverso questa nuova formula democratica. Però essere dinanzi ad un rinnovato istituto della partecipazione democratica non è un dato privo di significati né sul piano giuridico-istituzionale né su quello delle tecniche regolative utilizzate per realizzare la riforma (o avviarla). Nonché della coerenza tra i due piani.

È anche ben chiaro che si sta parlando di una riforma che riguarda la democrazia sindacale: e ciò rende necessario essere accorti nell'utilizzare categorie concettuali e schemi interpretativi mutuati dalla democrazia politica, come pure non sottovalutare le diversità delle vicende storiche dei soggetti che animano l'uno o l'altro scenario delle dinamiche democratiche. Cionondimeno, la riforma delle rsu riveste un'importanza notevole anche in generale, per il significato che assume in un particolare momento storico dell'intero Paese, afflitto da anni da un profondo deficit democratico dovuto alla crisi dei partiti e al peso sempre crescente dei nuovi mezzi di comunicazione tradizionali o informatici, deficit aggravato di recente da un sistema elettorale insoddisfacente e (da quasi tre mesi) dichiarato per giunta incostituzionale.

Indubbiamente sarebbe sbagliato ignorare che la democrazia non è certo in crisi solo in Italia. Note analisi politologiche avvertono da tempo che il mondo vive una sorta di post-democrazia, intendendo segnalare come la democrazia rappresentativa abbia subito dappertutto profonde trasformazioni patologiche (di cui comunque l'Italia berlusconiana costituisce un buon

⁸⁹⁵ La questione del "cambio di casacca" aveva già dato vita ad un certo contenzioso, sia per il settore privato sia per il pubblico, con soluzioni non univoche: v. Di Stasi, *Le rappresentanze dei lavoratori in azienda*, in G. Proia (a cura di), *Organizzazione sindacale e contrattazione collettiva, Trattato di diritto del lavoro*, diretto da M. Persiani e F. Carinci, 2014, II, p. 271, p. 288 ss. Sulle prime interpretazioni sistematiche della nuova regola in ordine all'eliminazione della riserva del 1/3 v. Ricci, op. cit., p. 24, note 112-113 ed ivi le opinioni di Alleva, F. Carinci, Lai e Magnani.

⁸⁹⁶ Si è calcolato che la regola del 1/3 equivaleva ad un premio di maggioranza per i sindacati stipulanti il CCNL che riuscissero ad arrivare al 30% dei voti: v., da ultimo, Di Stasi, cit., p. 271.

paradigma) e richieda per molti versi correttivi continui⁸⁹⁷. Anche se di recente, in modo suggestivo e utile, ci sono nuovi studi che mettono in guardia da una sorta di spinta verso l'ultra-democrazia, che innalzando fin troppo le aspettative affonderebbe le sue radici proprio nella matura sensibilità democratica dei cittadini dei Paesi più sviluppati⁸⁹⁸.

Considerando questi scenari, non stupisce che il TU del 2014 venga apprezzato o criticato vedendovi, in ambito squisitamente sindacale, rimedio a precedenti "dittature delle minoranze" ma con il rischio di cadere in nuove "dittature della maggioranza"⁸⁹⁹. Anche questo versante merita sicuramente di essere analizzato (avendo comunque ben presente che la sacrosanta garanzia del dissenso non può paralizzare il funzionamento dei sistemi decisionali). Non prima però di aver riconosciuto che le parti sociali hanno avuto il merito e il coraggio di intervenire in una materia incandescente con tempestività rispetto ad un sistema politico che solo di recente sembra essersi svegliato da un lungo letargo.

Resta però da capire se anche questa volta non siano all'opera manovre gattopardesche⁹⁰⁰, magari agevolate proprio dalle tecniche regolative utilizzate.

5. Rsu: natura giuridica e regole di funzionamento.

Come si è detto la materia è difficile. Infatti anche dinanzi ad una regolamentazione più univoca (come era quella del 1993), si sono presentati gravi problemi di interpretazione e configurazione dei vari organismi rappresentativi presenti nei luoghi di lavoro. La rsu, quando la questione si è posta nel settore privato, è stata talora considerata una pura somma di rappresentanze sindacali, talaltra come organo unico della comunità dei lavoratori, talaltra ancora come organismo unitario che rappresenta tutti i lavoratori ma in proporzione alla loro "appartenenza" sindacale⁹⁰¹. Natura e configurazione si riflettono poi su vari aspetti, dei quali i più importanti sono le regole per assumere decisioni e la titolarità con relativo esercizio dei diritti sindacali. La rsu come pura sommatoria di sigle sindacali pareva invero da escludere soprattutto per la regola che ne prevedeva la decadenza nel caso di dimissioni superiori alla metà dei componenti. Negarne la natura di organo unico d'altronde non voleva dire escluderne in radice il funzionamento come collegio, accentuandone esclusivamente la plurisindacalità. Sostenere la natura di organismo unitario plurisindacale consentiva invece di ricercarne di volta in volta le specifiche regole di funzionamento, mantenendo al contempo la raffigurazione del sistema italiano come incentrato sul canale unico (sindacale) di rappresentanza. Pertanto forse quest'ultima opinione sintetizzava bene la natura di un organismo dalle fattezze alquanto ambigue.

⁸⁹⁷ V. Crouch, *Postdemocrazia*, Laterza, 2003.

⁸⁹⁸ D. Schnapper, *L'Esprit Démocratique des Lois*, Gallimard, 2014. A commento R. Esposito firma su la Repubblica del 23.2.2014 un articolo dal titolo *La dittatura delle minoranze è il vero pericolo di oggi*.

⁸⁹⁹ P. Alleva, *I pericoli dell'accordo interconfederale sulla rappresentatività*; U. Romagnoli, *La dittatura della maggioranza sul sindacato*, entrambi del febbraio 2014 in www.dirittisocialiecittadinanza.org

⁹⁰⁰ Riprendo qui una metafora di B. Caruso, *Rappresentanza e rappresentatività nel pubblico impiego riformato: "l'interramento del cratere"*, in LPA, 1999, p. 238, che parlava di "gattopardismo di ritorno di matrice sindacale". Il titolo del mio scritto viene da qui, anche se dopo ho anche inevitabilmente pensato al libro di Alan Friedman che in questi giorni imperversa (*Ammazziamo il gattopardo*, Rizzoli, 2013).

⁹⁰¹ Riepiloga bene questo dibattito, optando ancora per l'ultima soluzione, Di Stasi, op.ult.cit., p. 287 ss.

Nel lavoro pubblico le cose stanno in modo piuttosto diverso per due essenziali ragioni: a) non vi è mai stata la riserva del 1/3; b) l'art. 8 dell'accordo quadro del 1998 prevede la regola della maggioranza per le decisioni relative all'attività delle rsu e il successivo accordo interpretativo del 6 aprile 2004 ne ribadisce esplicitamente la natura "unitaria" e "collegiale"⁹⁰². Per cui è assai più difficile sostenere che la rsu non sia un organo unitario di rappresentanza dei lavoratori, con slittamento verso il sistema del *double channel* (un sistema per la verità carente per difetto, se si considera che nel lavoro pubblico possono anche esservi rsa per i sindacati che non partecipino alle rsu e "terminali associativi" per i sindacati che partecipino alle rsu).

Senza giungere agli eccessi del lavoro pubblico, natura e configurazione della nuova rsu del TU del 2014 sembrano molto avvicinarsi a quelle del settore pubblico. Infatti la riserva del 1/3 non c'è più e la regola della maggioranza è prevista in vari punti, anche se non si afferma esplicitamente la natura collegiale dell'organo. Inoltre la rsu è titolare in via autonoma del potere di contrattazione collettiva aziendale con efficacia generalizzata (pur senza effetti modificativi in *peius*).

C'è però la regola della decadenza in caso di "cambio di casacca", che configura di certo un mandato elettorale con vincolo associativo. E il sistema elettorale resta imperniato sulla preferenza per le liste presentate da sindacati che facciano parte a pieno titolo del sistema contrattuale extra-aziendale.

Non sono però elementi decisivi per continuare a negare alla rsu la natura di organo unitario di rappresentanza dei lavoratori che deve funzionare a tutti gli effetti come un collegio. Sia perché è possibile che le liste vengano presentate anche da altri gruppi di lavoratori dell'impresa, purché costituiti in associazione e con un certo numero di firme. Sia perché il vincolo di mandato opera solo nel caso estremo dell'adesione dell'eletto ad altro sindacato, ma non esclude che, finché è in carica, la partecipazione del singolo alla vita dell'organo di rappresentanza si svolga secondo logiche puramente istituzionali.

Perciò si può ritenere che la nuova regolazione sia tale da farvi leggere l'obiettivo di istituire un canale di rappresentanza dei lavoratori in azienda interamente elettivo, con una sua autonomia giuridica e funzionale, seppure sensibilmente condizionabile dai sindacati che concorrono a formarlo. E che, pur rinunciando a formare proprie rsa, possono continuare ad operare in azienda grazie ai diritti sindacali garantiti dal TU quando si tratti di sindacati firmatari dei CCNL.

6. Le ambiguità che restano.

Dunque può dirsi che una netta scelta a favore di un organismo unitario ed elettivo viene fatta, con tutti i timori che essa può indurre sul piano di un'eccessiva autonomia rispetto alle strutture di categorie e confederali. Proprio per questo il TU risulta disseminato di varie regole funzionali a porre in essere svariati condizionamenti volti a rendere nei fatti le rsu terminali del sistema confederale. Per cui il gattopardismo, per quanto più democratico, potrebbe trovare ancora i suoi percorsi.

⁹⁰² V., da ultimo, G. Mautone, *Le rappresentanze dei lavoratori pubblici sui luoghi di lavoro*, in G. Proia (a cura di), cit., p. 1154 ss.

Al riguardo, oltre alla regola sul cambio di casacca, di tutto rilievo sono le regole che rendono utili a fini complessivi del nuovo sistema solo iscritti e voti espressi a favore dell'ambito oggettivo e soggettivo direttamente riferibile al TU: i primi in relazione alle imprese in cui si conteggiano (solo le imprese con più di 15 dipendenti: v. parte I del testo unico), i secondi solo se espressi per i sindacati aderenti all'ormai noto "trittico"⁹⁰³ di accordi.

Ci sono poi le regole sul potere di iniziativa per la costituzione delle rsu, attribuito, oltre che alle medesime rsu una volta costituite: a) alle organizzazioni sindacali di categoria aderenti alle Confederazioni che abbiano stipulato i tre accordi 2011/2013/2014; b) alle organizzazioni sindacali firmatarie del CCNL applicato nell'unità produttiva; c) alle associazioni sindacali abilitate a presentare liste per le elezioni delle rsu, semprechè aderiscano formalmente ai tre accordi citati.

Questa formula pare notevolmente aperta, escludendo in pratica solo gruppi di lavoratori organizzati al di fuori di ogni assetto associativo. In realtà l'adesione al trittico di accordi comporta la rinuncia a dar vita a proprie rsa in presenza di rsu, con esclusione quindi dai diritti sindacali se non si è firmatari di CCNL applicati nell'unità produttiva. Con il testo dell'art. 19 stat.lav. post-sentenza Corte Costituzionale 231/2013⁹⁰⁴ un sindacato non firmatario potrebbe però aver partecipato alle trattative per qualsiasi contratto normativo e aver diritto ai diritti sindacali; quindi potrebbe avere relativo interesse a costituire una (o anche a partecipare alla) Rsu. Con la nuova regolazione del trittico di accordi, secondo i quali per partecipare alle trattative del CCNL occorre aderire agli accordi stessi e aver superato la soglia del 5% a livello nazionale (e non solo), il sindacato non confederale e non firmatario del CCNL corre invece il rischio di essere comunque escluso dai diritti sindacali. Perciò laddove trova applicazione il TU, sarebbe più corretto dire che non si accede ai diritti sindacali se non facendo parte della Rsu, cioè ottenendo un certo numero di voti. Il sindacato che voglia restare solo associazione di iscritti senza alcuna verifica elettorale e senza aderire al trittico di accordi (che comunque lo costringerebbe a rinunciare alla propria rsa) non è quindi più sostenuto da alcuna legislazione.

Inoltre non si deve dimenticare che, chiunque assuma l'iniziativa, la rsu non si può costituire senza il quorum del 50% degli aventi diritto al voto. Anche qui però, come si è visto, il TU è ambiguo: e ciò è anche meno accettabile di prima trovandosi dinanzi ad un organismo di rappresentanza unitaria ed interamente elettivo rispetto alla precedente rsu assai più ambivalente.

Vi è dunque con il TU, ma già con gli accordi immediatamente precedenti, un forte indebolimento del sindacalismo associazionistico. E per certi versi un rilancio del sindacalismo extra-aziendale, unico veicolo per garantire il superamento della soglia del 5% a cui solo può conseguire a regime la firma del CCNL.

Quindi il sistema oscilla in modo assai poco chiaro tra l'istituzione di un organismo unitario dei lavoratori a base elettiva nelle unità produttive con più di quindici dipendenti e la valorizzazione del sindacalismo extra-aziendale, che consente di superare quelle soglie che garantiscono

⁹⁰³ L'espressione sintetica ed efficace è stata utilizzata per primo da Bavaro, *Note sul testo unico sulla rappresentanza del 10 gennaio 2014*, in www.dirittisocialiecittadinanza.org

⁹⁰⁴ Su questa sentenza molti sono ormai i commenti. Per tutti v. , oltre al mio *Impresa e relazioni industriali dopo "la guerra dei tre anni"*, in www.aidlass.it e in DLM, 2013, n. 3, i commenti di Rusciano, in RGL, 2013; Del Punta, Scarponi, Leccese, in LD, 2013; A. Zoppoli in WP Massimo D'Antona.IT - 201/2014; nonché i pareri di A. Baylos Grau, F. Carinci, A. Lassandari, G. Proia, A. Vallebona, in DLM, 2013, n. 3.

effettivamente la piena agibilità dei diritti sindacali in azienda, in una qualunque delle forme ancora consentite, cioè come rsa, come rsu oppure come sindacato firmatario di CCNL.

7. L'utilità di una nuova legislazione di sostegno ispirata al pluralismo efficiente e alla democrazia diffusa.

Un sistema come quello descritto è certo migliore del precedente, privo di un chiaro baricentro e a rischio di subalternità per il ruolo dell'accREDITAMENTO aziendale. Ma ha elementi di polarizzazione eccessiva, rischia di complicare gli scenari sindacali in azienda incoraggiando la diaspora datoriale e, soprattutto, non è facilmente estendibile in via negoziale a settori in cui c'è maggiore frammentazione sindacale o dove è assai alta la percentuale di piccole imprese, come il commercio. In generale poi, lasciando fuori dalla rappresentanza elettiva le imprese anche grandi ma articolate in numerose piccole unità produttive, rischia di fondare una legittimazione negoziale generale su una platea di lavoratori assai più ristretta di quella che dovrebbe essere destinataria di contratti collettivi che si vorrebbero erga omnes. E in questo anche la consultazione prevista per il CCNL – altrimenti detta "giudizio di Dio"⁹⁰⁵ - non è un antidoto sufficiente, almeno fino a che non si vedrà all'opera nelle diverse categorie – cui viene rimessa la disciplina – in modo tale da includere quei "figli di un Dio minore" che lavorano nelle piccole imprese (e che, in totale, sono più di 4 milioni di lavoratori).

Perciò il TU può essere sì una buona base di partenza, ma richiederebbe norme più chiare ed esplicite su vari punti.

Con l'esclusiva finalità di portare a piena emersione scelte già visibili nel TU, una legge potrebbe migliorarlo, generalizzandone l'applicazione. Essa però dovrebbe sicuramente essere più rispettosa dell'art. 39 co. 1, tutelando in modo più netto la libertà di scegliere qualsiasi forma organizzativa con finalità sindacali.

I punti di tale legge potrebbero essere:

- a) prevedere e sostenere la costituzione di rsa o rsu, oltre che nell'unità produttive con più di 15 dipendenti, in tutte le imprese di una certa dimensione (es.: 60 dipendenti);
- b) dire con chiarezza che le due forme sono alternative, consentendo la costituzione di rsa solo ad iniziativa di lavoratori nell'ambito di sindacati che abbiano diritto a partecipare alle trattative per il CCNL secondo quanto disposto dal TU (o, meglio, dell'accordo di maggio 2013⁹⁰⁶);
- c) o in alternativa consentendo la costituzione di rsu a seguito di un referendum con un quorum del 50% degli aventi diritto e con un consenso superiore al 50%: referendum attivabile da sindacati con un certo seguito in azienda o fuori o anche da gruppi di lavoratori;
- d) prevedere anche la possibilità di un ritorno alle rsa, ove lo vogliano oltre il 50% dei lavoratori.

⁹⁰⁵ F. Solari, intervento alla Consulta giuridica Cgil, Roma, 27.2.2014. Il riferimento è alla parte III del TU del 2014 che riprende un punto specifico dell'accordo di maggio 2013.

⁹⁰⁶ Sulla differenza tra i due testi e la querelle interpretativa scatenata dal TU v., oltre ad Alleva e Romagnoli, citati prima, Bavaro, *Note sul testo unico sulla rappresentanza del 10 gennaio 2014*, e A. Piccinini, *Prime riflessioni sul c.d. testo unico sulla rappresentanza del 10 gennaio 2014*, entrambi di fine gennaio 2014, in www.dirittisocialiecittadinanza.org; Liso, *la FIOM e l'accordo del 10 gennaio 2014*, in [nel merito.com](http://nel_merito.com) del 3 marzo 2014; Romagnoli, *In difesa della democrazia sindacale*, in www.insightweb.it, march 2014.

e) fare delle rsu il centro di imputazione giuridica dell'attività sindacale decentrata e la base per legittimare i sindacati a stipulare il CCNL.

Nella sostanza poco cambierebbe rispetto al TU. Soprattutto la legge sarebbe espressione di un consenso e un'investitura politica, più dignitosa e conforme alla costituzione formale e materiale, rispetto all'espedito di subordinare l'inclusione nel sistema contrattuale di questo o quell'organizzazione dei lavoratori all'adesione alle regole fissate da altri, espedito di dubbia legittimità ed efficacia. Quando si tratta di regole a valenza generale non può non valere infatti il principio affermato dal Consiglio di Stato dopo il referendum per il lavoro pubblico che abrogò l'art. 47 del d.lgs. 29/93: avendo "il corpo elettorale ..ritenuto inidoneo lo strumento dell'accordo tra le parti per definire il concetto ed i criteri per la determinazione della (maggiore) rappresentatività..., la definizione ed i criteri identificativi della (maggiore) rappresentatività non possono essere stabiliti dalle parti rappresentative degli interessi contrapposti, ma debbono prodursi attraverso un atto proveniente da un'autorità esterna alle parti in causa" (Cons. Stato parere n. 2648/95 del 27.9.1995).

Su questa base e con una legge, molto altro si potrebbe migliorare rispetto allo stato attuale del diritto sindacale italiano.

The social borders of EU Immigration Policy (in the Italian perspective)*

Laura Calafà

1. Introduction: the European social model and its double	285
2. From the horizontal approach to the category based approach to economic migration: the parabola of the Commission policy from Tampere to the aims of Europe 2020	286
3.1. Before Lisbon	287
3.2. After Lisbon	288
4. The directive permits and equal treatment for regular workers. The first phase of the influence of EU law on national law including labour law	293

* Previously published as WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".INT – 105/2014

1. Introduction: the European social model and its double

In the bibliographic archives of the International Labour Organisation (ILO) of one can locate a reassuring typed letter dated 1975 by the then Commission of the EEC, hand-annotated by an unknown clerk. In the correspondence with ILO in the context of a comparison regarding the protection of migrant workers, the sender emphasizes that the attention concerning extra-EU workers is not of less importance than that of *intra*-EU migrants⁹⁰⁷. In support of the good intentions the letter mentions the presentation to the Council of a specific Action Programme in Favour of Migrant Workers and their families only a few months after the approval of the Resolution by the Council regarding the then first programme of social action. Dated 21st January 1974, the former; 18th December the latter also sealing a temporal continuity not only axiological of the appreciation of the shared roots of the free circulation of workers.

Some forty years later, these documents deserve careful attention rather than a superficial glance. Above all, they raise questions about the real impact of EU immigration policy especially after the Treaty of Lisbon. The document originating in the early seventies was supposed to give political rigour to the undertaking in the first document with a view to *“bringing about equality between EU and non-EU workers and their families in all respects, social and economic, taking into account current EU regulations”* and *“harmonizing immigration policy in respect of non EU countries”*.

Leaving aside the real regulatory responsibilities as set out in the treaties and the interpretation of the rules contained in Title V and in Title X of TFEU⁹⁰⁸, a second reading of the documents reveals the borders (territorial but also theoretical) of the EU social model. Notwithstanding the farsightedness of the initial project, such a model over time rested on a single root, (with exclusion of non-EU citizens) and on an important semantic ambiguity: the ontological and solitary relevance of the single worker (first) and (later) citizen of the European Union. The other, the double, which is reflected in the social model and from which it draws structural balance, simply does not exist⁹⁰⁹. Except when its relevance is felt when the economic crisis (or its political

⁹⁰⁷ The letter, protocol 023839, notes that the programme of 18th December 1974 *“concerns not only migrants from EC member states who are entitled to circulate freely under the terms of the Treaty of Rome, but also migrants from other countries”*.

⁹⁰⁸ Reference is made to L. CALAFÀ, *Migrazione economica e contratto di lavoro degli stranieri*, Bologna, 2012, in particular to page 11. Examining the reality of the common immigration policy, one is confronted by a comparison between the immigration policies and the social policies (regulated respectively in Chapters V and X TFEU). Here the overall sense is confirmed with great clarity: the «social question» including the employment of foreigners, seems to be inserted into a kind of vicious circle of various responsibilities. The Union has no say in the specific definitions (general and the systematic interpretation of the provisions set out in Chapter V concerning immigration, of Article 79 in particular, seems quite insufficient) of regularity and irregularity, also in employment, but is supposed to manage the consequences of their actual recurrence, without being able to intervene so as to harmonise such notions of regularity, irregularity and/or the possible measures for the social integration of foreigners. They remain, more or less, only exercises of harmonization concerning pathological workings of the labour market (a difficult undertaking since there are 27 different national regulatory systems dealing with the specific point) and on the subject of returning illegally-staying persons which also include the practicalities. Responsibility for the respect for the basic rights of migrant people therefore does not rest only on the actions of member states but also on the regulation of the Union in such delicate matters for which, however, it does not manage the basic regulatory conditions.

⁹⁰⁹ On how the EU is seen by others, the excluded, the literature (including juridical) is vast. In this context one recalls the classic by S. SASSEN, *Migranti, coloni, rifugiati. Dall'emigrazione di massa alla fortezza Europa*, 1999, Milan; the political theories of exclusion are analyzed by S. BENHABIB, *The Rights of Others*, 2004, Cambridge University Press, 2004. The collection edited by L. DUBIN (ed.), *La légalité de la lutte contre l'immigration irrégulière par l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, p. 268.

rhetoric)⁹¹⁰ happens to impact on the socio-economic balance of EU policies or when the so-called Arab Spring forces us to face the thorny question of the external borders on the Union.

“As happens so often in European social policies, the gradual reaching of very ambitious regulatory targets is characterized by the unpredictability of the choices and solutions actually adopted”⁹¹¹. This simple statement introduces a different reasoning into the scientific comparison, its opposite, which makes one realize that the initial ambitions of immigration policy were followed by negative and reductive choices of a very evident cultural, social and economic complexity.

This article seeks to focus on and explain those “irresistible” factors which affect precisely these regulatory choices concerning immigration through support of a social integration process within the EU which is accompanied by a parallel process of social negation *vis-à-vis* non-EU subjects⁹¹².

One of the most obvious signs of this process is the transformation of the regulatory approach concerning economic migration, rather the movement directed at employment seeking, from horizontal to category based (rather some rules exclusively dedicated to defined categories such as seasonal workers or highly qualified workers). In the attempt to furnish an up-to-date reading of the most recent acts in the law of this subject (*v. infra* par. 3), one particularly dwells on dir. 2011/98, the so-called directive concerning permits and equal treatment of non-EU regular workers, and which reminds one of the first formal statement of such a principle in 1974.

2. From the horizontal approach to the category based approach to economic migration: the parabola of the Commission policy from Tampere to the aims of Europe 2020

If a precise date can be found for the common policy concerning immigration in the European Union, it is certainly the date of the European Council held in Tampere on 15th and 16th October, 1999. At that meeting and after the Amsterdam Treaty came into force the preceding May, the projected targets attained their maximum profile. The development prospects, however, were at once seen to be inadequate to the initial premises. Later experience, in fact, overwhelmingly demonstrated that, at least in economic migration, the official consensus achieved by the Council was only apparent⁹¹³. The directive proposal concerning the conditions of entry and residence of non-EU citizens who intend to undertake employment or self employment (Com (2001) 386 def., of 11 July 2001), the principal result of the positions taken at Tampere, has never been approved by the Council. The failure of that directive proposal is clearly seen in the forced withdrawal of the proposal by the Commission⁹¹⁴, formalized five years later. The reason lies in the impossibility

⁹¹⁰ A. LYON CAEN, *Les réactions du droit du travail à la crise*, in *Droit Ouvrier*, 2012, p. 763.

⁹¹¹ S. SCIARRA, *Manuale di diritto sociale europeo*, 2010, Turin.

⁹¹² G. BRONZINI, *La sentenza El Dridi: la Corte di giustizia fissa i «paletti» delle politiche europee sull'immigrazione*, in *La cittadinanza europea*, 2, p. 121, analyzing the statement of fundamental rights made by the Court in the *El Dridi* case, referring to “the image of the project of European integration overturned” offered by the dir. 2008/15.

⁹¹³ S. CARRERA, *Building a Common Policy on Labour Immigration. Towards a Comprehensive and Global Approach in the EU?*, CESP Working Document No. 256, 2007 in www.cesp.be; S. CARRERA, A. FAURE ATGER, E. GUILD, D. KOSTAKOPOULOU, *Labour Immigration Policy in the EU: A Renewed Agenda for Europe 2020*, Centre for European Policy Studies, 2011, Brussels, in www.ceps.eu.

⁹¹⁴ Cf. *European Commission, Withdrawal of Commission Proposal Following Screening for their General Relevance, their Impact on Competitiveness and Other Aspects*, 2006/C 64/03 published in the Official Journal of the European Community 17 March 2006.

of reaching an agreement in the heart of the Council, among the most representative states.

More than ten years later, this episode represents a crucial unresolved problem in economic migration. Standardized rules for access to employment in the 27 member states do not yet exist⁹¹⁵, which shows that, as in the past, the inconsistent dialectic between the Commission and the Council seems destined to affect future projected developments characterized by the evident hostility of the member states to renouncing specific responsibilities which is much more evident in this sphere than in others.

Even if the responsibilities of the Union in this sphere have greatly accumulated in a short time particularly with requests, action plans, programmes, positions, documents, projects always under the banner of that dialectical relationship between the member states and the Commission which characterizes in a real and visible way the overall route covered by the common policy concerning economic migration. Following the failure of the 2001 proposal, economic migration became part of a global policy concerning general immigration rather than specifically relating to employment: it is no longer subject to direct and immediate (hence problematic) regulation by the Union but has lost focus and become diluted and mixed with other matters. That's to say that only the indirect political approach has allowed the Commission to include the rules concerning foreign workers among the projected tasks starting from the responsibilities in Title IV TEC first, and Title V TFEU, second (excluded even from the doctrine and from the operative sphere in Title X)⁹¹⁶.

3.1. Before Lisbon

After 2001 with all the weight of the violent events which had such an impact upon the development of rules concerning economic migration, there were three steps which came together to outline the overall approach to the movement of non-EU persons for employment. The first step came between 2005 and 2007. In particular there was The Green Paper on economic migration at the beginning of 2005⁹¹⁷, which was anticipated by the work of the Council of The Hague ending that year in December with the Commission's Plan for Legal Migration in which the selective dismantling of the figure of the worker became the model for the Commission's subsequent

⁹¹⁵ The same can ideally accompany the complicated events of the earlier decision no. 85/381/EEC, when another attempt was made to draw up a first draft concerning immigration: G. F. MANGINI, *Il governo dei movimenti migratori in Europa*, in *Democrazia e costituzionalismo nell'Unione europea*, 2004, Bologna, p. 193; S. GIUBBONI, *Immigrazione e politiche dell'Unione europea, dal Trattato di Roma alla Costituzione per l'Europa*, in *Dir. Lav. Rel. ind.*, 2005, p. 205.

⁹¹⁶ Cf. S. PEESR, *Legislative Update, EU Immigration and Asylum Competence and Decision-Making in the Treaty of Lisbon*, in *European Journal of Migration and Law*, 2008, 10, p. 219.

⁹¹⁷ In the *Introduction*, penultimate section, the Commission explains that the initiative "does not aim [...] either to illustrate the policies of the EU 25, or to compare them to those of other regions in the world, but rather to point out the main problems and possible options for a Community legislative discipline concerning economic immigration. In doing so, the Commission has taken account of the reservations and worries raised by the member states during the discussions which took place concerning the 2001 directive and proposes possible alternatives". In the *Conclusions*, first section, it adds: the "Commission holds that the admission of migrants for economic motives is the milestone in the policy concerning immigration and it is therefore necessary to deal with it at a European level in the context of a progressive evolution of a coherent Community policy for immigration". Coherence and progression are terms which accompany every consideration on this matter, joined then by the term global which effectively obscures the economic/employment question.

Legislative and Work Programme adopted in November 2006⁹¹⁸. This was where the already approved directive proposals and those still to be approved concerning employment of foreigners appeared and where a directive proposal was inserted concerning the rights of foreign regular workers which disappeared from the list the following month at the European Council in Brussels at the end of the Finnish presidency. The respective conclusions reaffirmed the unease of some member states about taking decisions in these matters euphemistically expressed as “fully respecting national powers” and made evident in the attitude assumed during negotiations of the subsequently approved directives⁹¹⁹.

The basic defect imputed by the specialist doctrine to the policy set out by the EU is that of so-called *proximity* with some of the more significant and representative member states of the Union showing that in the dialectical rapport between the Commission and the Council, the latter has prevailed. If such proximity with the single or several national interests allows the approval of the acts, it is the same proximity which puts at risk: *the overall approach of the Community and the building of a comprehensive immigration policy rooted in the principles of solidarity and openness whose long-term effects would bring efficiency in terms of security of employment and a high level of protection for the legal employability and working conditions of immigrant workers*⁹²⁰.

Before the Lisbon Treaty came into force, the so-called Labour Immigration Policy, taking into consideration the principles of subsidiarity and national proximity, was deemed to be substantially without transnational coherence – even if expressed in different terms – divided between the various needs of national labour markets, fluctuating on the basis of local economic needs and bound up with the political priorities of individual member states. The merely formal common policy was substantially represented by the different rules and policies in the 28 EU States, an apparent unity only which inspires the EU immigration strategy.

3.2. After Lisbon

With the restyling of the powers and the generalization of the ordinary directive approval procedure carried out at Lisbon, has the overall picture changed? The basic question to ask is if the Commission's strategy concerning economic migration has become proactive after 13th

⁹¹⁸ The activism of the Commission and the Council in 2005 to overcome the impasse caused by the failed agreement on the 2001 proposal was considerable also on the basis of the mandate received at the Council of The Hague at the end of 2004 (Communication of the Commission to the Council and the European Parliament, The programme of the Hague: ten priorities for the next five years, Partnership for the renewal of Europe in the areas of freedom, security and justice, Com(2005) 184 def.). After the Green Paper on economic migration [Com(2004) 811 def., of 1st November 2005], the Commission published the first document of reply to the consultation the following 30th November 2005 (Communication of the Commission to the Council and the European Parliament – Action priority in response to the challenges of immigration – First initiative taken after the Hampton Court meeting, Com(2005) 621 def.), during the six month English presidency of the Council, followed on 21 December 2005 by the Communication of the Commission, Action Plan on Legal Immigration [Sec(2005) 1680, Com(2005) 669]. With regard to the Council, we should remember the Note of the Presidency on the global approach to immigration: priority actions regarding Africa and the Mediterranean (15744/05 presented at Brussels on 13 December 2005), notes which are inspired by the Pact on immigration and asylum of 2008) and the Conclusions of the Presidency to the European Council at Brussels of 15th and 16th December 2005 (SN 15914/01/05, 30/12/05). Worth noting is the matter of the outcome of the consultation on the Green Book of 2005 as a demonstration of the dialectical rapport between Commission and Council. The conclusions were widely laid aside, as S. CARRERA recalls in *Building a Common Policy on Labour Immigration* ... cit.

⁹¹⁹ S. CARRERA, *Building a Common Policy* cit.

⁹²⁰ S. CARRERA, *Building a Common Policy* ... cit.

December 2007 stimulated by the rules which came into effect two years later. To fully understand the reality of the situation concerning developments following the Lisbon Treaty, at least two further geopolitical steps must be added which complete the developing picture briefly outlined: the signing of the European Pact on immigration and asylum proposed by the French presidency of Nicolas Sarkozy on 15th and 16th October 2008⁹²¹; the Stockholm Programme of May 2010, and the subsequent action plan which gives guidelines for intervention by the Union in this matter so as to link up to (more or less completely) the objectives of Europe 2020. The French doctrine in particular, recognizes the central role of the French president in the definition of a clear physiognomy of EU common policy: “So there isn’t a European immigration policy, but a European police of foreigners governed by the commands of the labour market”⁹²². The directives approved between 2008 and 2009 are the tangible result of this line of argument stemming from the Council document of 2005 on the global approach to immigration of which the 2007 legislative programme is the tangible result politically supported by the Pact of 2008⁹²³. The Pact, presented as brand new to great media attention, does nothing other than re-propose measures already approved and concentrates on the concept of chosen immigration (*choisie*), a policy of strongly utilitarian approach, at various speeds, from the tendency to place the foreigner in a precarious legal status⁹²⁴, a series of checks which in the theoretical analysis of the models carried out in the 80s, showed their complete inadequacy in particular with regard to the development of *ad hoc* international relations, which appear to be much more efficient⁹²⁵.

One cannot but notice an imbalance, a kind of identity crisis between EU immigration policy which claims to aspire to a global policy and which demonstrates, on the other hand, only a concentration on the repression of illegal immigration and strengthening frontier controls. With regard to economic immigration, the political apparatus is judged as fragmented, incoherent, restrictive, inefficient, unfocused⁹²⁶, a long series of adjectives which have brought the doctrine attentive to the evolution of EU policies to wonder if such a programmatic picture can be held to be

⁹²¹ S. CARRERA, E. GUILD, *The French Presidency’s European Pact on Immigration and Asylum: Intergovernmentalism vs. Europeanisation? Security vs. Rights?* Centre for European Policy Studies, 2008, Brussels, in www.ceps.eu.

⁹²² M. CHEMILLIER-GENDRAU, *Un régime juridique pour l’immigration clandestine*, in V. CHETAIL, *Mondialisation, migration et droits de l’homme: le droit international en question*, Vol. II, 2007, p. 336; I. DAUGAREILH, *La pénalisation du travail irrégulier en droit européen*, in L. DUBIN (ed.), *La légalité de la lutte contre l’immigration irrégulière par l’Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, p. 268.

⁹²³ Although having merely a programmatic political value, the Pact establishes with clarity the distinguishing marks of the common EU policy. In particular, the five points which rather characterize it should be remembered: 1. To organize legal immigration taking account of the priorities, the needs and the precise reception capacities of every member state and to favour integration; 2. Combat irregular immigration, in particular, making secure and efficient the return of foreigners in irregular situations to their country of origin or towards a country of transit; 3. Improve the efficiency of external border checks; 4. Construct a Europe for asylum; 5. Consolidate a global partnership with the countries of origin and transit to encourage co-operation between migration and development. Worth noting in the context of Objective 2, is the undertaking by member states to resort to the regularizations case by case only for humanitarian or economic motives. The horizontal policy for economic migration is thus definitively abandoned.

⁹²⁴ I. DAUGAREILH, *La pénalisation du travail irrégulier ...cit.*, p. 268.

⁹²⁵ M. A. SCHAIN M. A., *The State Strikes Back: Immigration policy in the European Union*, in *The European Journal of International Law*, 2009, 20, p. 93; on the external responsibilities of the EU concerning immigration, E. NEFRAMI, *La repartition des compétences entre l’Union européenne et ses Etats membres en matière d’immigration irrégulière*, in L. DUBIN (Editor), *La légalité de la lutte contre l’immigration irrégulière par l’Union européenne*, 2012, Brussels, p. 35. For the dialogue in the South of the Mediterranean, S. CARRERA, *The EU’s Dialogue on Migration, Mobility and Security with the Southern Mediterranean. Filling the Gaps in the Global Approach*, Centre for European Policy Studies, 2011, Brussels, www.ceps.eu.

⁹²⁶ Cf. S. CARRERA, A FAURE ATGER, E. GUILD, D. KOSTAKOPOULOU, *Labour Immigration Policy in the EU ...*, spec. 10 ss.

compatible with the strategic priorities of Europe 2020 and capable of contributing to their achievement. In particular, this question arises where they indicate «inclusive growth» as the specific target which the Commission proposes to reach even facilitating and promoting mobility of the workforce within the EU to guarantee a greater balance between labour supply and demand, with adequate financial support from the structural funds, in particular from the European Social Fund (ESF) and to promote a policy of worker migration which is both global and long-term so as to respond to the priorities and needs of the labour markets with the necessary flexibility⁹²⁷.

As examined in depth elsewhere⁹²⁸, it is the paradigm of the border as metaphor for the barrier which seems to inspire EU policy⁹²⁹. It is precisely this term barrier which today seems most suited to catch the moods of the legislators, not only national, and to mark the most recent regulative results, the real theme of this research as indicated in the foreword. With the disappearance of the physical borders shown on geographical maps (the internal borders of the EU, for example), one notes a multiplication of borders in the economic, political, anthropological and social reality. Law cannot remain unaffected by this dynamic; on the contrary, it can seek to enlarge or reduce the extent even at the level of the European Union. In the context, the presumed neutrality of law seems more a theoretical alibi than a fact of legislative reality as the recent experience of labour law concerning immigration shows⁹³⁰. In this respect it has been noted that the topic of economic mobility from outside the Union assumes a peculiar valency as shown by the above reconstruction and there appears to have developed a policy with the vice of exclusion imported into EU lawmaking from the struggle against irregular immigration rather than its opposite – the virtuous relationship between citizenship and employment. The status of irregular is not even a risk or a threat; it becomes simply a juridical situation of those people who stay irregularly on the territory of a member state while the Union works out *ad hoc* juridical instruments to which must be given particular attention: behind the rhetoric of the struggle against irregular immigration hides the criminalization of foreigners in irregular situations and following this, their expulsion.

It is clear that a regulatory system which considers the foreigner as a threat or meriting repression must be strictly examined also on the basis of its respect for fundamental human rights (even if moving to find employment). From a labour law point of view, a necessary comparison with the aims of the Union's economic growth, for verification of the efficiency of the joint measures

⁹²⁷ Communication of the European Commission 2020, *A Strategy for an intelligent, sustainable and inclusive growth*, Brussels, 3.3.2010, Com(2010) 2020 def.

⁹²⁸ L. CALAFÀ, *La migrazione economica ...*, cit.

⁹²⁹ Like that of the other national states, on the other hand, the first being a kind of extended representation of the national policies: L. DUBIN, *Propos introductifs. La lutte contre l'immigration irrégulière par l'Union Européenne, quelle légalité pour quels effets?* in *La légalité de la lutte contre l'immigration irrégulière par l'Union Européenne*, 2012, Brussels, p. 8, which also notes the multiplication of frontiers both internal and external, but of the further representations which these latter have taken on – “supplementary”, “numerical”, “negotiated”.

⁹³⁰ This is not the place to go into a detailed reconstruction of the historical evolution of community rules concerning immigration. For this reference can be made to the first contribution on the topic of Italian Labour Law, G. GHEZZI, *Il lavoratore extracomunitario in Italia, problemi giuridici e sindacali*, in *Politica del diritto*, 1982, p. 195 and to another with a community background A. ADINOLFI, *I lavoratori extracomunitari*, 1992, Bologna; the development of national and community regulations in a comparative light can be read in B. NASCIBENE (editor), *Diritti degli stranieri*, 2004, Padova and in B. VENEZIANI (editor), *Lavoratore extracomunitario ed integrazione europea. Profili giuridici*, 2007, Bari.

promoted⁹³¹, must not be separated from a further aim with the safeguarding of rights as a general limit, both for EU and national regulation. The labour law approach in particular does not distinguish between legal and illegal immigration; as a consequence the role of the employment contract is crucial besides the fact (highly significant for the entire disciplinary balance of labour immigration law) that labour law gives precedence to the status of worker over that of migrant.

Arguing from the French doctrine⁹³², the uncomfortable slope on which EU law has placed labour experts is such as to make one constantly wonder if the worker is to be punished or protected. A far-from-simple reply which requires the reconstruction of the entire multi-layered context regarding the safeguards for personal rights up to the relevance of questions concerning so-called decent work and which touches on the roles of the various courts as guardians of fundamental rights⁹³³.

If these observations are to be considered valid for the post Lisbon Treaty period it is not an easy question to answer given that a large number of the acts passed after 2009 are the result of earlier policies and programmatic decisions. Yet to be evaluated completely is, therefore, the reality of the EU order strongly shaken by the inflow of people following the so-called «Arab Spring»⁹³⁴, events which induce one to see EU policy as a clear example of the failure of a «non policy» in the field of migration⁹³⁵. These very events which have not helped to qualify the Mediterranean countries as decision makers but always as spectators in this field⁹³⁶.

The extreme difficulty in finding a complete answer to such a wide question does not mean we cannot offer a further comparative element to the technicalities of the discussion. Article 68 TFEU recognizes the European Council's responsibility in "strategic direction of the legislative programme and its application in the area of freedom, security and justice". On 4 May 2010 the Programme of Stockholm, which gives political form and substance to Title V of TFEU was published in the Official Journal of the European Union⁹³⁷. It is the most recent programme and deserves attention also for the part of the single planned actions indicated with the relative deadline among which the undertaking to draw up a Code for legal immigration (to be published between 2013 and 2014) should not be forgotten. As indicated by the most exact doctrine, which has already publicly proposed a long and thorough draft, the interest in the code seems to lie in the

⁹³¹ M. AMBROSINI, *Richiesti e respinti. L'immigrazione in Italia come e perché*, 2010, Milan, A. TRIANAFYLIDOU, M. AMBROSINI, *Irregular Immigration Control in Italy and Greece: Strong Fencing and Weak Gate-keeping serving the Labour Market*, in *European Journal of Migration and Law*, 2011, 13, p. 251.

⁹³² I. DAUGAREILH, *La pénalisation du travail irrégulier ...*, p. 268.

⁹³³ A. LO FARO, *Is a Decent Wage Part of a Decent Job? Answers from an Enlarged Europe*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona". INT-64/2008; 2007; I. DAUGAREILH, *Le travail décent dans les pays en voie de développement, Note d'information pour le Parlement européen*, EXPO/B/DEVE/2006-36, PE 348.608, 2006, Brussels, European Communities.

⁹³⁴ The long series of official declarations and documents produced by the European Commission are listed in S. CARRERA, A. FAURE ATGER, E. GUILD, D. KOSTAKOPOULOU, *Labour Immigration Policy in the EU ...*, spec. 10 ss.

⁹³⁵ M. LIVI BACCI, *Cronaca di due fallimenti. L'Europa, l'Italia e le politiche migratorie*, in *Il Mulino*, 3, p. 432.

⁹³⁶ G. CAGGIANO 2011, *L'insostenibile onere della gestione delle frontiere esterne e della competenza di "paese di primo ingresso" per gli Stati frontalieri nel Mediterraneo*, in *Gli Stranieri*, 2011, 2, p. 45.

⁹³⁷ The Stockholm Programme was adopted by the Direction *Justice and Home Affairs* in December 2009. The scheduled plan came the following 20 April: Communication by the Commission to the European Parliament, to the Council, to the European Economic and Social Committee and to the Committee for the Regions, *Create a space of freedom, security and justice for the citizens of Europe Action Plan for the realization of the Stockholm Programme (Com(2010) 171)*.

fact that it will be a kind of basic text on the subject (by itself already innovative), intended moreover to consolidate the existing regulations concerning immigration (as explained by point 6.1.4 of the Stockholm Programme) and to impact as quickly as possible, on immigration for economic reasons. It should be noted indeed, that the Council⁹³⁸. At point 6.1.3 of the Programme, invites the Commission, among other tasks «to evaluate the impact and the efficiency of the measures adopted in this sphere so as to determine if it is necessary to strengthen the existing legislation, also in relation to categories of workers presently not covered by the Union's regulations». The specific point is really enigmatic. It seems like an attempt, if not to recover the integrity of the entire migration policy, much less than an open prospective for a renewed initiative of a horizontal type on the employment of foreigners ten years after the failure of the proposal 386 of 2001, interesting in the political dialectic between European Commission and Council (which compared to the 2007-2010 period saw considerable changes in the representatives of the national governments).

An indirect way, perhaps, to repair the defect of the (substantial) fragmentation of the initiative concerning employment also in light of the economic-financial crisis and of the impact produced on the foreign workforce. By comparing the Commission's 2005 Green Paper on economic migration with the 2012 Report on Immigration, some useful suggestion can be found which help to formulate a reply given that the crisis is an integral part of the reasoning about the economic contribution of foreigners in the EU, which remains central. The Commission reaffirms that "economic migration remains (...) an important element to make up for an insufficient workforce, above all in the context of an ageing EU population and in an international market where there is strong competition with non-European countries for talent, these also hit by a lack of skills". It adds that "more than contributing to economic growth, the migrants offer our society a social and cultural contribution". For all these reasons "the Commission proposes to start again concerning economic migration by setting up before the end of 2012 a consultation which promotes a wide debate with the member states, the social institutions and the various interested parties, on the role which European policies should have so as to exploit the potential of economic migration in a period of crisis in terms of political action by the Commission" [p. 5]. EU harmonization in this specific area limited itself to the approval of several directives (dir. 2008/115, dir. 2009/52), a series of acts intended to regulate 32.5% of almost 2.5 million first stay permits for non-EU citizens for the undertaking of paid employment⁹³⁹.

Awareness of the failure is not even concealed, the reply to the question just posed does not appear reassuring: ten years later it goes back to the beginning, or almost, demonstrating that the regulatory initiatives concerning labour immigration policy are always below expectations.

The hope is that the Commission might have the force to translate the conclusions of a new consultation into efficient and solid lines and not let itself be overwhelmed by the logic of security

⁹³⁸ S. PEERS, *An EU Immigration Code: Towards a Common Immigration Policy*, in *European Journal of Migration and Law*, 2012, 14, p. 33.

⁹³⁹ In the *Third annual report on immigration and asylum* (p. 3) in which the reported data can be found, it is added that the remainder of the entries is divided among family motives (30.2%) and study motives (20.6%), whilst the remaining 17% comprises motives of protection, stay without work permit, ...).

which has obliterated the results already achieved in 2005 and some the suggestions already formulated at that time by the Commission. In this respect, a group of researchers⁹⁴⁰ re-propose a series of guidelines to deal with the topic of immigration, and not only economic immigration. The recommendation n. 1 (*The understanding of immigration*) contains the recurrent statement, repeated but unheard up to today: “*The correlation between employment policy and migration should therefore be taken very seriously and developed further*”.

4. The directive permits and equal treatment for regular workers. The first phase of the influence of EU law on national law including labour law

The directives approved on the basis of the dispositions of Title V TFEU (ex Title IV TEC) are a tangible, concrete example of the general policies elaborated in the preceding paragraph, normative binding acts intended to translate general institutional and policy lines into concrete policy lines for economic migration, an opportunity for reflecting not on the social model of the EU citizen but on his double, the reflected image of the non-EU workers. Work is precisely the object of attention, law concerning that work both in terms of market regulation of the foreign workforce and regarding the employment contracts of the foreigner. Such a specific disciplinary attention allows, on the other hand, to make relevant in the present context, only those questions which impact directly or indirectly on the subject in hand, without attending to a minute reconstruction of directives' contents. As for the policy lines so also for the derivative law. The production *before* and *after* Lisbon does not appear to be marked by a substantial interruption between past and present, a break actually recorded in 2001 with a decided change of direction in this topic, marked by support for criminalization and every form of migration control, sustained politically by the struggle against terrorism after the attacks in the month of September. The precise trace of the security relevance can be found in the abandonment of the term circulation from the rubric of Title V of TFEU. Leaving out the sectors of asylum and management of frontiers, to dwell on immigration, indicating for demands of completeness, the dir. 2003/86 concerning family reunifications⁹⁴¹ and dir. 2003/109 relating to the status of non-EU citizens living long term in the EU. *After* Lisbon or rather the project desired in the French semester of immigration chosen and concerted, is accompanied to approval by four directives (in substantial continuity with the programmatic acts of 2005 and 2006) and the preparation of another two waiting for approval.

At the present state and leaving out every operation of future regulative consolidation through a European Union immigration code, more or less innovating given regulative arrangements⁹⁴², the intervention of the European Union legislator for employment can base himself firstly on the fragmentation of the operative model through an internal distinction between the positions of non-EU workers of low and high qualifications (dir. 2009/50); or between seasonal and non-seasonal workers as indicated in the proposal of the directive of 13 July 2010 concerning entry and stay conditions for non-EU citizens for purposes of seasonal work (Com (2010) 379 def.), or again can distinguish mobility outside the company from mobility with a company as inserted in the proposals on the entry and stay conditions for non-EU citizens in the context of a transfer within

⁹⁴⁰ S. CARRERA, A. FAURE ATGER, E. GUILD, D. KOSTAKOPOULOU, *Labour Immigration Policy in the EU ...*, spec. 11.

⁹⁴¹ P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Il diritto all'unità familiare in Europa, tra "allargamento" dei confine e "restringimento" dei diritti*, in *Diritto immigrazione e cittadinanza*, 2004, 1, p. 63; Id. *Gli interventi a protezione dei minori stranieri o appartenenti a gruppi minoritari*, in *Trattato di diritto di famiglia* directed by P. ZATTI, vol. VI, *Tutela civile del minore e diritto sociale della famiglia*, Milan, 2012, p. 457.

⁹⁴² S. PEERS, *An EU Immigration Code ... cit.*, p. 33.

the company (Com(2010) 378 def.). Dir. 2011/98 needs to be added to the regulative picture; this deals with a single request procedure for issue of a permit which allows non-EU citizens to stay and work in a member state and to a common set of rights for non-EU workers who reside regularly in a member state. That directive seems to be an intervention which renders uniform rights and procedures «reductive proposal in respect of 2001», a cautious attempt to reaffirm the responsibilities (almost exclusive of the member states) and at the same time, to regularize the procedures and affirm a downgraded principle of equal treatment for regular workers. In second place, the same legislator is based on the repressive-punitive logic (of employers: dir. 2009/52) without any concern for the position and/or the vulnerability of the irregular workers⁹⁴³, and to the tactic of expulsion of irregular workers, in general (dir. 2008/15) two directives which correspond to the same logic, as the totality of the doctrine which analyses them concludes⁹⁴⁴.

There are various reasons for concentrating on the directive dealing with permits and equal treatment for regular workers. The safeguarding of foreigners' employment rights has induced the EU legislator to intervene with the first directive completely approved on the basis of the ordinary procedure regulated by the Treaty⁹⁴⁵. From the title chosen one understands that immigration is the sphere privileged by the regulation of a «single request procedure for issue of a single permit which allows third country citizens to stay and work in the territory of a member state»; to this prefix is added a mere suffix connected to the first, concerning employment: «and a common set of rights for third country workers who reside regularly in a member state». Along with the opt-out of Great Britain, Ireland and Denmark (Recital 33 and 34), and excluding national responsibility concerning migrant movement (which are guaranteed: art. 1, par. 2), a single procedure is set up for issue of a single stay permit «which includes both stay and work permits in a single administrative act» (Recital 3 and art. 1). The sphere of application, specified by art. 3, includes third-country citizens who seek to reside in a member state for employment purposes, non-EU citizens admitted for non-employment purposes to whom employment is allowed and obviously, non-EU citizens admitted for employment purposes to a member state under EU or national law. Par. 2 contains a long list of exclusions (at least 12, amongst which are seasonal workers, considering their temporary status, even if the respective directive does not seem yet approved: Recital 9) which had motivated the opposition of the EU parliament to passing the proposal in the sphere of a joint-decision procedure⁹⁴⁶.

The single permit and procedure are governed by guidelines deriving from the reading of the recitals of the directive and consist of references to timeliness, efficiency, flexibility, transparency, impartiality, capacity to guarantee the right especially for legal systems like the Italian one in which procedures are extremely confusing. Art. 4 to 10 include fees to be paid by those seeking a permit a «proportional» sum and «based on the services actually given for dealing with requests and the issue of permits». In this context of procedural matrix, the added part is of extreme

⁹⁴³ I. DAUGAREILH, *La pénalisation du travail irrégulier ...*, p. 268.

⁹⁴⁴ L. DUBIN, *Propos introductifs. La lutte contre l'immigration irrégulière par l'Union Européenne, ...cit*; E. DEWHURST, *The Right of Irregular Immigrants to Outstanding Remuneration under the EU Sanctions Directive*, in *European Journal of Migration and Law*, 2011, 13, p. 389; D. GOTTARDI, *La normativa e le politiche europee recenti sull'immigrazione. Due volti o solo uno?*, in *Lavoro e Diritto*, 2009, p. 517; E. GUILD, *EU Policy on Labour Migration. A first Look at the Commission's Blue Card Initiative*, Centre for European Policy Studies, Brussels, 2007 www.ceps.eu.

⁹⁴⁵ S. CARRERA, A. FAURE ATGER, E. GUILD, D. KOSTAKOPOULOU, *Labour Immigration Policy in the EU ...*, spec. 4.

⁹⁴⁶ S. CARRERA, A. FAURE ATGER, E. GUILD, D. KOSTAKOPOULOU, *Labour Immigration Policy in the EU ...*, spec. 4.

interest which deals with respect for rights linked to the existence of the single work permit not without having remembered in the introductory recitals that dir. 2011/98 «respects the basic rights and observes the principles recognised by the EU Charter of Fundamental Rights conforming to art. 6, paragraph 1, TEU» (Recital 31), after recalling the same EU antidiscriminatory right (Recital 29). After remembering that during its period of validity, «the single permit issued under national law authorises the holder much not only to enter, stay and accede to all the national territory to undertake «specific employment activity authorised by the single permit in conformity with national law», but also to be informed of the rights conferred on him by the permit in virtue of the present directive and/or national law» (art. 11); art. 12 following is concerned with the right to equal treatment for regular workers, widely set aside the conformity of which to the Convention ILO 143/75 is needed; this latter shares the same object of regulation but a different field of application. The same Recital 28 recognises that the directive «ought to apply without prejudice the most favourable dispositions contained in the law of the Union and in the applicable national instruments».

By 25 December 2013 Italy will have to adjust its own legal system concerning entry permits to dir. 2011/98 significantly entitled to an application for issue of a combined document which includes both stay permit and work permit, a single administrative act intended to facilitate «simplification and harmonisation of the rules currently in force in member states» (Recital 3). As well as simplification and harmonisation of procedures, interpretative lines emerge from the introductory recitals of the directive which are important for the member states required to transpose the act within the established terms: link between permit and first entry, timescale of the procedures (which must become single), efficiency and practicality of same, transparency and balance «so as to guarantee those affected a sufficient level of certainty about the right» (Recital 4 and 5). The articles strictly concerned with procedure are contained in Title II of the dir. 2011/98 (arts. 4-11). With regard to Italy the part relating to transformation of the permit document and that relating to procedural guarantees for the permit applicant appear to be of extreme interest; the fixing of the fees to be paid the amount of which must be «proportionate and can be based on services actually provided for processing the applications and issue of the permits» (art. 10).

Rights strictly indicated by art. 11 derive from the single permit: that of entry and stay, of free access throughout the member state and to undertake the specific authorised employment «in conformity with national law» (lett. a, b, c). The following lett. d adds also the right «to be informed of the rights conferred by the permit in virtue of the present directive and/or national law». It is confirmed that the quantum of the entries is not subject to harmonisation (the determination of the movements is fixed at national level) and it is also excluded that the EU can intervene in the fixing of an annual entry quota; dir. 2011/98 does not make entry conditions uniform, but only the relative procedures. The Recital 19 admits the «lack of a horizontal normative at Union level» and as a result, «citizens of third countries have different rights according to the member states they work in and according to their citizenship». The fixing of a standard of treatment for the reduction of the disparity of rights between EU citizen workers and those non-EU who do not benefit from the status of long-term residency, «aims to create minimum uniform competitive conditions in the Union». The same Recital 19, which represents the real connecting link between the proposal of dir. 386/2001 and the one in force in the EU legal system, then adds that for «the purposes of the present directive a worker from a third country ought to be defined, bearing in mind the interpretation of the concept of the work relationship in other dispositions

of Union law, as a citizen of a third country admitted into a member state who stays there regularly and who is allowed to work in conformity with the law or the usual national procedure in the context of a remunerated work relationship» (text taken exactly from art. 2, lett. b).

Employment (and the related contract) represent the final purpose of the migration or rather the movement of persons entering the EU with the acquisition of the permit to stay there regularly, a situation which is compared to that of someone who has had access for a different purpose other than work, a purpose which later changes; the same theme also includes those already in the national territory for work purposes (at least for the part of the directive relating to the rights arising from the employment relationship on the basis of Title III). The directive does not seem to impact on the national model of entry for work in Italy, the model significantly described as «work and entry»⁹⁴⁷: we cannot find indications relating to the drawing up of a contract (or to receiving a job proposal or if such a proposal must be concluded before entry to Italy, taking account of the diverse existing national rules and of the relative normal procedures (arguing from art. 11 rights deriving from the single permit which in lett. c allows the undertaking of «specific employment authorised by the single permit in conformity with national law» recalled also in the preceding lett. a and b, with regard to entry, stay and free access throughout the national territory). No answers can be found in the directive in support of a system such as sponsorship, regulated in Italy before 2002. For the rest the directive has a reduced sphere of application and intervenes only on the single procedure and on the joint document of entry, stay and work and, in a secondary and consequential way, sanctions the right to equal treatment of the worker who is staying regularly.

Notwithstanding that the comparison between the contents of the 2001 proposal and the 2011 intervention is clearly unfavourable to the latter, art. 3 is literally expressed in terms of EU citizens who seek to stay for work purposes, who have been admitted for the same and who have been admitted for non-work purposes but whose right is then changed. There is a very long list of non-EU citizens to whom the directive is not applied (lett. a/l), and for this reason the European parliament did not initially pass the project⁹⁴⁸. Art. 3, par. 3 allows member states not to apply the entire Chapter II, Single Procedure of single request and permit, «to third country citizens with authority to work in a member state for a period not longer than six months or who have been admitted to a member state for study purposes». In terms of capacity of completeness and incisive harmonisation of the national regulative systems, this recent intervention must be subject to an interpretation intended to evaluate the possible effect of simplification and perhaps also rationalisation of the rules relating to economic migration in Italy. As has already been noted for other directives approved on the basis of Title V TFEU, even a much criticised directive such as the so-called shameful directive (dir. 2008/115), can contribute a real improvement in the national legal system even if not generalised⁹⁴⁹. In effect, the *El Dridi* and *Achugbalian* cases have allowed the enhancement of the sphere of protection of the rights of non-EU citizens and at the same time have contributed to a clearer distinction between administrative and penal procedure concerning repatriations, requiring member states to determine possible mixing of various levels of

⁹⁴⁷ A. GUARISO, *Le incrollabili ipocrisie in tema di lavoro immigrato*, in *D&L*, 2006, 1, p. 35.

⁹⁴⁸ S. CARRERA, A. FAURE ATGER, E. GUILD, D. KOSTAKOPOULOU, *Labour Immigration Policy in the EU ... cit.*

⁹⁴⁹ S. SLAMA, *La transposition de la directive "retour": vecteur de renforcement ou de regression des droits del irréguliers?* In L. DUBIN (editor) *La légalité de la lute contre l'immigration irrégulière par l'Union européenne*, Brussels, p. 289, also for an important review of the reactions of the national doctrine in front of so many unexpected consequences.

intervention and of the relative juridical consequences (in this case relating to administrative and criminal expulsion).

Even from a summary reading of dir. 2011/98, considering the final purposes it is required to achieve and its relative content, it seems that a small improvement in the national procedure concerning admission of foreign workers is not only possible but probable. The muddled steps of national procedure and the sheer number of documents today (nulla osta for employment and entry visa) might be transformed, becoming a simpler, more liberal procedure, and altogether easier to obtain the single permit. The transitional phase certainly ought not to be mechanical but rather attentive to monitoring the protection of rights recognised in the directive (such as the right to be informed about the rights derived from the single permit: art. 11 dir. 2011/98). First of all it will be very interesting to see the determination regarding the legality of the double limit to entry for employment in Italy or rather the overlapping of volumes of admission of third-country nationals coming from third countries (art. 21 of the legislative decree 286/1998, Immigration Law and of the conditions foreseen by the concession of the nulla osta for purposes of obtaining the entry visa (art. 22 legislative decree), with greatly extended delays for the entry permit. Monitoring an administration's timescale for these procedures gives rise to possible tension between national law and the EU directive which imposes promptness in the issue of single permits (Recital 4 of the directive). Equally interesting could be the check on when equal treatment comes into play and the merely possible checks concerning the correct adjustment of the entire system constructed around art. 5-*bis* of the legislative decree. The most exact national doctrine had confirmed that equal treatment ought to be in force when the (future) worker enters Italy after having received the consular visa from his home country without yet having signed a residence contract⁹⁵⁰. In this respect, the present author had written that «if one wanted to find a restrictive application of the idea of residing regularly», referring it only to the moment of possession of the stay permit, one would run into a kind of irrational short circuit in which the worker would enjoy equal treatment only if residing regularly but would become so only by virtue of a contract drawn up before the principle of equality was applicable to him and which therefore could be drawn up eventually even under unequal conditions⁹⁵¹. In substance the proposal was linked to the need to find an extensive interpretation of the concept of regular residence so as to deal with, on the one hand, the incompleteness of the employment contract (still merely a proposal) and on the other hand, the absence of the stay permit due to the absence of a job contract. The worker finds himself in limbo because he has no work contract and must return to his home country to obtain the visa before returning to Italy to work. The protection of the migrant's position affirmed by the OIL convention 143/75 cannot exclude him from its sphere of influence especially considering the specific language of rights used in it but this interpretation is only useable in a state, like Italy, which has ratified that Convention.

It seems important to ask what answer (concerning the functioning of the right to equal treatment) might come from EU law confronted by the very merger of the residence contract for employment of a stay document with that for the undertaking of regular work. The moment from which the right to equal treatment (based on dir. 2011/98) can be considered prescribed

⁹⁵⁰ A. GUARISO, *Durata del permesso di soggiorno e durata del rapporto di lavoro, il prevedibile tramonto di un mito della Bossi-Fini*, in *D&L*, 2009, 1, p. 166.

⁹⁵¹ A. GUARISO, *Durata del permesso di soggiorno...*, p. 167.

becomes, therefore, central in the search for systematic balance between the two documents (for entry and for work), a search extendable even to the juridical appraisal of the choice to merge them into a single contract the nature of which the labour law expert questions precisely because of its ambiguity.

Re-reading the final part of Recital 19 (as merged also in art. 2 lett. b, concerning the definition of worker) in the sense of dir. 2011/98, a worker from a third country ought to be defined «as a citizen of a third country who has been admitted to a member state, who stays there regularly and who is allowed to work in conformity with the law or with national procedures in the context of a remunerated employment relationship». The right to equal treatment ex art. 12 of dir. 2011/98, moreover, is considered to be applicable to workers indicated by art. 3 lett. b e c, excluding those who are indicated in lett. a, or rather the non-workers, that is to say, those citizens who seek to stay in a member state for work purposes but who are not yet employed.

From the arrangement of the rules just mentioned there might develop a difficult path exactly in the future transposition phase of dir. 2011/98. From the combined provision of art. 12, par. 1 and art. 3, lett. b e c, it can be deduced that the regular stay permit and the completed employment contract are needed in order to obtain recognition of the right to equal treatment. It is like saying that EU law is not concerned about the above-mentioned short circuit in interpretation which could originate with regular entry without having signed the contract resulting in potential violation of the right to equal treatment⁹⁵². In view of the purpose of the directive, this conclusion certainly cannot signify that the employment contracts are permitted to damage the right to equal treatment only because the non-EU citizen does not have the appropriate stay document to make him regularly resident since it is uncompleted. It can only mean that EU law and the right to equal treatment affirmed by dir. 2011/98 could resolve every unclear distinction (even by making national rules illegitimate) between administrative procedure and the foreigner's stay contract for work. The ambiguities of the contract regulated by art. 5-bis of the legislative decree could be resolved by means of a correct appreciation, albeit delayed, of the employee stay permit inspired by (today as yesterday) the harmonising intervention of the EU through a verification (this can be effected in the transposition phase or alternatively through the courts) of the functioning of the complex of the set of dispositions concerning the entry of the foreigner into Italy for work purposes: artt. 5, 5-bis, 21 and 22 of the legislative decree and artt. 8-bis, 35, 36-bis and 37 of the decree 394/1999, the relative implementing regulation. Without forgetting, on the other hand, a further argument to follow, starting from the functioning of the right to equal treatment sanctioned by dir. 2011/98. Starting from the considerations worked out by the constitutionalist doctrine which holds that the right to equal treatment is damaged by the same art. 5-bis by imposing further obligations on the employer for simply taking on a non-EU citizen, it might strengthen the effect of overall non-value of such further obligations signalling the purpose of the directive expressed in Recital 19 backed by a judgment of non-conformity with EU law: the directive contains dispositions which «aim to create conditions of minimum uniform competition in the Union with their work and tax payments acting as a guarantee to reduce unfair competition between citizens of a member state and the citizens of third countries deriving from the eventual exploitation of the latter».

⁹⁵² A. GUARISO, *Durata del permesso di soggiorno...*, p. 167.

The first phase of the impact of EU law on national law (including labour law) is bound to produce tangible results in the national system precisely from the set of directives approved on the basis of Title V TFEU. The applications include simplification of seasonal worker access, an examination of the functioning of the equal treatment principle with respect to the regular and irregular foreign worker, a comparison which must be carried out also with regard to the most limited right to retribution and arrears, accompanied by documents regarding social welfare contributions on the basis of art. 2126 Civil Code. Also of great interest is the verification of the employer's discretionary choices whether to have recourse to the eventual procedure of regularisation set up at national level for purposes of legitimation, a possibility very different from wandering in countries like Italy where the real labour market for foreigners is far from the juridical representation of a right only formally in force but substantially ineffective.

The comparison cannot but include the very conformity to the Charter of Fundamental Rights of the EU legislator's choice to exclude the recognition of a right to regularisation for those who denounce irregular employment which might take on the character of «serious labour exploitation», a hypothesis today legislated which requires the constitutive elements to be interpreted correctly for purposes of using the permit ex art. 18 legislative decree immigration (modified on the basis of decree law 109/2012 implemented in dir. 2009/52). Not forgetting that the effect foreseen by the impact of the transposition of dir. 2011/98 will be particularly problematic, a proof which will deal with the dissolving of the contract of stay for employment (or rather the first entry contract) in various phases linked to the carrying out of the procedure of issuing the stay permit⁹⁵³.

This new series of reflections arising from labour law appear to originate in EU immigration policy, the double of the social model of the origins in which it has not stopped reflecting itself, also imposing an unavoidable question of method: to overcome the categorisation or the isolation of questions about the employment of foreigners opening juridical considerations within the dimension of 'Social Europe' also to a further balancing in respect of that raised classically between economic dimension and/or of the competition with the social dimensions of the rules (potentially contained in Titles IX and X of TFEU). Even if one discusses the very existence of the European social model, the necessary extra balancing for its final construction is that between security and the prospect of social solidarity for foreigners, not only by taking advantage of the opportunity offered by the link with that slender competence sanctioned by art. 153, lett. g, TFEU, but in more general terms, in respect of the competences implied in Title V regarding labour immigration policy. The search for a social perimeter within which to consider EU labour law matters must include, rather than exclude, questions about non-EU citizens. Such an extension seems to favour inevitably a genealogical re-reading of the community social dimension⁹⁵⁴, between a consolidated past, a far from simple present, but a perhaps less uncertain future of the enhancement of the multi-layered rights of the individual in movement.

⁹⁵³ Cf. L. CALAFÀ, *La migrazione economica*, cit.

⁹⁵⁴ E. ALES *Lo sviluppo della dimensione sociale comunitaria: un'analisi "genealogica"*, in (editor), F. CARINCI, A. PIZZOFRERATO, *Diritto del lavoro dell'Unione europea*, Turin, 2010, p. 131.

Whistleblowing in Italy: rights and protections for employees*

Maria Teresa Carinci

1. The significance of whistleblowing in the Italian legal system	301
2. The legal grounds for the protection of whistleblowers.	301
3. The specific rules protecting civil servants.	301
4. The protection of employees within the private sector: main crucial points.	303
5. The balancing performed by case law between the employees' right to information and right of criticism, on one side, and the employer's right to secrecy and personality rights, on the other side: protected behaviours.	305
6. The receivers of the complaint and the procedures to be followed.	310
7. Internal reporting systems and problems deriving from the rules protecting the privacy of the person to whom the complaint relates. Need for a legislative amendment.	311
8. Protections for the whistleblower.	314
9. Protected parties beyond the employees?	317

* Previously published as WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".INT – 106/2014

1. The significance of whistleblowing in the Italian legal system

Whistleblowing⁹⁵⁵ is not significant at all in the Italian legal system.

There are only a few – about a few dozen – decisions published dealing with the issue and there is little literature on the subject-matter⁹⁵⁶.

The reason for the poor attention paid to whistleblowing mirrors the poor spread of the phenomenon throughout the social reality. This not only depends on the fact that there are no specific rules in Italy for the protection of whistleblowers but, above all, it is the consequence of the poor public spirit of the average Italian, who does not hesitate to pursue his/her own personal interest without abiding by the common good⁹⁵⁷.

Therefore, the marginality of whistleblowing first has cultural and then legal roots.

2. The legal grounds for the protection of whistleblowers.

Even though there is no law of general application whatsoever for the protection of whistleblowers, nonetheless, case law in any event finds effective protection instruments in the legal system, first, against dismissal, but also more in general against retaliatory and discriminatory acts, and mobbing (section 8) put in place by the employer or by the colleagues to whom the complaint relates.

Solely recently, within the framework of wider rules aimed at repressing corruption and illegality within the public sector⁹⁵⁸, has a specific rule for the protection of whistleblowers who are civil servants been introduced (section 3).

3. The specific rules protecting civil servants.

Art. 54 *bis* of Legislative Decree No. 165/2001⁹⁵⁹ sets forth that the civil servant, who reports to

⁹⁵⁵ Whistleblowing is taken into consideration herein from an employment law standpoint and, therefore, from the standpoint of the protection of employees towards the employer. For the sake of completeness, in the last section of this essay whistleblowing is taken into consideration from the self-employed standpoint.

⁹⁵⁶ See, in so far as Italian literature is concerned, V.A. Belsito, *Il whistleblowing. Tutele e rischi per il soffiatore*, Cacucci Bari, 2013; R. Lattanzi, *Prime riflessioni sul cd. whistleblowing: un modello da replicare "ad occhi chiusi"?*, in *RIDL*, 2010, I, p. 335 *et seq.* and in G. Frascini, N. Parisi, D. Rinoldi (edited by), *Protezione delle vendette "civiche": il ruolo del whistleblowing in Italia*, Transparency International Italy. Association against corruption, www.transparency.it, 2009, p. 107 *et seq.*; V. Ferrante, *Rapporti di lavoro e whistleblowing nell'ordinamento italiano. Diritto a "spifferare" e tutela del posto di lavoro nell'ordinamento italiano*, in G. Frascini, N. Parisi, D. Rinoldi (edited by), *Protezione delle vendette "civiche"*, *cit.*, p. 101 *et seq.*; S.P. Emiliani, *La libertà del lavoratore di manifestare il proprio pensiero e il dovere di rispettare l'altrui onore e reputazione*, in *ADL*, 2007, II, p. 417 *et seq.*; P. Aimò, *Privacy, libertà di espressione e rapporto di lavoro*, *Jovene* Naples, 2003, p.226 *et seq.*; E. Gragnoli, *L'informazione nel rapporto di lavoro*, Giappichelli, Turin, 1996, p. 62.

⁹⁵⁷ The poor public spirit of Italians is proven, in the negative, by the striking spread of corruption: from the EU Anti-Corruption Report from the Commission of 3 February 2014, *Report from the Commission to the Council and the European Parliament, EU Anti-Corruption Report, Chapter on Italy*, Brussels, 3 February 2014, COM (2014) 38 Final, http://ec.europa.eu/dgs/home-affairs/e-library/documents/policies/organized-crime-and-human-trafficking/corruption/docs/acr_2014_en.pdf, it emerges that corruption in Italy costs Euro 60 billion, half the total value of corruption within the European Union.

⁹⁵⁸ See Law No. 190/2012 "*Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione*" (namely, '*Rules for the prevention and repression of corruption and illegality in the public sector*').

⁹⁵⁹ Art. 54 *bis* of Legislative Decree No. 165/2001 – introduced by Law No. 190/2012 – sets forth that: 'Beyond the cases of liability by way of slander or defamation, or by any such way pursuant to section 2043 of the Civil Code, the civil servant who reports to the

the Courts or to the “Corte dei Conti”⁹⁶⁰ or to his/her senior manager unlawful behaviours of which he/she has become aware in light of his/her employment, shall in no way be subject to disciplinary penalties, nor may he/she be dismissed, and in no way may he/she undergo any discriminatory measure, either direct or indirect, having an impact on the work conditions for reasons directly or indirectly linked with the complaint⁹⁶¹. Should any such measures be adopted, the party concerned and the trade unions shall report the foregoing to the Public Service Department for all necessary measures.

The whistleblower who reports false facts or facts not committed by the person to whom the complaint relates shall not be subject to this type of protection, thus becoming criminally liable for the slander⁹⁶² or defamation⁹⁶³ offences, or civilly liable by any such way for unfair damage⁹⁶⁴.

As we shall see in detail hereunder, the rule limits itself to expressly stating – for the specific public service sector – principles which may already be retrieved from the legal system as a whole and which are also valid for employees within the private sector. Indeed, the code of silence – that is the obligation to keep quiet about unlawful acts, which are significant from a criminal, administrative or disciplinary standpoint⁹⁶⁵, put in place by the employer or by senior managers and by colleagues, and attributable to the employer – does not fall within the scope of the obligations of employees (see section 5).

All things being like this, it is clear that the complaint made by the employee as to unlawful behaviours held in the company does not amount to any breach of the contractual obligations and, precisely for this reason, he/she is not liable to any repressive measure taken by the employer (disciplinary penalty, dismissal or any other unfavourable measure which, precisely in light of the aim connoting same, exactly takes the shape of a discriminatory measure).

Courts or to the “Corte dei Conti”, or reports to his/her own senior manager unlawful behaviours of which he/she has become aware in light of his/her employment, shall in no way be punished, dismissed or undergo any discriminatory measure, either direct or indirect, having an impact on the work conditions for reasons directly or indirectly linked with the complaint.

Within the scope of the disciplinary procedure, the identity of the person bringing the complaint shall in no way be revealed without his/her consent, provided that the formal notice of the disciplinary charge is grounded on standalone and further checks with respect to the complaint. Should the formal notice be grounded, either totally or partially, on the complaint, the identity may be revealed if the respective knowledge is of the essence for defending the person accused.

The party concerned or the trade unions with greater representativeness within the public authority in which the discriminatory measures have been put in place, shall report to the Public Service Department the adoption of any such discriminatory measures for any and all steps falling within the respective scope of authority.

The complaint shall not be subject to the access provided for under art. 22 *et seq.* of Law No. 241 of 7 August 1990, as amended'.

⁹⁶⁰ The “Corte dei Conti” is the administrative authority in charge of controlling the administrative and accounting compliance by the public authorities.

⁹⁶¹ Should a discriminatory measure be taken, the party concerned or the trade unions shall report the latter to the Public Service Department for the adoption of any and all measures falling within the respective scope of authority.

⁹⁶² Section 368 of the Criminal Code.

⁹⁶³ Section 595 of the Criminal Code.

⁹⁶⁴ Section 2043 of the Civil Code.

⁹⁶⁵ Significant pursuant to specific rules. It is sufficient to think of the provisions of Legislative Decree No. 231/2001, which lay an obligation upon the employer, subject to the latter's liability, to prevent a series of criminal offences perpetrated within the company (see section 6); or of section 2087 of the Civil Code, which lays a general obligation upon the employer to protect the health and dignity of employees and, therefore, also to prevent, subject to the employer's liability, any and all mobbing behaviours put in place within the company by any employee.

Art. 54 *bis* of Legislative Decree No. 165/2001 adds to the general principle just mentioned above specific provisions for the protection of the secrecy of the whistleblower's identity, both throughout the disciplinary procedure and in accessing the relevant administrative records, such as not to expose him/her to the greatest possible extent to any retaliation whatsoever by the persons to whom the complaint relates.

From the former standpoint, the aforesaid art. 54 *bis* sets forth that – during the disciplinary procedure issued against who has committed the unlawful act –, in no way shall the whistleblower's identity be revealed without his/her consent. An exception to the above would be the case in which the formal disciplinary notice is totally or partially grounded on the whistleblower's complaint and the knowledge of the latter's identity is of the essence for exercising the right to defence.

From the latter standpoint, then, the whistleblower's complaint is not subject to the access foreseen in general for administrative records⁹⁶⁶. The provision thus overcomes the firm stance of administrative case law⁹⁶⁷, pursuant to which each single party needs to be able to precisely take cognisance of the contents and of the authors of complaints and reports⁹⁶⁸.

Art. 54 *bis* of Legislative Decree No. 165/2001 – despite having been greeted by law scholars, since it brings about the first protection specifically aimed at whistleblowers – has been deemed inadequate from different standpoints.

First of all, it has been pointed out that the rule does not specify the different ways and procedures in which employees may bring the relevant complaint.

It has then been stressed that the guarantee as to the secrecy of the whistleblower's identity is totally relative, since it is aimed at inevitably jeopardising when the reported behaviours have criminal significance and thus need be reported to the Public Prosecutor's Office⁹⁶⁹.

Finally, some have complained about the fact that the provision does not change – as it should have done in order to strengthen the protection of whistleblowers – the customary allocation of the burden of proof, especially, in so far as discriminatory dismissal is concerned⁹⁷⁰ (see section 8).

4. The protection of employees within the private sector: main crucial points.

As already stated, there are no specific provisions protecting whistleblowers who are employed

⁹⁶⁶ Law No. 241/1990.

⁹⁶⁷ See R. Lattanzi, *Prime riflessioni sul cd. whistleblowing: un modello da replicare "ad occhi chiusi" ?*, cit., p. 350 et seq.

⁹⁶⁸ See Council of State, VI Division, 25 June 2007, No. 3601, in *Foro Amm.*, 2007, 6, 1929; Council of State, V Division, 19 May 2009, in *Arch. locazioni*, 2009, 6, p. 565 et seq.

⁹⁶⁹ M. Palla, *Commento all'art. 54 bis. D.Lgs. 165/2001*, in R. De Luca Tamajo, O. Mazzotta, *Commentario breve alle leggi sul lavoro*, V ed., Cedam Padua, 2013, p. 1794.

⁹⁷⁰ V.A. Belsito, *Il whistleblowing, tutele e rischi per il soffiatore*, Cacucci, Bari, 2013, p. 42.

Nonetheless please note that, in so far as dismissal is concerned, the issue is partially defused by the fact that, in general, the burden of proof as to whether there is a just cause or a justified reason, or not – and which is necessary for the lawfulness of the dismissal – always and in any event rests on the employer (art. 5, Law No. 604/1966).

by private employers. It is case law which – by arguing based on the principles and rules governing the employment relations – in any event ensures a protection for the employee bringing the complaint.

It needs be stressed that, up to now, case law has exclusively focused on whistleblowers who are employees. Therefore and first of all, we shall give an account of the problems and solutions formulated in this respect.

Nonetheless, similar problems may be raised for self-employed workers, in particular, for any self-employed worker carrying out a personal activity (section 9).

The first issue that case law has had to solve concerns the mutual boundaries between the right to information and the right of criticism⁹⁷¹, on one side and, on the other side, the right to secrecy set forth by law in respect of business facts and information⁹⁷², and the personality rights granted to the employer by the Constitution⁹⁷³.

Indeed, in interpreting case law, both the extent and the contents of the right to information and of the right of criticism – amounting to a variation of the principle of free expression of ideas, in general granted to all citizens by the Constitution⁹⁷⁴ and confirmed by the law in favour of employees⁹⁷⁵ – result from the balancing with the employer's right to the employees' loyalty⁹⁷⁶, inclusive of a right to the secrecy of all business information⁹⁷⁷ and, moreover – as we shall see hereunder – with the employer's personality rights⁹⁷⁸ – to dignity, reputation, image –, which penetrate the employment agreement either pursuant to the general obligations of fairness and good faith in the performance of the agreement⁹⁷⁹, or pursuant to the general principle of prohibition of any abuse of right.

The consequence is that, should the right to information and the right of criticism be exercised by exceeding the limits fixed by any such balancing, the employee shall be in default and shall expose himself/herself to the employer's lawful reactions (dismissal, disciplinary penalties).

⁹⁷¹ The right to information concerns the disclosure of facts, whilst the right of criticism concerns the expression and disclosure of opinions.

⁹⁷² Section 2105 of the Civil Code.

⁹⁷³ Art. 2 of the Constitution.

⁹⁷⁴ Art. 21, paragraph 1, of the Constitution: 'Everybody has the right to freely express their ideas with words, writings or by any other means'.

⁹⁷⁵ Art. 1 of the Workers' Statute (Law No. 300/1970): 'Workers, without any distinction as to the respective political, trade union and religious faith opinions, shall be entitled to freely express their thoughts in the workplace, in compliance with the principles set forth by the Constitution and with the rules provided for under this law'.

⁹⁷⁶ Section 2105 of the Civil Code: 'Employees shall in no way deal with any business, either on their own behalf or on behalf of third parties, in competition with the entrepreneur, nor shall they disclose any information pertaining to the company's organisation and production methods, or use them in such a way as to be detrimental to the latter'.

⁹⁷⁷ In addition to the obligation to secrecy, discussed herein, the rule also sets forth a non competition obligation and the prohibition to use business information in such a way as to cause damage to the company (see note above).

⁹⁷⁸ Art. 2 of the Constitution.

Cass. 25 February 1986, No. 1173, in *FI*, 1986, I, c. 1884, states that personality rights are directly protected under art. 2 of the Constitution and, indirectly – given its reference to 'dignity' –, under art. 3 of the Constitution. Likewise, Cass. 22 October 1998, No. 10511, in *RGL*, 1999, II, p. 461.

⁹⁷⁹ Sections 1175 and 1375 of the Civil Code. See Court of Rome, 26 October 2009, in *RIDL*, 2010, II, p. 799 *et seq.*

Besides such fundamental issue, it is worth mentioning other issues pertaining, more in particular, to the ways through which the complaint may be brought.

First of all, we need to ask ourselves whether the employer needs to identify internal procedures for allowing the employee's complaint and whether the employee then necessarily needs to use them.

In this respect, it is worth taking into consideration the provisions set forth by Legislative Decree No. 231/2001⁹⁸⁰ – aimed at guaranteeing the legality and transparency of the public authorities, and at preventing and repressing corruption – which, in foreseeing the administrative liability of legal entities for the very first time, for a series of specifically indicated criminal offences, lays an obligation upon any entity willing to be exempted from any such liability to adopt organisational models aimed at preventing the perpetration thereof.

Secondly, we need to discuss the ways in which the employer may use the complaint received.

In this respect, there are problems arising from the relevant data protection rules (Legislative Decree No. 196/2003), which foresee that the employer may solely process the personal data provided that certain conditions are met.

We shall discuss these further aspects in section 7 hereunder.

Finally, there are issues arising in connection with the protection which may be called for by the whistleblower, which shall be dealt with in section 8 hereunder.

5. The balancing performed by case law between the employees' right to information and right of criticism, on one side, and the employer's right to secrecy and personality rights, on the other side: protected behaviours.

The Italian legal system lays a loyalty obligation upon employees⁹⁸¹, which expressly includes the obligation to secrecy, that is the obligation not to 'disclose information concerning the company's organisation and production methods'. Should that obligation be breached, the employee shall be in default and shall thus be liable to disciplinary penalties up to reaching dismissal in the most serious cases (for justified subjective grounds or for just cause).

But which is exactly the content of the obligation to secrecy?

May it include a prohibition to disclose further information with respect to those specifically provided for under the law provision (information 'concerning the organisation and production') but, in any event, fit to cause damage to the company's reputation and image, thus damaging market competitiveness (it is sufficient, for instance, to think of any information concerning the company's financial trend)? And still: may said prohibition, should it be understood in the broad sense, go so far as to include any internal information of the company, including the irregularities and

⁹⁸⁰ Legislative Decree No. 231/2001 "*Disciplina della responsabilita' amministrativa delle persone giuridiche, delle societa' e delle associazioni anche prive di personalita' giuridica, a norma dell'articolo 11 della legge 29 settembre 2000, n. 300*" ('Provisions governing the administrative liability of legal entities, companies and associations, even if lacking legal personality, pursuant to article 11 of Law No. 300 of 29 September 2000').

⁹⁸¹ Section 2105 of the Civil Code.

even the unlawful behaviours put in place within the company (such as the breach of safety at work rules, tax rules, anti-corruption rules, and anti-mafia rules)?

In so far as the extent of the loyalty obligation is concerned and, for the purposes hereof, as regards the boundaries of the obligation to secrecy, there is a conflict between law scholars and case law: law scholars deem that the obligation to secrecy needs be understood in a restrictive sense, since instrumental to protect the company's goodwill and, therefore, as provided for under the rule, solely with respect to the information 'concerning the organisation and production'⁹⁸² whilst case law, instead, tends to widen the content thereof, also including the disclosure of further information within the respective scope, in any event, provided that related to the running of the business and fit to damage the image and reputation, also on the market⁹⁸³.

In some cases, case law reaches the same result, that is of widening of the loyalty obligation (and of the obligation to secrecy) – thus understood as a general loyal behaviour obligation –, by enhancing the clauses of fairness and good faith in the performance of the agreement⁹⁸⁴.

In any event, also in case law, it is undisputed that the obligation to secrecy laying upon employees does not entail a general code of silence: the fiduciary relation linking employees with the respective employer – the expression of which is the loyalty obligation – 'concerns the employer's reliance on the employee's capacity to fulfil the work obligation and not on his/her capacity to share secrets which are not instrumental to the company's productive and/or commercial needs'⁹⁸⁵.

Indeed, the obligation to secrecy aims at solely protecting the entrepreneur's lawful activities, 'it being certainly not possible to request employees to fulfil any such obligations (...) even when [the entrepreneur] is willing to pursue unlawful interests'⁹⁸⁶.

Therefore, employees may certainly – and in some cases must (see section 6) – report the behaviours put in place in the company by the employer or ascribable thereto, which amount or may amount⁹⁸⁷ to criminal unlawful acts (for instance, corruption), administrative unlawful facts (for

⁹⁸² Thus P. Ichino, *Trattato di diritto del lavoro*, Giuffrè Milano, vol. III, p. 284 *et seq.*; A. Boscati, *Obbligo di fedeltà e patto di non concorrenza*, in M. Martone (edited by), *Contratto di lavoro e organizzazione*, Volume I, in M. Persiani, F. Carinci (directed by), *Trattato di diritto del lavoro*, vol. IV, Cedam Padua 2012, p.1015.

Likewise, see Cass. 16 January 2001, No. 519, in *RIDL*, 2001, II, p. 453 *et seq.*

⁹⁸³ See Court of Piacenza, 6 June 2007, in *Arg.Dir.Lav.*, 2008, I, p. 872. See also Cass. 6 May 1998, No. 4952, in *RIDL*, 1999, II, p. 346 *et seq.* and in *RGL*, 1999, II, p. 455 *et seq.*, in particular, p. 460.

⁹⁸⁴ Sections 1175 and 1375 of the Civil Code.

In this respect, see Cass. 6 May 1998, No. 4952, in *RGL*, *cit.*, p. 460, pursuant to which employees 'shall not only refrain from the behaviours expressly prohibited under section 2105 of the Civil Code, but also from all those which, given the respective nature and consequences, result to be in conflict with the duties connected with the integration of the specific employee in the company's structure and organisation, or create situations of conflict with the aims and interests of the company itself, or are in any event fit to irretrievably damage the fiduciary prerequisite of the relationship'; Cass. 16 January 2001, No. 519, *cit.*, p. 458.

⁹⁸⁵ Cass. 14 March 2013, No. 6501, in *FI*, 2013, 5, I, 1455.

⁹⁸⁶ Thus Cass. 16 January 2001, No. 519, in *RIDL*, 2001, II, p. 453 *et seq.*, which faces a case in which the whistleblower had reported to the Court the behaviour of the employer, who had tried to evade the tax authorities by concealing the sales of the manufactured goods.

⁹⁸⁷ See hereunder for the issue of the putative truth of the reported facts.

instance, breach of tax regulations), or civil unlawful acts (it is sufficient to think, for instance, of mobbing).

But case law goes beyond.

It is a shared opinion that the employee's complaint does not need to be solely limited to the specific unlawful acts, but may also have as purpose facts or behaviours which are just irregular or even perfectly lawful (such as, for instance, investment policies or any choices of manufacturing decentralisation or delocalisation), and may also include critical assessments and opinions of the whistleblower.

From a more in-depth view, it emerges – and this is the aspect of greatest interest – that the focal point of judicial control, regardless of the purpose of the complaint⁹⁸⁸ and of the employee putting it in place⁹⁸⁹, is not the compliance with the obligation to secrecy⁹⁹⁰ which, even if it is often cross-referenced, fades into the background.

Instead, the Judges directly balance the employee's right to information and right of criticism set forth by the Constitution, on one side⁹⁹¹ and, on the other side, the likewise constitutional personality rights of the employer⁹⁹² (dignity, reputation, image) to the respective ideal and economic extent⁹⁹³. In order to do so the Judges check, in particular, whether the right to information and the right of criticism have been exercised in compliance with certain limits⁹⁹⁴: limits of content (the principle of substantive restraint), formal or procedural limits (principle of formal restraint), and finalistic limits (principle of the pursued interest).

Only provided that these limits are complied with will the right to information and the right of criticism be lawfully exercised, thus a breach on the employee's side would not take shape⁹⁹⁵.

Therefore, let us analyse such limits separately.

In so far as the limits of content are concerned (principle of substantive restraint), firm case law requests that the complaint has as purpose true facts⁹⁹⁶ or, at least, facts which the whistleblower deems true, without any wilful misconduct or gross negligence⁹⁹⁷ (the so-called putative truth). Therefore, the employee must control, to the extent possible in light of the role held in the

⁹⁸⁸ A criminal, administrative or civil unlawful act, a mere irregularity, a fully lawful entrepreneurial choice.

⁹⁸⁹ A mere employee, an executive, a trade union representative, a workers' representative for safety. But see hereunder for the link between types of employees and interest pursued with the complaint.

⁹⁹⁰ Set forth under section 2105 of the Civil Code.

⁹⁹¹ Art. 21 of the Constitution.

⁹⁹² Art. 2 of the Constitution.

⁹⁹³ It lays stress on the financial damage resulting from the drop in the employer's image, Cass. 6 May 1998, No. 4952, in *RIDL*, 1999, II, p. 346 *et seq.* and in *RGL*, 1999, II, p. 455 *et seq.*

⁹⁹⁴ Limits which follow those formulated for the freedom of press of journalists, see Cass., sitting as a Unified Criminal Division, 23 October 1984, in *GC*, 1984, III, c. 2941 *et seq.* For the transposition of the limits put forward for the freedom of press of journalists to the obligation to secrecy of employees, Cass. 25 February 1986, No. 1173, in *FI*, 1986, I, c. 1877 *et seq.*

⁹⁹⁵ The breach may also arise in the event in which the features of the slander and defamation offences do not take shape, see Cass. 24 May 2001, No. 7091, *cit.*

⁹⁹⁶ Cass. 6 May 1998, No. 4952, *cit.*; Cass. 22 October 1998, No. 10511, in *RGL*, 1999, II, p. 462.

⁹⁹⁷ See Cass. 14 May 2012, No. 7471, in *RIDL*, 2012, II, p. 85.

company, the truthfulness of the reported facts, thus being under the obligation to refrain from falsely accusing someone of the facts that he/she knows are not true.

Nonetheless, the employee is entitled - as long as acting in good faith - to report facts to the Court in order to assess the criminal relevance thereof⁹⁹⁸.

Instead, when the complaint does not have as purpose facts, but opinions or judgments, there are no problems of truthfulness or untruthfulness whatsoever. The judgments (which are obviously relevant herein if negative) may always be expressed, even if they inevitably turn out to damage the public image of the person to whom the complaint relates⁹⁹⁹.

In so far as the formal or modal limits are concerned (principle of formal restraint), case law requests that all expressions and tones be proportionate and instrumental to the aims of the communication, and such as not to gratuitously damage the employer's image. Therefore, in no way will the communication go too far as to become an insult or indulge in rude or obnoxious approaches, or in expressions which are gratuitously aimed at causing contempt and disrepute¹⁰⁰⁰. Quite the opposite, it shall be marked by fairness, civility and moderation of the expressions and by the balance of tones¹⁰⁰¹.

The line of reasoning followed by case law does not change in its baseline, regardless of the communication means chosen and the context in which it takes place. This does not mean that the Judges do not take into consideration the peculiarity of the communication instrument (newspaper article, television interview¹⁰⁰², leaflet, satirical cartoon) and, therefore, the expressive codes featuring same and the context in which the communication takes place (for instance, the complaint brought by a trade union representative in the context of a harsh collective confrontation¹⁰⁰³).

⁹⁹⁸ See Cass. 23 March 2012, No. 4707, *cit.*, p. 837 *et seq.*

⁹⁹⁹ Thus Court of Rome, 26 October 2009, in *RIDL*, 2010, II, p. 799 *et seq.*

¹⁰⁰⁰ Thus Court of Rome, 26 October 2009, *cit.*; see, more recently, Cass. 14 May 2012, No. 7471, in *RIDL*, 2013, II, p. 86.

¹⁰⁰¹ See Cass. 6 May 1998, No. 4952, in *RGL*, *cit.*, p. 457, pursuant to which the communication will trample on a person's dignity when it is not marked by 'loyal clarity: this may be found when having recourse to the so-called 'underlying man of learning', to the persuading approaches, to the excessively scandalised and outraged tone, especially in titles of articles or publications or, in any event, to the contrived and systematic dramatisation with which neutral information is reported, as well as to real insinuating remarks'.

¹⁰⁰² Court of Varese, 20 March 2007, in *D&L*, *RCDL*, 2007, I, 510, note by Cafiero.

¹⁰⁰³ See, for instance, Magistrates' Court of Palermo, 1 December 1990, in *D&L* *RCDL*, 1992, p. 245 *et seq.*, which assesses the tones and expressions used by a trade unionist within the scope of a 'harsh, strong and inflexible report of behaviours detrimental to the collective interests of workers (...), whose tones do not exceed the boundaries of trade union dispute in the stricter sense, even if they show an obstinate opposition to the company' as compliant with the right of criticism. See also Magistrates' Court of Bergamo, 29 September 1997, in *MGL*, 1998, I, 24, note by Failla; Court of Rome, 26 October 2009, *cit.*; Cass. 17 December 2003, in *GCM*, 2003, 12.

See also Court of Rome 26 October 2009, *cit.*, with respect to the right to information and to the right of criticism exercised by a workers' representative for safety, pursuant to which 'the intrinsically dialectical nature of trade union relations [entailing], totally physiologically, the recourse to claiming and protest techniques, requests an adequate and reasonable tolerance criterion with respect to the phenomena, often determined by an excess of polemical strength, of relative (...) aggressiveness in expressing the respective opinions'.

With special respect to satire, the use of symbolic and paradoxical language¹⁰⁰⁴, the recourse to strong and exaggerated images, aimed at making fun of facts and situations, are permitted¹⁰⁰⁵.

Lastly, in so far as the finalistic limits are concerned (principle of the pursued interest), case law deems that, through the complaint, the whistleblower may lawfully pursue both an own individual interest (such as, for instance, the exercise of the right to defence pursuant to the Constitution¹⁰⁰⁶, or the right to protect his/her own job¹⁰⁰⁷), as well as a collective and trade union interest (for instance, the protection of employment levels within the company¹⁰⁰⁸, or safety in the workplace), or a public and general interest (for instance, salubrity of the environment, transport safety¹⁰⁰⁹, the repression of criminal phenomena such as mafia infiltration).

Nonetheless, it needs be stressed that, pursuant to the leading stance¹⁰¹⁰, the significance given under the legal system to the final interest pursued - be it a collective or general interest - leads to mitigate the strictness of the substantive and formal limits just discussed, thus reverberating on the balancing judgment between the employee's right to information and right of criticism, and the employer's personality rights. In short, the assessment of the final interest at which the complaint is aimed leads to read the employee's right to information and right of criticism in a broader way.

Case law gives special significance to this aspect with respect to the complaints brought by a trade union representative, by stressing that, in this case, the latter acts on equal terms and not on subordinate terms¹⁰¹¹ with respect to the employer, since his/her complaint is at the same time the free expression of ideas¹⁰¹² and the expression of trade union freedom¹⁰¹³.

Similar remarks may be raised for the workers' representative for safety, who is in charge of protecting the right to the health of workers in the workplace¹⁰¹⁴.

¹⁰⁰⁴ Cass. 24 May 2001, No. 7091, in *MGL*, 2001, p. 795.

¹⁰⁰⁵ See Magistrates' Court of Bergamo 29 September 1997, in *MGL*, 1998, p. 33.

¹⁰⁰⁶ Art. 24 of the Constitution.

See Cass. 16 February 2000, No. 1749, in *RGL*, 2000, II, 463, note by Villa, which deems the event in which the employee, after having brought the complaint before the Court for extortive behaviours towards any such employee, against the general manager who had informed his/her colleagues, a lawful exercise of the right to information and of the right of criticism.

¹⁰⁰⁷ See Cass. 16 January 2001, No. 519, *cit.*, concerning a complaint about tax irregularities by the employer, in order to prevent the latter, by concealing part of the company's income, from being able to establish in advance the conditions for reducing staff at a later stage.

¹⁰⁰⁸ See Cass. 24 May 2001, No. 7091, *cit.*; Magistrates' Court of Bergamo, 29 September 1997, *cit.*

¹⁰⁰⁹ See Court of Rome, 26 October 2009, *cit.*

¹⁰¹⁰ See Cass. 25 February 1986, No. 1173, *cit.*, c. 1884 *et seq.*, pursuant to which 'the right to freely express own ideas in a critical way is not sufficient in itself to justify the damage to constitutionally guaranteed property, but this may be justified if – and provided that – the action putting it in place is reasonably and prudently aimed at satisfying significant interests (from a legal standpoint) at least equal to that of the damaged property'. Likewise, Cass. 16 January 2001, No. 519, *cit.*, p. 461; Cass. 6 May 1998, No. 10511, *cit.*, p. 461 *et seq.*; Court of Rome, 26 October 2009, *cit.*. However, see also Cass. 16 May 1998, No. 4952, in *RIDL*, 1999, II, p. 346 *et seq. cit.* which, according to some law scholars, determines a one-off adjustment in connection herewith.

¹⁰¹¹ See Cass. 24 May 2001, No. 7091, *cit.*, p. 794; see also, even if with more blurred tones, Cass. 14 May 2012, No. 7471, *cit.*, p. 86.

¹⁰¹² Art. 21 of the Constitution.

¹⁰¹³ Art. 39 of the Constitution.

¹⁰¹⁴ See Court of Rome, 26 October 2009, *cit.*

Instead, the event in which the whistleblower's complaint is merely aimed at damaging the employer goes beyond the scope of the right to information and of the right of criticism. In any such event, there would be abuse¹⁰¹⁵: the right is no longer exercised for spreading information and for forming a critical awareness by the public as to the company's operations, but solely in order to damage the personality and cause financial damage thereto.

6. The receivers of the complaint and the procedures to be followed.

The whistleblower may bring his/her own complaint by having recourse to different means of communication and by turning to different parties: the Courts through formal complaints¹⁰¹⁶, the media through interviews in the newspapers or by participating to television programmes, citizens and/or employees through leaflets, the employer through internal communications. Obviously, in the event of internal complaints addressed to the employer, that is to the employee's contractual counterparty, no breach whatsoever of the loyalty obligation may take shape at the root¹⁰¹⁷.

On the other hand, there are cases in which the law shapes a real obligation for certain employees to bring the complaint: it is the case of employees vested with special public duties, who have the burden of reporting criminal offences to the Courts¹⁰¹⁸. It is the case of employees with control duties who become aware of unlawful acts or irregularities, who have the obligation to report to the employer, in compliance with the relevant diligence¹⁰¹⁹ and loyalty¹⁰²⁰ obligations in the performance of the agreement¹⁰²¹.

There is no law provision, in any event, laying an obligation upon the whistleblower to report what has happened in the company without first informing the respective senior managers or the employer, both in writing and orally¹⁰²².

Nonetheless, any such obligation may be introduced by the disciplinary code, in particular, when the employer foresees formal internal procedures for reporting unlawful acts and irregularities. The complaint brought by the employee amounts to compliance with and not to breach of the loyalty obligation, which is governed pactionally. In this case, the employee who fails to activate the internal communication channels first will be subject to disciplinary penalties.

Furthermore, it needs be stressed that Legislative Decree No. 231/2001 – which is aimed at boosting transparency and legality in the Italian legal system –, in introducing the administrative liability

¹⁰¹⁵ U. Rescigno, *L'abuso del diritto*, in *Riv.dir.civ.*, 1965, I, p. 205 *et seq.*

¹⁰¹⁶ See Cass. 23 March 2012, No. 4707. *cit.*

¹⁰¹⁷ Thus rightly, see R. Lattanzi, *Prime riflessioni sul cd. whistleblowing: un modello da applicare "ad occhi chiusi"?*, *cit.*, p. 346 note 37.

¹⁰¹⁸ See, for instance, the obligations to complain and to report foreseen under section 361 *et seq.* of the Criminal Code.

¹⁰¹⁹ Section 2104 of the Civil Code.

¹⁰²⁰ Section 2105 of the Civil Code.

¹⁰²¹ See Cass. 8 June 2001, No. 7819, in *ADL*, 2003, I, 285 *et seq.*, pursuant to which the employee, deputy director of a bank, is under the obligation – in compliance with the diligence (section 2104 of the Civil Code) and loyalty (section 2105 of the Civil Code) obligations – to report to top management the serious managerial irregularities put in place by his/her senior manager, that is the director.

¹⁰²² See Cass. 14 March 2013, No. 6501, *cit.*

of entities vested with legal personality, of companies and of associations, even if lacking legal personality¹⁰²³ for a series of criminal offences¹⁰²⁴, foresees that the entity itself be exempted from liability for the criminal offences perpetrated by top managers¹⁰²⁵, provided that an organisational model has been prepared foreseeing, amongst others: a) information obligations towards the body in charge of supervising compliance with the model, and b) a disciplinary code fit to impose sanctions on the failure to comply with the measures indicated in the model itself¹⁰²⁶.

Obviously the choice of the organisational model is very changeable, since it is linked with the peculiarities of the entity, with the type of activity carried out and, therefore, with the specific risk of perpetrating one or another type of the criminal offences provided for under Legislative Decree No. 231/2001.

But it is clear that if the chosen model fails to foresee any procedures for reporting any unlawful acts, also failing to lay any obligation to report upon the employees, in respect of which disciplinary penalties may be imposed, it shall not be fit to guarantee the entity's exemption from liability¹⁰²⁷.

7. Internal reporting systems and problems deriving from the rules protecting the privacy of the person to whom the complaint relates. Need for a legislative amendment.

Should the employer organise internal reporting systems¹⁰²⁸, some difficult problems arise in the Italian legal system – not resolved yet – of connection between the needs for the whistleblower's protection and the positive law in the matter of protection of the privacy of the person to whom the complaint relates.

Legislative Decree No. 196/2003 – by implementing Directive 95/46/EC – introduces restrictions to the processing of the information received by the employer for the purpose of, amongst others, allowing the person to whom the complaint relates to be able to defend himself/herself in an effective and prompt manner. But it does not take into consideration the needs for the whistleblower's protection.

¹⁰²³ See art. 1, paragraph 2, of Legislative Decree No. 231/2001.

¹⁰²⁴ See Title III, art. 24 *et seq.* of Legislative Decree No. 231/2001, foreseeing a series of criminal offences, from computer crimes, to organised crime offences, to corporate crimes, to crimes the aims of which are terrorism and subversion, etc. Art. 25-*septies* of Legislative Decree No. 231/2001 also includes manslaughter, as well as serious and very serious injuries committed in breach of the health and safety at work laws and regulations.

¹⁰²⁵ In particular, pursuant to art. 5, letter a), of Legislative Decree No. 231/2001, by 'persons holding representation, administration or management duties within the entity or within one of its head departments having financial and functional independence, as well as by persons who exercise, also *de facto*, the respective management and control'.

¹⁰²⁶ See art. 6, paragraph 1, of Legislative Decree No. 231/2001.

¹⁰²⁷ Thus G. Arnone, *Whistleblowing e ordinamento italiano: possibili percorsi normativi*, in G. Fraschini, N. Parisi, D. Rinoldi (edited by), *Protezione delle vendette "civiche": il ruolo del whistleblowing in Italia*, Transparency International Italy. Association against corruption, www.transparency.it, 2009, p. 128.

¹⁰²⁸ Either in compliance with the relevant law provisions (it is precisely the case of Legislative Decree No. 231/2001) or as a freely chosen instrument, in order to prevent the perpetration of unlawful acts or of irregularities (for instance, in mobbing prevention, it is standard practice for companies to adopt codes of conduct foreseeing complaint and report procedures by the mobbed persons. In general, the anonymity guarantee is ensured in these cases, unless if with the express consent of the mobbed person).

In this respect, there are at least three issues which need be taken into consideration: the conditions under which the employer may lawfully deal with the complaints and, in particular, whether the person to whom the complaint relates needs to give his/her own consent; whether the person to whom the complaint relates needs to know the charges levelled and the identity of the person bringing the complaint; whether it is possible for the employer to use anonymous complaints.

The problematic nature of these aspects has led the Italian Data Protection Authority, back in 2009, to report to Parliament and to the Government by requesting a regulatory amendment¹⁰²⁹. Nonetheless, to date, the aforesaid request has received no response whatsoever.

In so far as the prerequisites for the lawfulness of the processing of personal data are concerned, in general terms, Legislative Decree No. 196/2003 requests the consent of the data subject¹⁰³⁰, whereby any such consent does not arise in the case at issue and, in most cases, foreseeably.

Nonetheless, such consent is excluded in some particular cases¹⁰³¹, amongst which, the case in which the data controller uses the collected data in order to protect its own rights in Court¹⁰³². However, such case in point may arise in the event of data collection through internal reporting systems, but it may solely aid at a later stage, after having made all necessary preliminary checks¹⁰³³. Therefore, in no way may it be deemed the main road for excluding, in so far as the internal control systems are concerned, the data subject's necessary previous consent.

Instead, the consent could be in general excluded based on a balancing of interests order issued by the Italian Data Protection Authority, aimed at 'pursuing a lawful interest of the data controller or of a third party recipient of the data, should the fundamental rights and freedoms, the dignity or a lawful interest of the data subject not prevail'¹⁰³⁴.

Nonetheless, it has not been the intention of the Italian Data Protection Authority to adopt a balancing order of any such type, since it has deemed the regulatory framework too uncertain, thus passing the ball to the legislator through the report of 2009¹⁰³⁵, who has however remained silent.

Therefore, things being like this, the collection and processing of data through internal reporting systems in any event need the prior consent of the person to whom the complaint relates.

¹⁰²⁹ See the Italian Data Protection Authority, *Segnalazione al Parlamento e al Governo sull'individuazione, mediante sistemi di segnalazione, degli illeciti commessi da soggetti operanti a vario titolo nell'organizzazione aziendale*, 10 December 2009, in www.garante-privacy.it [Web Doc. No. 1693019]

¹⁰³⁰ Art. 23 of Legislative Decree No. 196/2003.

¹⁰³¹ Art. 24 of Legislative Decree No. 196/2003.

¹⁰³² Art. 24, paragraph 1, letter f), of Legislative Decree No. 196/2003.

¹⁰³³ Thus R. Lattanzi, *Prime riflessioni sul cd. whistleblowing: un modello da applicare "ad occhi chiusi"?*, cit., p. 560.

¹⁰³⁴ Art. 24, paragraph 1, letter g), of Legislative Decree No. 196/2003.

A case of prevalence of the interest of the data controller or of third parties could actually be deemed to arise, pursuant to the relevant law provisions (should any reporting systems be activated), pursuant to Legislative Decree No. 231/2001, or pursuant to arts. 2 and 32 of the Constitution, and to section 2087 of the Civil Code in the event of mobbing, or even pursuant to art. 3 of the Constitution and to art. 15 of the Workers' Statute, and to the relevant further special legislation in the event of any discrimination. See also R. Lattanzi, *Prime riflessioni sul cd. whistleblowing: un modello da applicare "ad occhi chiusi"?*, cit., p. 561.

¹⁰³⁵ See the Italian Data Protection Authority, *Segnalazione al Parlamento e al Governo*, cit.

As regards the right of access issue, then, Legislative Decree No. 196/2003 not only foresees the data subject's right to know the processed information, but also the source of any such information and, therefore, also the name of the person bringing the complaint¹⁰³⁶. Furthermore, the person to whom the complaint relates shall be informed of any and all processing concerning him/her and, should the data be collected not from the latter but from third parties – as in the case of internal information systems –, the disclosure shall be made at the time of recording the relevant data¹⁰³⁷.

It is clear that these provisions are in conflict with the need to keep the whistleblower's identity confidential, in order to avoid exposing the latter to any retaliation whatsoever by the person to whom the complaint relates.

It is also certain that the right of access and the data processing disclosure may be derogated pursuant to the EU Directive, in the cases in which the law identifies a prevailing interest with respect to the individual interest and establishes the necessary guarantees¹⁰³⁸. Legislative Decree No. 196/2003 has done so with respect to the data processed in order to protect a right in Court, foreseeing that both the right of access¹⁰³⁹ and the disclosure obligation¹⁰⁴⁰ may be deferred¹⁰⁴¹.

Therefore, also for this reason, it would be necessary for a law amendment to reconcile the right of access and disclosure of the person to whom the complaint relates with the need for protecting the whistleblower's identity, as stressed once again by the Italian Data Protection Authority back in 2009¹⁰⁴².

Finally, the lawfulness of the employer's processing of anonymous complaints is also doubtful, in respect of which nothing is provided for under Legislative Decree No. 196/2003. Indeed, anonymity – however seen with general disapproval by the Italian legal system¹⁰⁴³ –, on one side, would not allow the data controller to retrieve more precise information in connection with the reported matters¹⁰⁴⁴ and, on the other side – moreover –, the person to whom the complaint relates to know the source of the data¹⁰⁴⁵.

Also from this standpoint, it would also be necessary for the legislator to provide clarification,

¹⁰³⁶ Art. 7 of Legislative Decree No. 196/2003.

¹⁰³⁷ Art. 13, paragraph 4, of Legislative Decree No. 196/2003.

¹⁰³⁸ See art. 13, paragraph 1, letter g), of Directive 95/46/EC.

¹⁰³⁹ Art. 8, paragraph 2, letter e), of Legislative Decree No. 196/2003.

¹⁰⁴⁰ Art. 13, paragraph 5, letter b), of Legislative Decree No. 196/2003.

¹⁰⁴¹ Provided that the data are processed for any such purposes and for the period strictly necessary for their pursuit.

¹⁰⁴² See the Italian Data Protection Authority, *Segnalazione al Parlamento e al Governo sull'individuazione, mediante sistemi di segnalazione, degli illeciti commessi da soggetti operanti a vario titolo nell'organizzazione aziendale*, 10 December 2009, in www.garante-privacy.it [Web Doc. No. 1693019]

¹⁰⁴³ See R. Lattanzi *Prime riflessioni sul cd. whistleblowing: un modello da applicare "ad occhi chiusi"?*, cit., p. 357 et seq., stresses that there are many regulatory indicators in the Italian legal system, moreover, with respect to criminal proceedings, which are in favour of the general unusability of anonymous complaints. See Council of State, VI Division, 25 June 2007, No. 3601, in *Foro Amm.*, 2007, 6, 1929.

¹⁰⁴⁴ See the Italian Data Protection Authority, *Segnalazione al Parlamento e al Governo ...*, cit.

¹⁰⁴⁵ Art. 7 of Legislative Decree No. 196/2003.

besides, as also requested by the Italian Data Protection Authority in 2009¹⁰⁴⁶.

8. Protections for the whistleblower.

The whistleblower is protected both against dismissal and discriminatory acts, and against mobbing. But once again, upon failure of an *ad hoc* law, it is necessary to have recourse to the general rules set forth for employees.

The dismissal of the whistleblower who has lawfully exercised the right to information and the right of criticism¹⁰⁴⁷ – also after the so-called 'Monti's reform' (Law No. 92/2012)¹⁰⁴⁸, which has mitigated in general the protection against dismissal in the Italian legal system – is subject to the most incisive protection, namely, the so-called “real strong protection”¹⁰⁴⁹: the dismissal is null and void, and the employee is entitled to be reinstated in his/her former position and to receive an indemnity proportionate to the last actual global retribution from the date of dismissal until that of the effective reinstatement.

The law foresees that the so-called “real strong protection” shall apply, regardless of the number of employees of the employer, in the most serious cases of pathology of the dismissal and, in particular, to discriminatory dismissals, to dismissals for unlawful reasons, and to null and void dismissals 'in the other cases provided for by law'¹⁰⁵⁰.

Well then, the dismissal of the whistleblower who has lawfully exercised his/her own right of criticism and who is thus dismissed for said reason amounts without doubt to a case of retaliatory dismissal¹⁰⁵¹, a case in point which Italian case law (and now also the law¹⁰⁵²) constantly traces

¹⁰⁴⁶ See again the Italian Data Protection Authority, *Segnalazione al Parlamento, cit.*

¹⁰⁴⁷ That is in compliance with the limits of content, as well as with the modal and finalistic limits discussed above, see section 5.

¹⁰⁴⁸ As is well known, the so-called 'Monti's reform' (Law No. 92/2012) has amended art. 18 of the Workers' Statute, which in the past provided for a very incisive protection for the unlawfully dismissed employees in medium-sized and large-sized companies (that is with more than 60 employees throughout the entire national territory, or more than 15 employees in the same productive unit or in different productive units located in the same municipality; 5 in the event of farm entrepreneurs). Instead of the unitary real protection (consisting in the reinstatement and in the compensation for damages as from the date of the dismissal until that of the effective reinstatement), it has foreseen four different forms of protection (full reinstatement protection, mitigated reinstatement protection, strong compulsory protection, dimidiated compulsory protection), each of which is linked with different prerequisites of application. There are therefore cases in which, unlike what used to happen in the past, also in medium-sized companies, the unlawfully dismissed employee solely enjoys a compensatory protection.

Nonetheless, the new wording of art. 18 of the Workers' Statute, also after the amendments brought about by the 'Monti's reform' foresees that the old real protection – consisting in the reinstatement of the employee and in the compensation for any damage caused by the dismissal until the effective reinstatement – applies in the most serious cases and, in particular, to discriminatory dismissals, to dismissals for unlawful reasons, to dismissals served in specific cases mentioned by any such rule (for instance, dismissal for marriage) and to dismissals which may be traced back to other cases of nullity, even if not specifically mentioned, provided for by law.

In companies having less than 15/60 employees at present, just like in the past, solely a compensatory protection is foreseen (art. 8 of Law No. 604/1966).

¹⁰⁴⁹ Art. 18, paragraph 1, of the Workers' Statute (Law No. 300/1970).

¹⁰⁵⁰ Art. 18, paragraph 1, of the Workers' Statute (Law No. 300/1970).

¹⁰⁵¹ Following the employee's expression of his/her own 'personal beliefs' (Legislative Decree No. 216/2003).

¹⁰⁵² See now arts. 28, paragraph 6, and 55-ter, paragraph 6, of Legislative Decree No. 150/2011, which expressly trace the retaliatory acts to cases of discrimination.

back to discriminatory dismissals¹⁰⁵³ or to dismissals for unlawful reasons¹⁰⁵⁴. Therefore, the so-called “real strong protection” needs be applied herein.

The same result may be reached even if we follow the most restrictive theories of interpretation, which try to limit the scope of application of the so-called “real strong protection” to the greatest possible extent¹⁰⁵⁵. Indeed, pursuant to these different readings, the so-called “real strong protection” would solely be positively foreseen for the events in which a 'loathsome' dismissal is taken into consideration, namely, a dismissal in breach of a fundamental right of the employee. It is clear that any such event would arise in the case under analysis, since the dismissal opposes the whistleblower's lawful exercise of the right to information and of the right of criticism, an expression of the employee's fundamental right under the Constitution to the free expression of ideas¹⁰⁵⁶.

The dismissal of the whistleblower who lawfully exercises any such right is thus protected in the Italian legal system to the greatest extent.

Some problems arise, instead, in connection with the allocation of the burden of proof.

Pursuant to firm case law, the burden of proof of the discrimination or of the illegal grounds (including the retaliatory grounds), as well as the existence of a cause of nullity in the dismissal shall rest on the employee¹⁰⁵⁷.

Truly, said assumption should be discussed in light of the fact that, for discriminations in general, the legal system now foresees a partial reversal of the burden of proof (see hereunder).

In any event, it needs be stressed that the employee's burden of proof is actually partially mitigated by the incisive preliminary investigation powers granted to the Judges within employment proceedings¹⁰⁵⁸, by the power vested thereto to have recourse to simple assumptions for the purposes of the relevant judgment (which need be serious, precise and concordant¹⁰⁵⁹) and by the fact that, pursuant to law, the employer has the burden of proof¹⁰⁶⁰ of the just cause or of the justified subjective or objective grounds¹⁰⁶¹, which are in any event necessary for the lawfulness of the dismissal. The consequence is that, should the employer not be able to prove the existence of the reason grounding the termination and should there be circumstantial evidence in favour of a retaliation event (for instance, the time proximity of the dismissal with respect to

¹⁰⁵³ Art. 15 of the Workers' Statute; art. 3 of Law No. 108/1990.

¹⁰⁵⁴ In so far as retaliatory dismissal is concerned see, amongst many others, especially amongst the most recent ones, Cass. 11 October 2012, No. 17329, in *Notiziario giurisprudenza lav.*, 2013, p. 387; Court of Milan, 27 December 2012, in *Riv. critica dir. lav. privato e pubbl.*, 2013, p. 201; *Guida al dir.*, 2012, fasc. 17, p. 32.

¹⁰⁵⁵ P. Ichino, *La riforma dei licenziamenti e i diritti fondamentali dei lavoratori*, in L. Nogler, L. Corazza (edited by), *Risistemare il diritto del lavoro. Liber amicorum Marcello Pedrazzoli*, Franco Angeli, Milan, 2012, p. 819.

¹⁰⁵⁶ Art. 21 of the Constitution.

¹⁰⁵⁷ Amongst the most recent decisions, see Cass. 26 March 2012, No. 4797, in *Guida al dir.*, 2012, fasc. 17, p.32; Civ. Cass., Employment Division, 11 October 2012, No. 17329, in *Notiziario giurisprudenza lav.*, 2013, p. 387.

¹⁰⁵⁸ See section 421 of the Code of Civil Procedure.

¹⁰⁵⁹ Section 2729 of the Civil Code.

¹⁰⁶⁰ Art. 5 of Law No. 604/1966.

¹⁰⁶¹ See section 2119 of the Civil Code and art. 3 of Law No. 604/1966, respectively.

the employer's declarations), the Judge may rule declaring the nullity of the dismissal, thus applying the so-called "real strong protection".

A similar line of reasoning needs be followed in connection with any discriminatory acts put in place by the employer during performance of the employment (disciplinary measures, acts exercising the so-called *ius variandi*, etc.), namely, acts which are not based on organisational needs, but amount to retaliation with respect to the lawful exercise of the right of criticism¹⁰⁶². The general rules in the matter of discriminations apply herein¹⁰⁶³, pursuant to which the discriminatory acts are null and void¹⁰⁶⁴ and, therefore, having no effects whatsoever and the employee shall be entitled to property and non-property damages¹⁰⁶⁵.

The burden of proof of discriminations – in compliance with Directive 2006/54/CE – is partially reversed herein by the law¹⁰⁶⁶. It is sufficient that the employee provides 'factual elements, also of statistical nature, from which the existence of discriminatory acts, understandings or behaviours may be assumed', since 'the defendant has the burden of proving the non-existence of the discrimination'¹⁰⁶⁷. Therefore, if the employee provides circumstantial evidence which is even less consistent than that requested in the matter of simple assumptions¹⁰⁶⁸, the burden of proving the lack of discrimination is transferred to the employer¹⁰⁶⁹.

Finally, the whistleblower may appeal to the protection against mobbing.

Mobbing is not governed under the Italian legal system, however, pursuant to case law, it is in any event repressed pursuant to the rule laying the security obligation upon the employer¹⁰⁷⁰

¹⁰⁶² Once again, it is worth considering the retaliatory discrimination for the expression of 'personal beliefs', see Legislative Decree No. 216/2003.

¹⁰⁶³ It is the case of rules in layers. See art. 15 of the Workers' Statute (Law No. 300/1970), which declares the employer's discriminatory acts for political, trade union, religious, racial, language, sexual, handicap, age reasons, or based on the sexual orientation or personal beliefs, to be null and void in general; art. 43 of Legislative Decree No. 286/1998 for any discrimination linked with the race, colour, ancestors, or national or ethnical origin, or religious practices; art. 3 of Legislative Decree No. 215/2003 for racial and ethnical origin discriminations; art. 3 of Legislative Decree No. 216/2003 for discriminations based on religion, personal beliefs, handicap, age and sexual orientation; art. 25 of Legislative Decree No. 198/2006 for sexual discrimination.

The event which could be worth mentioning in the case at issue is the case of discrimination based on the employee's personal beliefs, without prejudice to the fact of not believing – as held by the author – that the list of discrimination factors included in the law is solely by way of an example.

¹⁰⁶⁴ Art. 15 of the Workers' Statute (Law No. 300/1970).

¹⁰⁶⁵ See art. 28, paragraph 5, of Legislative Decree No. 150/2011 for discriminations in general; see arts. 37, paragraphs 3, 4, and 38, of Legislative Decree No. 198/2006, for sexual discrimination.

¹⁰⁶⁶ Likewise G. Amoroso, *Le procedure repressive degli atti di discriminazione*, in G. Amoroso, V. Di Cerbo, R. Foglia, A. Maresca, *Diritto del lavoro, Il Il processo*, vol IV, Giuffrè Milan, 2012, p. 1264; C. Delle Donne, *Delle controversie in materia di discriminazione*, in B. Sassani, R. Tiscini, *La semplificazione dei riti civili, DIKE Giuridica*, 2011, p. 258; C. Di Salvo, *Discriminazione*, in F. Santangeli (edited by), *Riordino e semplificazione dei processi civili*, Giuffrè Milan, 2012, p. 861.

¹⁰⁶⁷ Art. 28, paragraph 4, of Legislative Decree No. 150/2011. Instead, as regards sexual discrimination, art. 40 of Legislative Decree No. 198/2006 requests that the employee provides 'precise and concordant' factual elements.

¹⁰⁶⁸ Section 2729 of the Civil Code requests that the assumptions are 'serious, precise and concordant'.

¹⁰⁶⁹ In this sense, clearly, Court of Appeal, Rome, 9 October 2012, in *D&L, RCDL*, 2012, p. 661 *et seq.* See also, even if more blurred Cass. 8 June 2013, No. 14206, in *Mass. giur. lav.*, 2013, p. 667.

¹⁰⁷⁰ Section 2087 of the Civil Code.

and, namely, the obligation to protect the health and dignity of the respective employees¹⁰⁷¹. The security obligation provision therefore implies, first, that it is forbidden for the employer to directly hold mobbing behaviours and, second, that the employer is under the obligation to prevent those behaviours from being put in place by the employee's colleagues.

Pursuant to case law, mobbing is a complex case in point, which takes shape when the employer or a colleague of the victim puts in place a series of legal acts (de-skilling, for instance) and/or material behaviours (insults and physical aggressions, for instance), extended in time or repeated, the purpose of which¹⁰⁷² is that of striking the employee in his/her dignity, often in order to induce him/her to resign.

Therefore, should the whistleblower undergo mobbing, the latter may seize the Judge by complaining about the breach of the security obligation and request the employer be ordered to perform, namely, to end the mobbing, as well as to order the compensation for the relevant property and non-property damages.

In the event of mobbing, the employee shall have the burden of proving the existence of the employment relation, as well as of any and all incurred detrimental effects, whilst the employer shall have the burden of proving to have fulfilled the security obligation.

The only relevant case for the purposes herein¹⁰⁷³ which may be worth taking into consideration, in which the Italian legal system acknowledges that collective parties have the capacity to sue, is composed of the procedure for repressing the anti-trade union behaviour¹⁰⁷⁴. It is foreseen that the local bodies of the national trade union associations be entitled to bring an action should the employer hold behaviours aimed at limiting trade union activities. The case in point may arise with respect to whistleblowing in the event in which the employee is a trade unionist exercising the respective right to information and right of criticism for the protection, for instance, of the employees' health or job.

9. Protected parties beyond the employees?

Up to now, we have discussed the boundaries of the right of criticism and of the protection – pursuant to case law – acknowledged by the Italian legal system to employees.

The situation concerning the whistleblowing phenomenon in self-employment is more complex, also in the event in which we take into consideration a pure self-employed worker who mainly

¹⁰⁷¹ For this approach, recently, see Cass. 10 February 2014, No. 2885, in *Bollettino ordinario Adapt*, 17 February 2014, No. 7; Cass. 25 July 2013, No. 18093, in *FI*, 2013, I, c. 2790. But see also Cass. 5 November 2012, No. 18927, in *FI*, 2013, I, c. 140, which not only makes cross-reference to section 2087 of the Civil Code, but also to Legislative Decrees Nos. 215 and 216/2003, which put mobbing and discriminations 'on the same level'.

¹⁰⁷² Therefore, it is the case of wilful misconduct.

¹⁰⁷³ Art. 5, paragraph 2, of Legislative Decree No. 216/2003 foresees that the persons representing collective interests may bring a collective action before the Court, amongst others, in the event of discriminations based on 'personal beliefs', but solely – pursuant to the opinion of law scholars – when the persons incurring damage caused by the discrimination may not be directly and immediately identified, which is unlikely to arise in the case of whistleblowing.

¹⁰⁷⁴ Art. 28 of the Workers' Statute (Law No. 300/1970).

carries out a personal activity¹⁰⁷⁵, or a self-employed worker on a continuing basis¹⁰⁷⁶, or a self-employed worker with a project-based agreement¹⁰⁷⁷ who, therefore, is in a weak situation *vis-à-vis* the counterparty, similar to that of the employee¹⁰⁷⁸.

Certainly, it is possible to assert, by way of interpretation, that also the self-employed worker carrying out a personal activity - whatever contract form is used - is the holder of a right to information and of a right of criticism (art. 21 of the Constitution), which needs be balanced with the principal's personality rights (art. 2 of the Constitution). And it seems totally reasonable to hold that the limits fixed by case law for the employee's right of criticism also apply in this case¹⁰⁷⁹.

But there is still the fact that the Italian legal system does not offer any protection whatsoever to self-employed workers (at least considering pure self-employed workers and self-employed workers on a continuing basis) against the termination by the principal and, expressly, against the discriminatory acts. Therefore, there are no instruments of protection against the principal's retaliatory acts upon the self-employed worker's expression of opinions.

A partially different situation would be the case of a self-employed worker with a project-based agreement. In fact, in this case, a fixed-term contract has necessarily been signed, which means that the early termination of the contract will solely be possible by statute. Therefore, should the early termination be brought about by the principal for reasons other than those set forth by statute, in no way may the contract be deemed terminated and the worker shall be entitled to full compensation. In other words, the retaliatory termination of the project-based agreement of the whistleblower worker who has lawfully exercised his/her own right of criticism is somehow entitled to protection¹⁰⁸⁰.

However, in order to guarantee larger protection to self-employed whistleblowers (regardless of whether it is the case of a pure self-employed worker who mainly carries out a personal activity¹⁰⁸¹, or a self-employed worker on a continuing basis¹⁰⁸² or, finally, a self-employed worker with a project-based agreement¹⁰⁸³), it would be necessary to hold that the principle of non-discrimination is a general principle of the legal system which identifies the level of minimum protection for each single worker – employee or self-employed –, who carries out a personal activity, by implementing the principle of equality under art. 3 of the Constitution.

In such case, the discrimination prohibitions and the relevant protections – also with respect to termination – should also be extended to personal self-employment, however performed.

¹⁰⁷⁵ Section 2222 of the Civil Code.

¹⁰⁷⁶ Section 409, paragraph 3, of the Code of Civil Procedure.

¹⁰⁷⁷ Art. 61 *et seq.* of Legislative Decree No. 276/2003.

¹⁰⁷⁸ It is worth mentioning, in particular, self-employed workers with project-based agreements (art. 61 *et seq.* of Legislative Decree No. 276/2003) and self-employed workers on a continuing basis (section 409, No. 3, of the Code of Civil Procedure).

¹⁰⁷⁹ Please note that also project-based workers are under an obligation to secrecy, that is the prohibition to 'disclose information and opinions concerning their programmes and the respective organisation' (art. 64, paragraph 2, of Legislative Decree No. 276/2003), also being under an obligation of fairness and good faith in the performance of the agreement (sections 1175 and 1375 of the Civil Code).

¹⁰⁸⁰ See art. 67 Legislative Decree No. 276/2003.

¹⁰⁸¹ Section 2222 of the Civil Code.

¹⁰⁸² Section 409, paragraph 3, of the Code of Civil Procedure.

¹⁰⁸³ Art. 61 *et seq.* of Legislative Decree No. 276/2003.

At present, there are no rulings whatsoever in connection herewith.

**Il lungo cammino per Santiago della rappresentatività sindacale:
dal Tit. III dello Statuto dei lavoratori al Testo Unico
sulla Rappresentanza 10 gennaio 2014***

Franco Carinci

1. Ricominciando dall'art. 39 Cost....	322
2. ... e passando per il Tit. III St. Lav.	322
3. Regola ed "eccezioni" in merito all'efficacia della contrattazione collettiva: la l. n. 146/1990 sull'esercizio del diritto di sciopero nei servizi pubblici essenziali e la l.d. n. 421/1992 sulla c.d. privatizzazione del pubblico impiego.	324
4. Il processo costituente del sistema: il Protocollo 23 luglio 1993.	325
5. (Segue): l'Accordo interconfederale sulle Rsu 1 dicembre 1993.	327
6. I tre referendum abrogativi del 1995.	329
6.1 L'abrogazione dell'art. 47 d.lgs. n. 29/1993.	329
6.2 L'amputazione dell'art. 19 della l. n. 300/1970.	331
7. L'approccio unitario espresso dalle Linee di riforma della struttura della contrattazione 12 maggio 2008.	332
8. Il dissenso manifestato dagli Accordi "separati": l'Accordo quadro di riforma degli assetti contrattuali 22 gennaio 2009.	334
9. (Segue): l'Accordo interconfederale 15 aprile 2009.	335
10. La vicenda Fiat.	336
11. Il recupero unitario (prima tappa): l'Accordo interconfederale 28 giugno 2011.	338
12. L'intermezzo legislativo: l'art. 8 del d.l. 13 agosto 2011, n. 138, convertito con modificazioni nella l. 14 settembre 2011, n. 148.	340
13. Il recupero unitario (seconda tappa): il Protocollo d'intesa 31 maggio 2013.	342
14. L'intermezzo giurisprudenziale: Corte cost. 23 luglio 2013, n. 231.	346
15. Il recupero unitario (terza tappa): il Testo Unico sulla Rappresentanza 10 gennaio 2014.	348
15.1 Parte prima: misura e certificazione della rappresentanza ai fini della contrattazione collettiva nazionale di categoria.	349

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 205/2014

15.2. Parte seconda: regolamentazione delle rappresentanze in azienda.	351
15.3 Parte terza: titolarità ed efficacia della contrattazione collettiva nazionale di categoria e aziendale.	354
15.4 Parte quarta: disposizioni relative alle clausole e alle procedure di raffreddamento e alle clausole sulle conseguenze dell'inadempimento.	357
15.5 Clausole transitorie e finali.	358

1. Ricominciando dall'art. 39 Cost....

È d'obbligo per chiunque si accinga a percorrere il cammino di cui al titolo partire dall'art. 39 Cost., che, secondo un indirizzo dottrinale consolidatosi nel quindicennio successivo al suo varo fino a divenire *ius receptum*, sarebbe risultato affetto da una "insanabile contraddizione logica", fra un primo comma che consacrava la libertà di organizzazione sindacale e un secondo comma e ss. che la limitava, se pur in vista ed in funzione di assicurare alla contrattazione collettiva una efficacia *erga omnes*.

Questo indirizzo avrebbe giustificato un blocco attuativo di quel comma secondo e ss., col conseguente vuoto riempito prima da un astensionismo, poi da un interventismo legislativo, che, per via della legge Vigorelli, avrebbe tentato di aggirare il 39 Cost., comma secondo e ss. col conferire alla contrattazione collettiva una efficacia *erga omnes*, tramite una sua ricezione in una decretazione legislativa. Ma fu un successo solo iniziale, perché la proroga di tale legge sarebbe stata dichiarata incostituzionale dal Giudice delle leggi, con una lettura da cui era dato dedurre *a contrario* che non esisteva alcuna "insanabile contraddizione logica" fra il primo ed il secondo comma e ss. dell'art. 39 Cost.: l'affermazione della libertà sindacale ben poteva essere armonizzata con una legge sindacale la quale prevedesse una promozione dei sindacati, condizionata dalla previa registrazione in forza di statuti su base democratica, con conseguente acquisizione della personalità giuridica; e consentisse, "rappresentati unitariamente in proporzione dei loro iscritti" di "stipulare contratti collettivi di lavoro con efficacia obbligatoria per tutti gli appartenenti alle categorie alle quali il contratto si riferisce".

Nonostante qualche tentativo nobile ed autorevole di fine secolo di cogliere all'interno del comma secondo e ss., un nucleo essenziale, sì da poter legittimare un intervento legislativo che ne salvasse il solo presunto principio ispiratore - di recente ripreso con rinnovato impegno ma sostanziale rimaneggiamento del testo costituzionale - rimane a tutt'oggi fermo l'orientamento del Giudice delle leggi di un art. 39 Cost. compatto e coerente.

Esso coniuga la libertà di organizzazione con la promozione del sindacato come associazione sindacale, cui viene richiesta una visibilità esterna ed una trasparenza interna per poter partecipare in ragione della sua forza rappresentativa alla delegazione negoziale legittimata a dar vita ad una contrattazione con efficacia *erga omnes*; peraltro, come pur si è cercato e si cerca di fare, senza poter tracciare distinzione alcuna fra contrattazione nazionale, territoriale, aziendale.

A prescindere dal fatto che il padre costituente non poteva aver presente la contrattazione aziendale, questa rientra a pieno titolo in quell'ultimo comma dell'art. 39 Cost., sia per la *ratio*, perché trattasi pur sempre di dar ad una contrattazione una efficacia che le è intrinsecamente estranea, cioè *ultra partes*; sia per la lettera, perché la parola "categorie" è correttamente interpretata come equivalente ad unità contrattuali di qualsiasi livello e perché la frase "con efficacia obbligatoria per tutti gli appartenenti alle categorie" è riferita *in primis* proprio ai lavoratori non iscritti alle associazioni stipulanti a prescindere dagli ambiti dei relativi contratti.

2. ... e passando per il Tit. III St. Lav.

Hoc iure utimur, sicché bloccata la strada maestra di una legge sindacale attuativa dell'art. 39, co. 2 ss. Cost. restava aperta quella di una sua modifica costituzionale, come prefigurata dalla Commissione Bozzi degli anni '80, di una sua soppressione e contestuale sostituzione, con un rinvio

alla legge ordinaria per una definizione della rappresentatività richiesta per condurre una contrattazione con efficacia *erga omnes*.

Non si fece niente di niente, ma addirittura l'art. 39 Cost. sparì da qualsiasi successivo tentativo di riforma costituzionale, per una qual sorta di intesa garantista, per cui i Principi fondamentali e la Parte I della Costituzione dovevano rimanere intoccabili, mentre la Parte II poteva essere debitamente rivisitata, così facendo finta di non accorgersi che c'era una coerenza di ispirazione e di impostazione, tradibile solo a costo di dar vita a discutibili soluzioni di continuità. Se questo valeva, e vale in generale, in particolare l'art. 39 Cost. ed il suo degno ed inseparabile compagno, l'art. 40 Cost., così come sono stati ricostruiti dalla giurisprudenza costituzionale, col conforto della prevalente dottrina, hanno finito per condizionare la stessa Parte II, dettata in tema di "Ordinamento della Repubblica", sì da restituircela per così dire arricchita, con la copresenza a fianco di un canale principale di partecipazione politica, di uno secondario, di partecipazione sindacale.

Già, però, con il Tit. III dello Statuto dei lavoratori, il legislatore aveva dato per scontata la possibilità di scindere il primo comma dal resto dell'art. 39 Cost., facendone la *ratio* giustificativa di una politica promozionale fondata sulla presenza sindacale nei luoghi di lavoro, senza farsi carico alcuno della contrattazione. Di più non era permesso dalla sopravvivenza del comma secondo e ss. dell'art. 39 Cost.; né di più era richiesto dal suo vero destinatario, quel sindacalismo confederale che privilegiava la pressione sulla politica economico-sociale della maggioranza rispetto alla stessa trattativa con la controparte datoriale.

Si può qui ritornare sul "modello" incorporato nel Tit. III dello Statuto, così come consacrato nella giurisprudenza costituzionale, solo per tenerlo come termine di confronto in un processo che, pur avendo portato ad un suo vero e proprio rovesciamento, continua a considerarlo un referente obbligato di qualsiasi intervento successivo. Come ben noto, l'intento perseguito dal legislatore all'indomani dell'autunno caldo, così come di fatto condiviso da Corte cost. n. 54/1974, era di restituire al sindacalismo confederale, auto-elevatosi a protagonista politico in una stagione passata alla storia come quella della supplenza sindacale, una capacità di controllo su una mobilitazione di base fortemente radicalizzata, canalizzandola e dirottandola verso le grandi riforme destinate ormai a contare, assai più della contrattazione, nella redistribuzione sociale, tramite la spendita di quello sciopero di imposizione politico-economica che di lì a poco Corte cost. n. 290/1974 avrebbe riconosciuto come diritto *pleno iure*.

A riassumere il molto in poco, c'è da ricordare come per questo modello statutario, come tradotto negli artt. 14 e 19 St., il comma primo dell'art. 39 Cost. andava letto nel senso di legittimare: a) la previsione di una tutela a scalare per quel che riguardava la presenza sindacale nei luoghi di lavoro, con una disciplina garantista base per qualsiasi organizzazione sindacale, senza che peraltro ne fossero chiaramente individuati contenuto e destinatario; ed una disciplina promozionale per la sola associazione sindacale dotata di "rappresentatività", consistente nella possibilità di costituire proprie rappresentanze nelle unità produttive, con una congrua dote di diritti sindacali; b) la configurazione di tale "rappresentatività" secondo una sequenza discendente, cioè b') una maggiore rappresentatività "presunta" riconosciuta in via originaria alle confederazioni, da cui dedurre in via derivata quella delle associazioni aderenti e b'') una "rappresentatività effettiva" per associazioni sindacali non aderenti, purché firmatarie di contratti collettivi nazionali o provinciali applicati nelle unità di riferimento.

Tale modello segnava il definitivo superamento di quello fondato sull'affiancamento alle Commissioni interne - composte da eletti - di rappresentanze sindacali aziendali - formate da iscritti -, peraltro promosso senza troppo successo nel corso del decennio '60, a tutto favore di uno basato formalmente sulle sole Rsa. Usciva così rafforzato il pluralismo associativo proprio di un sistema contrattuale costruito su contratti nazionali di categoria sottoscritti da quelle federazioni che, in quanto aderenti a confederazioni maggiormente rappresentative, come per antonomasia Cgil, Cisl, Uil, erano legittimate a costituire altrettante Rsa, se pur con la pudica riserva "ad iniziativa dei lavoratori", rivelatasi di fatto poco o nulla rilevante. Mentre persisteva immutato l'astensionismo legislativo rispetto a quello stesso sistema contrattuale, lasciato, per la gestazione, al principio del reciproco riconoscimento; e, per l'applicazione, al dato dell'effettività.

3. Regola ed "eccezioni" in merito all'efficacia della contrattazione collettiva: la l. n. 146/1990 sull'esercizio del diritto di sciopero nei servizi pubblici essenziali e la l.d. n. 421/1992 sulla c.d. privatizzazione del pubblico impiego.

La soluzione di continuità avrà luogo nel corso del decennio '90, con a sua antesignana una duplice disposizione legislativa, che non investiva il pluralismo associativo fondato sulle rsa, ma l'efficacia della contrattazione collettiva, peraltro in maniera indiretta: l'art. 2, l. n. 146/1990, contenente norme sull'esercizio del diritto di sciopero nei servizi pubblici essenziali, e l'art. 5, co. 1, l. n. 223/1991, contenente norme su cassa integrazione, mobilità e licenziamenti collettivi.

A' sensi dell'art. 2, co. 2 della prima, *"Le amministrazioni e le imprese erogatrici dei servizi ... concordano nei contratti collettivi ..., nonché nei regolamenti di servizio, da emanarsi in base agli accordi con le rappresentanze sindacali aziendali ... le modalità e le procedure di erogazione ..."* delle prestazioni indispensabili; mentre a' sensi dell'art. 5, co. 1 della seconda, *"L'individuazione dei lavoratori da licenziare deve avvenire ... nel rispetto dei criteri previsti da contratti collettivi stipulati con i sindacati di cui all'articolo 4, comma 2 ..."*, cioè con le *"rappresentanze sindacali aziendali costituite a norma dell'art. 19 della legge 20 maggio 1970, n. 300, nonché... le rispettive associazioni di categoria"*.

Peraltro la Corte costituzionale, ben consapevole del potenziale contrasto con l'art. 39, co. 2 ss. Cost., non avrebbe riconosciuto alcun effetto generale diretto al contratto collettivo così chiamato in causa, nazionale o aziendale che fosse. Facendo ricorso ad un marchingegno destinato a trovare più ampio utilizzo nel mondo dottrinale, con un percorso sostanzialmente coincidente, Corte cost. 22 giugno 1994, n. 268 e Corte cost. 18 ottobre 1996, n. 344 ricollegheranno tale effetto allo stesso esercizio di un potere regolamentare del datore costretto a conformarsi al contenuto del contratto collettivo.

La vera svolta avviene con la prima fase della c.d. privatizzazione del pubblico impiego aperta dall'art. 2 della legge delega 23 ottobre 1992, n. 421, cui fa seguito quel d.lgs. 3 febbraio 1993, n. 29, destinato ad essere continuamente rivisto fino al suo sostanziale recepimento nel d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165. Senza rimettere in discussione il pluralismo associativo nelle unità amministrative, si crea un sistema contrattuale modellato su quello privato, ma adattato con riguardo al duplice vincolo deducibile dal testo costituzionale: una spesa pubblica controllabile e una disciplina non differenziata in ragione della sola appartenenza sindacale. Il primo vincolo era assicurato da una forte centralizzazione e da una rigida articolazione: al vertice erano le confederazioni, che erano legittimate a concludere da sole gli accordi quadro e insieme alle organizzazioni sindacali i contratti di comparto e di area dirigenziale; alla base, erano le rappresentanze sindacali

definite dagli stessi contratti nazionali, che erano autorizzate a stipulare contratti decentrati sanzionati con effetti reali. Mentre il secondo vincolo era assicurato dalla attribuzione alla contrattazione collettiva di una efficacia *erga omnes*, tramite una ricca strumentazione, di per sé tale da tradire la preoccupazione di una bocciatura da parte della Corte costituzionale: a) la costituzione di un'Agenzia per le relazioni sindacali provvista della rappresentanza legale delle pubbliche amministrazioni; b) la introduzione di un vincolo a carico delle amministrazioni pubbliche ad osservare i contratti collettivi; c) la previsione di un obbligo di un trattamento contrattuale paritario e, comunque, non inferiore a quello contemplato dal rispettivo contratto collettivo.

Naturalmente la precondizione politica e giuridica di una tale efficacia *erga omnes* era data dalla selezione delle confederazioni ed organizzazioni sindacali ammesse alla trattativa, rimessa ad una rappresentatività "presunta" che suonava identica a quella di cui all'art. 19, lett. a) St., senza peraltro esserlo nella rilevanza e nella nozione. Non vi coincideva del tutto nella nozione, poiché, mentre l'art. 19, lett. a) la rinviava sostanzialmente all'interpretazione dottrinale e giurisprudenziale; l'art. 47 del d.lgs. n. 29/1993 la regolava secondo una duplice sequenza temporale: in via temporanea, col ricorso all'art. 8 d.p.r. 23 agosto 1988, n. 395, per cui toccava alla Presidenza del Consiglio accertarla in base alla quantità delle deleghe, alla risultanza delle elezioni tenute per la partecipazione ad organi vari, alla distribuzione categoriale e territoriale delle strutture organizzative, e, in via definitiva, col rinvio ad un accordo fra la Presidenza del Consiglio e le confederazioni maggiormente rappresentative come sopra individuate. Soprattutto, non vi coincideva per nulla nella rilevanza, perché la rappresentatività "presunta" dell'art. 19, lett. a) St. veniva sì riecheggiata dal decreto legislativo, ma con una ben diversa finalità, cioè per riconoscere alle organizzazioni sindacali il diritto non di costituire proprie Rsa nei luoghi di lavoro, ma di partecipare alla contrattazione collettiva.

In aggiunta, la rappresentatività "effettiva" dell'art. 19, lett. b) St. non era comunque mutuabile dal decreto legislativo, *per la contraddizione che nol consente*, dato che le organizzazioni sindacali ivi considerate avrebbero dovuto essere firmatarie di contratti già applicati, per essere ammesse ...ai relativi tavoli negoziali. Così se l'art. 19 St. era in grado di attribuire la rappresentatività "presunta" in via originaria alle sole confederazioni ed in via derivata alle organizzazioni sindacali loro aderenti, vista la possibilità di recuperare, per il tramite di una "rappresentatività effettiva" testimoniata dalla sottoscrizione di contratti applicabili, le organizzazioni rimaste escluse; l'art. 47 del d.lgs. n. 29/1993 era costretto a concedere la rappresentatività "presunta" in via originaria sia alle confederazioni che alle organizzazioni sindacali affiliate o meno, data l'impossibilità logica di recuperare, per mezzo di una "rappresentatività effettiva" provata dalla conclusione di contratti applicabili, le organizzazioni lasciate fuori.

La Corte costituzionale, chiamata a pronunciare l'ultima parola, con una dimostrazione di quel *self-restraint* che la caratterizzava allora assai più di ora, salverà tale efficacia *erga omnes*, senza peraltro rimettere in discussione la sua consolidata giurisprudenza sull'art. 39, co. 2 ss. Cost.; bensì aggirandola, con la "scusante" di dover tener conto dell'art. 97, co. 1 Cost.: riconducibile non alla contrattazione collettiva considerata in sé e per sé; ma all'esistenza di un obbligo posto *ex lege* a carico delle pubbliche amministrazioni (Corte cost. 16 ottobre 1997, n. 309).

4. Il processo costituente del sistema: il Protocollo 23 luglio 1993

All'accelerazione sul fronte dell'impiego pubblico ne sarebbe seguita un'altra su quello del lavoro privato, con una differenza fondamentale costituita dalla fonte, non una legge ma un accordo

interconfederale Confindustria/Cgil, Cisl, Uil, contenuto all'interno di una Intesa triangolare, conosciuta come il Protocollo del luglio 1993. E proprio l'accordo interconfederale costituirà la fonte "costante" anche per il futuro, peraltro col costo derivante dalla sua natura contrattuale in termini di limitazione dell'efficacia e della esigibilità.

Dopo aver proceduto su binari del tutto distinti, nell'arco di quel 1993 che vede consumarsi il tramonto della Prima Repubblica con il Governo tecnico Ciampi, i diritti sindacali del pubblico e del privato convergono e si influenzano reciprocamente. Per di più il Protocollo del 23 luglio 1993 vara una politica dei redditi basata in prima ed ultima istanza su una dinamica retributiva in linea con una inflazione programmata concertata fra Governo e parti sociali, da rispettarsi per l'intero universo del lavoro dipendente; e ciò tramite un sistema contrattuale rigidamente articolato, con un sostanziale allineamento fra settore pubblico e privato: un livello nazionale, con un rinnovo biennale economico per il mantenimento del potere d'acquisto ed uno quadriennale normativo; ed un livello decentrato vincolato al rinvio previsto da quello nazionale.

Peraltro, nel settore privato il livello nazionale rimaneva affidato al principio del reciproco riconoscimento, dandolo di fatto per consolidato a favore delle sole Federazioni facenti capo a Cgil, Cisl, Uil; mentre il livello aziendale veniva attribuito congiuntamente alle neo-riconosciute Rsu elettive e alle oo.ss. territoriali. Certo le Rsu nelle unità produttive al di sopra dei quindici dipendenti erano già state accreditate unilateralmente come sostitute delle Rsa statutarie, da ultimo dall'intesa quadro tra Cgil-Cisl-Uil sulle rappresentanze sindacali unitarie, sottoscritta in data 1 marzo 1991; ma ora lo erano bilateralmente, cioè anche dalla Confindustria, con contestuale attribuzione a parità di trattamento di una quota maggiore della dote legislativa e contrattuale prevista per le Rsa (Punto 2. Assetti contrattuali, Rappresentanze sindacali, lett. a e b).

Il che favoriva la partecipazione di base, coinvolta direttamente ed unitariamente su problematiche vissute in prima persona, sì da più che compensare una sindacalizzazione anche qui in calo; ma creava un duplice problema. Il primo era costituito dal tendenziale vuoto di presenza delle sigle sindacali all'interno delle aziende, destinato ad essere riempito dalla valorizzazione identitaria delle loro quote di partecipazione nelle rsu, col porre così le premesse di una divisione per componenti sindacali, sempre pronta ad emergere in occasione di ogni nuova crisi dell'unità di azione. Il secondo problema era rappresentato dal *deficit* di coordinamento soggettivo così creato nell'ambito di un sistema contrattuale rigidamente articolato fra il livello nazionale, gestito dalle Federazioni, ed il livello aziendale amministrato dalle rsu; tanto più che il coordinamento oggettivo, tramite le clausole di specializzazione e di rinvio, poteva contare solo su un effetto obbligatorio intra o inter-sindacale, del tutto ipotetico.

Le Confederazioni, ben consapevoli del *deficit* così prodotto nel coordinamento soggettivo, oltre al controllo sulla costituzione delle rsu e sulla elezione dei componenti consacrato nel successivo accordo interconfederale per la costituzione delle Rsu del 1 dicembre 1993, prevedevano nel Protocollo del 23 luglio 1993 sia la regola del "terzo riservato", per cui *"Al fine di assicurare il necessario raccordo tra le organizzazioni stipulanti i contratti nazionali e le rappresentanze aziendali titolari delle deleghe assegnate dai contratti medesimi, la composizione delle rappresentanze deriva per 2/3 da elezione da parte di tutti i lavoratori e per 1/3 da designazione o elezione da parte delle organizzazioni stipulanti il CCNL, che hanno presentato liste, in proporzione ai voti ottenuti"* (Punto 2, Assetti contrattuali, Rappresentanze sindacali, lett. a); sia la regola della titolarità contrattuale congiunta, per cui *"la legittimazione a negoziare al secondo livello le materie oggetto di rinvio da parte del CCNL è riconosciuta alle rappresentanze sindacali unitarie ed alle*

organizzazioni sindacali territoriali dei lavoratori aderenti alle organizzazioni stipulanti il medesimo CCNL, secondo le modalità determinate dal CCNL” (Punto 2, Assetti contrattuali, Rappresentanze sindacali, lett. e).

Due correttivi non senza inconvenienti, perché la regola del “terzo riservato” si sarebbe rivelata tale da assicurare in partenza alle Federazioni aderenti a Cgil, Cisl e Uil una prevalenza *a priori* nelle rsu, sì da essere considerata contraddittoria rispetto allo stesso ricorso alle elezioni; mentre quella della titolarità contrattuale congiunta si sarebbe svelata tale da rendere difficile la conta della maggioranza rilevante, perché se per le Rsu poteva essere quella dei componenti, per le organizzazioni sindacali territoriali non poteva altrettanto semplicemente essere quella delle sigle.

Tutti nodi destinati a venire al pettine. Ma importa qui sottolineare come il Protocollo si facesse carico anche dell’efficacia della contrattazione, peraltro con la piena consapevolezza di non poter assicurare una estensione *ultra partes*, sì da dover sollecitare una legge in tal senso, articolandola a seconda del livello sul presupposto implicito di una certa interpretazione dell’art. 39, co. 2 ss. Cost. Così, per i contratti collettivi aziendali, che erano considerati estranei all’ambito coperto dall’art. 39 co. 4 Cost., si auspicava *“una generalizzazione dell’efficacia soggettiva dei contratti collettivi aziendali che siano espressione della maggioranza dei lavoratori, nonché alla eliminazione delle norme legislative in contrasto con tali principi”*; e per certi contratti collettivi nazionali, che non erano ritenuti estranei a tale ambito, ma comunque giustificati socialmente, si dava atto dell’impegno del Governo *“ad emanare un apposito provvedimento legislativo inteso a garantire l’efficacia “erga omnes” nei settori produttivi dove essa appaia necessaria al fine di normalizzare le condizioni concorrenziali delle aziende”* (Punto 2. Assetti contrattuali, Rappresentanze sindacali, lett. f).

5. (Segue): l’Accordo interconfederale sulle Rsu 1 dicembre 1993.

Se il Protocollo del 23 luglio 1993 si limitava a riconoscere le Rsu elettive da parte delle organizzazioni stipulanti, cioè di Cgil, Cisl e Uil, il successivo Accordo interconfederale fra Confindustria e le tre Confederazioni sulle Rsu del 1 dicembre 1993 si spingeva oltre, coll’attribuire l’iniziativa a costituire le Rsu sia alle associazioni sindacali stipulanti il Ccnl, sia ad altre organizzazioni costituite in associazioni con propri statuti che aderissero all’accordo e fossero in grado di presentare liste sostenute dal 5% degli aventi diritto al voto.

Il fatto è che le Confederazioni intendevano così recuperare l’*intentio* genuina della politica promozionale del Tit. III dello Statuto, che le vedeva come le vere beneficiarie, col sovrapporre al sistema legale uno loro convenzionale. Un sistema, quest’ultimo, che appariva “chiuso” con riguardo al suo regolamento, dato che doveva essere condiviso in modo totale ed incondizionato, con l’impegno contestuale a non avvalersi comunque dell’art. 19 St., in forza della c.d. clausola di salvaguardia, per cui le *“organizzazioni sindacali dotate dei requisiti di cui all’art. 19, L. 20 maggio 1970, n. 300, che siano firmatarie del presente accordo o, comunque, aderiscano alla disciplina in esso contenuta, partecipando alla procedura di elezione delle r.s.u., rinunciano formalmente ed espressamente a costituire Rsa ai sensi della norma sopra menzionata”*.

Ma risultava relativamente “aperto”, con rispetto allo stesso accesso, perché esteso, oltre che alle associazioni sindacali firmatarie del Protocollo o comunque del Ccnl applicato nell’unità produttiva, che avevano titolo a far ricorso all’art. 19 St.; anche a quelle che non l’avevano, purché,

provviste di propri statuti e atti costitutivi, accettassero il regolamento predisposto dal Protocollo e fossero in grado di presentare le loro liste con firme pari al 5% degli aventi diritto al voto.

Il coordinamento soggettivo del sistema da parte delle associazioni sindacali firmatarie del Ccnl, già assicurato dalla regola del terzo riservato e dalla titolarità congiunta della contrattazione previste dal Protocollo del luglio 1993, veniva rafforzato dalla legittimazione a costituire e a eleggere le Rsu; nonché dalla conservazione di una quota minore dei diritti di cui al Tit. III St. destinati ad essere trasferiti alle Rsu, quali *“a) diritto a indire singolarmente o congiuntamente l’assemblea dei lavoratori durante l’orario di lavoro, per 3 delle 10 ore annue retribuite, spettanti a ciascun lavoratore ex articolo 20, Legge n. 300/1970; b) diritto ai permessi non retribuiti, di cui all’articolo 24, Legge n. 300/1970; c) diritto di affissione di cui all’articolo 25, Legge 300/1970”* (Parte prima, Diritti, permessi ecc., ultimo paragrafo).

Naturalmente il sistema era efficace nell’ambito coperto dalla Confindustria, corresponsabilizzata su quella materia delle rappresentanze sindacali aziendali prima gelosamente riservata all’auto-regolamentazione sindacale, proprio per garantire la presenza delle Rsu nelle aziende ad essa associate. Ma, *more solito*, quello con la Confindustria serviva come accordo-guida, che la stessa doveva farsi carico di estendere ad altre confederazioni sindacali per adesione (per mezzo della firma della stessa intesa) ovvero per ricezione autonoma (per tramite della sottoscrizione di altra intesa distinta e anche in qualche parte differenziata) che Cgil, Cisl, Uil dovevano riprodurre con altre confederazioni datoriali. Il che, però, lasciava aperto un duplice problema destinato a riprodursi in futuro: come avrebbe dovuto aver luogo l’adesione al sistema; e, soprattutto, come avrebbe potuto la ricezione autonoma convenuta fra Confindustria e altre sigle sindacali, nonché fra Cgil, Cisl e Uil e altre Confederazioni datoriali dar luogo ad un sistema unitario.

Il che, però, non solo lasciava fuori l’area non coperta dall’associazionismo imprenditoriale, che, peraltro, coincideva in misura percentualmente maggiore con le unità produttive al di sotto dei sedici dipendenti non ricomprese; ma restava condizionato dalla capacità di influenza delle stesse confederazioni datoriali rispetto alle singole Federazioni ed aziende. E lo stesso poteva dirsi per Cgil, Cisl, Uil, costrette a contare sulla cooperazione delle Federazioni di categoria chiamate a completare la stessa disciplina interconfederale, in vista di una tempestiva e uniforme generalizzazione delle Rsu.

Visto *a posteriori*, questo sistema, destinato a costituire il referente obbligato di ogni successivo aggiornamento, era costruito su un presupposto implicito, ma essenziale, quello di un rapporto unitario fra Cgil, Cisl, Uil, tale da rendere accettabile quel *“trentanovismo”* aziendale costituito da una Rsu elettiva, se pur con la correzione del *“terzo riservato”*. Venuto meno tale rapporto unitario, non sarebbe stato certo sufficiente ad evitare il rischio di decisioni prese per *“componenti”* sindacali il generico rinvio lasciato privo di riscontro per cui *“Le decisioni relative a materie di competenza delle Rsu sono assunte dalle stesse in base ai criteri previsti da intese definite dalle organizzazioni sindacali dei lavoratori stipulanti il presente accordo”* (Parte prima, Decisioni); né sarebbe stato sufficiente ad impedire il ritorno di un sindacato alla Rsa l’inserimento della c.d. clausola di salvaguardia.

Di certo il lascito del Protocollo e del relativo Accordo interconfederale, confermato col passare del tempo, era quello di uno spostamento dell’equilibrio del sistema dal centro alla periferia, riconducibile non ad un decentramento formale del sistema contrattuale, che anzi veniva ripreso e definito come rigidamente articolato; ma al riconoscimento consensuale delle Rsu, che, pur

soggette al rischio di essere risucchiate dalle organizzazioni sindacali presentatrici delle liste e beneficiarie della regola del terzo riservato, restavano pur sempre esposte alla pressione della loro base elettorale.

6. I tre referendum abrogativi del 1995.

Solo che da lì a poco si sarebbe visto di quanto poco consenso godessero le tre grandi Confederazioni, dopo che Corte cost. 11 gennaio 1994, n. 1, aveva dato semaforo verde a tre referendum abrogativi riguardanti gli stessi accreditamenti legislativi della loro rappresentatività: un primo attinente all'art. 47 del d.lgs. n. 29/1993; ed altri due concernenti l'art. 19 della l. n. 300/1970, con un quesito "massimale", teso a cancellare entrambe le lett. a) e b) ed uno "minimale", inteso a eliminare la lett. a) e a mantenere la lett. b), ma epurata della espressione "nazionali o provinciali". Le cifre uscite dalla consultazione dell'11 giugno 1995 parlano da sole, dato che, con percentuali di votanti di poco superiori al 57%, l'art. 47 è stato cassato con il 64,70%; mentre l'art. 19 St. si è salvato di misura dal quesito "massimale", col 50,03% di no, ma è sì è visto amputato dal quesito "minimale", col 62,10% di sì.

6.1 L'abrogazione dell'art. 47 d.lgs. n. 29/1993.

L'abrogazione totale dell'art. 47 del d.lgs. n. 29/1993 creava un vuoto che avrebbe bloccato il funzionamento dell'intero sistema, se il legislatore non fosse da ultimo intervenuto a riempirlo a seguito della l.d. 15 marzo 1997, n. 59, modificando ulteriormente il testo originario di quel decreto, coi dd.lgs. 4 novembre 1997, n. 396 e 31 marzo 1998, n. 80, seguiti dall'Accordo quadro fra Aran e Cgil/Cisl/Uil sulle Rsu 7 agosto 1998. Presentato con un previo richiamo allo Statuto, quasi ne rappresentasse un mero sviluppo, il nuovo modello costituiva un adattamento del precedente di cui al d.lgs. n. 29/1993, peraltro messo a punto sotto l'influsso del Protocollo del 23 luglio 1993 e del successivo Accordo interconfederale sulle Rsu del 1 dicembre dello stesso anno.

Come risposta al pollice verso del corpo elettorale, il primo passo era costituito dal passaggio da una rappresentatività "presunta" ad una "effettiva". Dato che, come visto, tale rappresentanza "effettiva" non poteva derivare dalla partecipazione ad una contrattazione collettiva di cui doveva viceversa costituire la preconditione, col selezionare le organizzazioni sindacali legittimate a condurla; dato questo, occorreva recuperare le grandezze considerate da quell'art. 8 del d.p.r. n. 395/1988, cui rinviava l'abrogato art. 47, cioè deleghe e risultanze elettorali, rimettendole non più ad una valutazione qualitativa, bensì ad una misurazione quantitativa ancorata alla presenza di base.

Era inevitabile tener presente il modello adottato qualche anno prima per il settore privato, senza peraltro contemplare alcuna c.d. clausola di salvaguardia, visto che qui la fonte non era un accordo confederale, ma la stessa legge, da cui non era assolutamente possibile chiamarsi fuori. Così il d.lgs. n. 396/1997 contemplava la costituzione di organismi di rappresentanza unitaria del personale in ogni unità amministrativa con più di quindici dipendenti da parte delle organizzazioni sindacali rappresentative ai sensi dello stesso decreto; ed estendeva la possibilità di presentare liste elettorali anche ad altre organizzazioni sindacali, purché fossero costituite in associazioni con propri statuti e condividessero il regolamento concordato per l'elezione ed il funzionamento di tali organismi, senza peraltro richiedere una certa percentuale di firme, a meno che non fosse prevista per tutte le "organizzazioni promotrici", nella misura del 3% o del 2% dei lavoratori occupati.

E se il modello introdotto dal Protocollo del 23 luglio e dall'Accordo interconfederale del 1 dicembre 1993 - che aveva a suo referente l'art. 19 St. - si esauriva nella elezione delle Rsu al posto delle Rsa; quello del d.lgs. n. 396/1997 - che aveva a suo precedente il testo originario del d.lgs. n. 29/1993 - si doveva necessariamente proiettare dalla elezione delle Rsu alla rappresentatività "effettiva", rilevante per l'ammissione alla trattativa e per l'efficacia della contrattazione collettiva nazionale.

La contrattazione collettiva nazionale era riservata alle *"organizzazioni sindacali che abbiano nel comparto o nell'area una rappresentatività non inferiore al 5 per cento, considerando a tal fine la media fra il dato associativo e il dato elettorale. Il dato associativo è espresso dalla percentuale delle deleghe per il versamento dei contributi sindacali rispetto al totale delle deleghe rilasciate nell'ambito considerato. Il dato elettorale è espresso dalla percentuale dei voti ottenuti nelle elezioni delle rappresentanze unitarie del personale, rispetto al totale dei voti espressi nell'ambito considerato"* (ora art. 43, co. 1 d.lgs. n. 165/2001). E l'Aran era legittimata a procedere alla relativa sottoscrizione, solo previa verifica *"che le organizzazioni sindacali che aderiscono all'ipotesi di accordo rappresentino nel loro complesso almeno il 51 per cento come media tra dato associativo e dato elettorale nel comparto o nell'area contrattuale, o almeno il 60 per cento del dato elettorale nel medesimo ambito"* (ora art. 43, co. 3 d.lgs. n. 165/2001).

Anche qui si presentava il problema del coordinamento soggettivo di un sistema contrattuale articolato; se pur attenuato rispetto al settore privato, dato che il coordinamento oggettivo, tramite le clausole di specializzazione e di rinvio, poteva contare su un effetto reale, garantito da un controllo interno ed esterno. Così, se pur non veniva mutuata dal Protocollo del luglio 1993 la clausola del "terzo riservato" a favore delle organizzazioni sindacali firmatarie dei contratti nazionali applicati; pur tuttavia neanche veniva rilasciata carta bianca alle Rsu. A' sensi del d.lgs. n. 396/1997, toccava ad appositi accordi fra l'Aran e le organizzazioni sindacali rappresentative non solo regolare la composizione e l'elezione delle Rsu, ma disciplinare le modalità di esercizio dei diritti di informazione e di partecipazione previsti dalla legge e dalla contrattazione collettiva; nonché prevedere l'integrazione delle stesse Rsu con rappresentanti delle organizzazioni sindacali firmatarie del contratto nazionale in sede di negoziato integrativo, come, d'altronde, ripreso e confermato dal citato accordo quadro 7 agosto 1998.

Inoltre, come già avvenuto nel privato, veniva mantenuto uno spazio operativo alle organizzazioni sindacali ammesse alla contrattazione collettiva nazionale; qui col riconoscimento esplicito del diritto a costituire Rsa nelle stesse unità amministrative presidiate dalle Rsu, con la conservazione di una quota minore dei diritti sindacali di cui al Tit. III dello Statuto, cioè quelli degli artt. 23, 24 e 30 dello Statuto, sì da farle coesistere entrambe, ma con un rapporto di forza tutto a favore delle Rsu per la legittimazione elettorale ricevuta, la agibilità operativa assicurata, la capacità negoziale esercitata.

Di sicuro il legato del passaggio dalla prima alla seconda fase della c.d. privatizzazione, in forza della l.d. n. 59/1997, destinato ad essere confortato col trascorrere del tempo, era quello di un progressivo decentramento del sistema, dall'accordo quadro al contratto nazionale, dal contratto nazionale ad un contratto integrativo restituito ad un ruolo più ampio e significativo. Fenomeno, questo, accompagnato dal contestuale ridimensionamento delle confederazioni *vis-à-vis* delle federazioni, legittimate non più per se stesse, ma per l'adesione di federazioni rappresentative; e delle stesse federazioni *vis-à-vis* delle istanze di base, costituite non più da rappresentanze definite dalla stessa contrattazione nazionale, ma da Rsu totalmente elettive.

6.2 L'abrogazione dell'art. 19 della l. n. 300/1970.

L'abrogazione parziale dell'art. 19 St. non era destinata ad avere a breve alcun effetto conforme all'intento di chi aveva proposto il quesito "minimale" poi confortato dal consenso popolare; anzi, semmai, contrario, almeno con riguardo a Cgil, Cisl ed Uil. Una volta eliminata la lett. a), che così come interpretata dalla giurisprudenza era ormai tale da ospitare anche organizzazioni aderenti a confederazioni dall'assai discutibile maggiore rappresentatività, restava la lett. b) che legittimava quelle sole che avessero previamente sottoscritto contratti collettivi applicati nelle unità produttive interessate, cosa affatto scontata per le Federazioni targate Cgil, Cisl, Uil, ma non altrettanto per altre organizzazioni sindacali. Tant'è che la giurisprudenza costituzionale sulla residua lett. b) sarà attivata proprio da organizzazioni sindacali c.d. autonome, escluse dalla contrattazione collettiva, in forza di una regola del reciproco riconoscimento, applicata di massima a favore delle sole parti sociali "storiche".

L'eliminazione della lett. a) dell'art. 19 St. certificava il venir meno di quell'intento perseguito della politica promozionale di cui al Tit. III dello Statuto, cioè di permettere a quelle confederazioni destinate ad esserne le effettive beneficiarie, Cgil/Cisl/Uil, di recuperare una presa su una mobilitazione di base altamente conflittuale tramite una loro presenza nei luoghi di lavoro imposta ed assistita in forza di legge, sì da razionalizzarla e convogliarla a favore delle riforme in tema di fisco, casa, pensioni.

Un intento, questo, che la stessa Corte aveva a suo tempo apprezzato, per poi dover prendere atto dell'essere stata la lett. a) diluita dalla giurisprudenza ordinaria fino ad attenuarne di molto la portata selettiva; e del restare comunque espressiva di una rappresentatività "presunta" calata dall'alto, non più rispondente alla crescente domanda di una rappresentatività "effettiva", espressa dal basso, che la stessa lett. b) non era in grado di soddisfare. Tanto che nella sent. n. 30/1990 aveva sì sostenuto che l'art. 19 St. fosse norma strettamente permissiva, sì da impedire che la rappresentatività potesse essere riconosciuta al di fuori delle sue lett. a) e b); ma aveva ammesso trattarsi di norma resa obsoleta dall'evoluzione dei tempi, tale da richiedere una correzione legislativa ispirata *"alla valorizzazione dell'effettivo consenso come metro di democrazia anche nell'ambito dei rapporti tra lavoratori e sindacati"*.

E il perdurante silenzio legislativo doveva giocare un ruolo determinante nel convincere la Corte a superare il suo tradizionale *horror vacui*, col dar semaforo verde anche ad un quesito come quello "massimale", che, se accolto, avrebbe permesso a qualunque soggetto collettivo l'accesso al Tit. III dello Statuto. Peraltro, una volta passato il quesito "minimale", la Corte, si sarebbe trovata di fronte ad una duplice sfida, affrontata con una qual certa pragmatica sufficienza, tale da non risolverla, ma lasciarla aperta per il futuro.

La prima sfida era offerta dalla capacità espansiva manifestata dalla formula di "confederazione maggiormente rappresentativa" di cui alla lett. a), sì da essere utilizzata in una legislazione promozionale proiettata ben al di là della mera costituzione di rsa, cioè tale da attribuire la facoltà di condurre una contrattazione integrativa della stessa legge in materia di accordi di solidarietà e di selezione dei lavoratori licenziabili (d.l. n. 726/1984, art. 1, co. 1, art. 2, co. 1, art. 3, co. 3; l. n. 223/1991, art. 5, co. 1) o riconoscere la possibilità di avere un'informazione preventiva in tema di trasferimento d'azienda e di ricorso alla mobilità (l. n. 428/1990, art. 47; l. n. 223/1991, art. 4, co. 2). E così Corte cost. n. 244/1996 dirà che la "maggior rappresentatività" era stata espulsa dall'art. 19 St., tramite l'abrogazione della sua lett. a), ma non dall'ordinamento, dove permaneva

in ragione della legislazione che volta a volta la richiamava, secondo la nozione messa a punto dalla giurisprudenza ordinaria, da lei riassunta come data “*oltre che dall’effettività dell’azione sindacale, dalla loro articolazione a livello nazionale e dai caratteri di intercategorialità e pluricategorialità*”.

La seconda sfida era costituita dalla sua precedente giurisprudenza, cioè da quella Corte cost. n. 30/1990 con cui aveva difeso la costituzionalità della lett. b) nella sua versione pre-referendaria, coll’escludere che la rappresentatività deducibile dalla sottoscrizione di un contratto collettivo nazionale o provinciale fosse da ritenersi *octroyée*, cioè rimessa al mero accreditamento del singolo datore di lavoro, perché manifestazione di una “*efficienza contrattuale almeno a livello locale*”.

Sicché la Corte sarà obbligata a ritornare su se stessa, per sostenere la legittimità della lett. b) nella sua versione post-referendaria, col negare che la rappresentatività riconducibile alla firma di un contratto anche solo aziendale fosse da ritenersi *octroyée*, perché, se la firma del sindacato era preceduta da una “*partecipazione attiva al processo di formazione*” ed era apposta ad “*un contratto normativo*”, ciò dava pur sempre testimonianza di una “*capacità del sindacato di imporsi al datore di lavoro*” (Corte cost. n. 244/1996); e, comunque, fosse da considerarsi “*coatta*”, perché se la sottoscrizione del sindacato era dovuta a pena di perdere o di non ottenere la propria *rsa*, questo costituiva solo un “*fattore del calcolo dei costi-benefici che esso, come ogni contraente, deve compiere per valutare la convenienza di stipulare o no il contratto a quelle condizioni*” (Corte cost. n. 345/1996).

Come detto, una duplice sfida lasciata aperta per il futuro. La sopravvivenza assicurata alla formula di “*confederazione maggiormente rappresentativa*” dopo l’abrogazione dell’art. 19, lett. a) St., come nozione adottata dall’ordinamento, non avrebbe trovato conferma nella legislazione successiva, la quale le preferirà l’altra di “*associazione comparativamente più rappresentativa*” per una contrattazione c.d. delegata sempre più diffusa ed incisiva, proprio in ragione di quella discontinuità richiesta da un sistema non più controllabile da un oligopolio esercitato dal centro da Cgil, Cisl, Uil: se si trattava pur sempre di una rappresentatività presunta, la prima era assoluta, nonché declinata a livello confederale; mentre la seconda era comparativa, nonché declinata a qualsiasi livello, preferibilmente nazionale e territoriale.

A sua volta, la difesa ad oltranza di una interpretazione dell’art. 19, lett. b) St., che considerava necessaria ma non sufficiente una partecipazione attiva non seguita dalla sottoscrizione, non avrebbe retto alla prova di una crisi dell’unità sindacale destinata a trovare la sua massima espressione nella vicenda Fiat.

7. L’approccio unitario espresso dalle Linee di riforma della struttura della contrattazione 12 maggio 2008.

Il processo iniziato in quel fatidico 1993, col d.lgs. n. 29 del marzo ed il Protocollo del luglio si potrà considerare esaurito con la fine del decennio ‘90, quando si manifesterà l’effetto di un duplice cambiamento, destinato a divenire sempre più critico nel primo scorcio del nuovo secolo: il passaggio dalla Prima alla Seconda Repubblica, che condurrà ad una forte polarizzazione della dialettica partitica, con una alternanza alla guida del Paese, radicalizzata dalla vicenda giudiziaria del leader del centro-destra; l’ingresso nell’Euro, che costringerà ad una rigida gestione economica, con una ricaduta sulla situazione sociale, aggravata dalla crisi finanziaria mondiale.

L'alternanza nel Governo sarà segnata da una discontinuità nella politica perseguita con riguardo alla parte assegnata alle grandi confederazioni, alla opportunità di una legge sindacale, alla declinazione della *flexisecurity*: la concertazione, l'interventismo legislativo, la sicurezza caratterizzavano il centro-sinistra; il dialogo sociale, l'astensionismo legislativo, la flessibilità contrassegnavano il centro-destra. Una discontinuità, peraltro, assai più forte nella formulazione propagandistica che nella pratica effettiva, data la progressiva riduzione dell'area di manovra lasciata alla politica nazionale dalla Ue ed in particolare dalla Bce, sì da costringere centro-sinistra e centro destra ad una convergente politica di *austerità*, tanto da far sospettare la fine non solo ideologica ma anche programmatica della classica distinzione fra "sinistra" e "destra".

Certo è che l'inizio del secolo assiste a una crescente crisi dell'unità di azione sindacale, con una rivendica da parte loro delle rispettive identità originarie, le quali si manifestano già nelle posizioni da assumere nei confronti dei Governi in carica ancor prima che nelle rivendicazioni specifiche, con la Cgil certo più sensibile di Cisl e Uil alla loro coloritura politica. Così essa non firmerà il Patto per l'Italia del luglio 2002 con il secondo Governo Berlusconi, adottando come scusante fondamentale l'inclusione di una deroga temporanea e sperimentale all'art. 18 St.; mentre sottoscriverà il Protocollo *Welfare* del 23 luglio 2007 con il secondo Governo Prodi.

La crisi dell'unità sindacale si manifesterà soprattutto nella riforma del sistema contrattuale definito dal Protocollo del luglio 1993. Ciò non toglie che l'avvio sarà comune, costituito da quelle "Linee di riforma della struttura della contrattazione, piattaforma approvata dagli esecutivi nazionali Cgil, Cisl, Uil il 12 maggio 2008", poi rimesse all'applicazione delle Federazioni di categoria, con in vista l'apertura di un tavolo triangolare per la tutela del reddito dei lavoratori tramite un *welfare* solidaristico ed efficiente ed un sistema contrattuale articolato su due livelli complementari ed interdipendenti.

Sotto attacco restava lo stesso elemento portante del Protocollo del luglio '93, cui era dovuto per consenso quasi unanime il rientro da una spirale inflazionistica incompatibile con l'ingresso nell'Euro, cioè l'aver correlato la dinamica retributiva all'inflazione programmata. Ma ciò non senza un crescente costo per i sindacati, costretti a prendere atto di quella inflazione programmata decisa dal Governo senza alcuna previa concertazione; ed in particolare per i lavoratori, condannati a perdere in tutto od in parte la maggiore inflazione effettiva. Da qui la proposta di recuperare una "*inflazione realisticamente prevedibile supportata da parametri ufficiali di riferimento, a livello del Cnel quali il deflattore dei consumi interni o l'indice armonizzato europeo corretto con il peso dei mutui*", con la conseguente previsione di un unico rinnovo triennale, al tempo stesso economico e normativo.

Il nuovo meccanismo di adeguamento del potere di acquisto era destinato ovviamente a valere per il settore pubblico e privato. Ma il resto del documento appariva costruito a misura del privato, con quel mero e semplice applicare al pubblico "*regole analoghe ... attraverso opportuni interventi di delegificazione*", che risultava non solo generico, ma anche anacronistico. Di fatto, se l'ultimo decennio del secolo scorso aveva visto un progressivo avvicinamento dell'impiego pubblico al lavoro privato con un significativo crescendo della c.d. privatizzazione dalla prima fase della l.d. n. 421/1992 alla fase della l.d. n. 59/1997; il primo decennio di questo assisterà ad un costante allontanamento in ragione di un duplice processo normativo: sul fronte dell'impiego pubblico, una rilevante perdita di controllo sulla contrattazione collettiva, nazionale ma soprattutto integrativa, ritenuta capace di far saltare le limitazioni poste a salvaguardia dei poteri dirigenziali e dei limiti finanziari, giustificherà una ri-legificazione che sarà portata a sistema con la

c.d. riforma Brunetta; sul fronte del lavoro privato, una pressante domanda di flessibilità in entrata ed in uscita, considerata idonea a far lievitare le offerte di lavoro, legittimerà l'emanazione di una disciplina costruita a sua esclusiva misura che sarà condotta a completezza con la c.d. riforma Fornero.

Restava sostanzialmente immutata la distribuzione dei ruoli fra primo e secondo livello, sì da non lasciare trasparire il rinfocolato conflitto fra Cgil e Cisl circa il rapporto fra contratto di categoria e contratto aziendale, peraltro incentivato da un intervento di decontribuzione e detassazione del c.d. salario di produttività, secondo un auspicio già contenuto nel Protocollo del luglio 1993 e recepito dal Protocollo del 23 luglio 2007. Ma se mancava qualsiasi parola esplicita circa l'efficacia dello stesso contratto di categoria, che qualcosa si muovesse riusciva evidente dalla prefigurazione di una disciplina della rappresentatività modellata su quella del settore pubblico, tale da fondare e giustificare l'espansione della regola collettiva oltre i confini della rappresentanza. Così, una volta confermato *“per il settore pubblico l'Accordo collettivo quadro del 7 agosto 1998 e la vigente legge sulla rappresentanza”*, si prevedeva che per il settore privato *“la base della certificazione sono i dati associativi, riferiti di norma alle deleghe, come possono essere numericamente rilevati dall'INPS, prevedendo un'apposita sezione nelle dichiarazioni aziendali del DM10, e trasmessi complessivamente al CNEL, nonché i consensi elettorali risultanti ai verbali elettorali delle RSU, che andranno generalizzate dappertutto, come già regolamentate dall'Accordo interconfederale del 1 dicembre 1993 e dai CCNL, trasmessi dalle Confederazioni allo stesso CNEL”*.

Era una anticipazione destinata ad essere recuperata dopo la ripresa di quell'unità sindacale che, rotta con l'Accordo quadro del 22 gennaio 2009, sarà ricostituita con l'Accordo interconfederale del 28 giugno 2011. Se qui c'era *in fieri* una rappresentatività basata sulla formula mista associativa/elettiva propria del settore pubblico, con la contestuale previsione di una procedura di raccolta e certificazione dei dati costruita a misura di quello privato, mancava ancora l'individuazione di una soglia percentuale. E, comunque, una tale rappresentatività sembrava sì destinata a rilevare per legittimazione negoziale agli occhi della controparte; ma non esauriva di per sé la domanda di *“democrazia sindacale”*, tanto da esser prevista una complessa *“procedura”* che coinvolgesse passo a passo lavoratori e pensionati nella gestione della trattativa: oltre alla consultazione sulle piattaforme predisposte unitariamente, anche la costante sorveglianza sui percorsi negoziali tramite verifiche degli iscritti e assemblee aperte a tutti, nonché la votazione certificata sulle ipotesi di accordo.

8. Il dissenso manifestato dagli Accordi “separati”: l'Accordo quadro di riforma degli assetti contrattuali 22 gennaio 2009.

La rottura dell'unità sindacale emergerà con tutta la sua forza con l'Accordo quadro di riforma degli assetti contrattuali del 22 gennaio 2009, siglato dal Governo, dalla Confindustria, dalla Cisl e dalla Uil, ma non dalla Cgil. La presa di distanza da parte della Cgil riguardava sostanzialmente due questioni, caratterizzanti la sua identità ancor prima della sua strategia: la nuova modalità di calcolo dell'inflazione da assumere a referente per la dinamica retributiva di una contrattazione collettiva di categoria restituita ad una cadenza triennale unica per la parte economica e normativa; e la relazione fra contrattazione collettiva di primo e di secondo livello.

Quanto alla prima questione, secondo quanto già previsto dalle Linee di riforma della struttura della contrattazione del 12 maggio 2008, si sostituiva il tasso di inflazione programmata con un *“indice previsionale costruito sulla base dell'IPCA (l'indice dei prezzi al consumo armonizzato in*

ambito europeo per l'Italia”, rimettendone l’*“elaborazione ...ad un soggetto terzo”*, con conseguente introduzione di una contrattazione di categoria economico-normativa a cadenza triennale; solo che questo *“indice previsionale”* veniva *“depurato dalla dinamica dei prezzi energetici importati”* (Punto 2), sconto, questo, considerato non accettabile dalla Cgil, perché tale da scaricare l’effetto di un fattore esterno imprevedibile ed incontrollabile sul livello del potere di acquisto, col rischio di penalizzarlo pesantemente.

Quanto, invece, alla seconda questione, si ribadiva la funzione della contrattazione di categoria *“di garantire la certezza dei trattamenti economici e normativi comuni per tutti i lavoratori del settore ovunque impiegati nel territorio nazionale”* (Punto 2). Ma, se anche si considerava la contrattazione di secondo livello, territoriale o aziendale, tenuta a rispettare di massima le clausole di rinvio e la regola del *ne bis in idem*, come tale esercitabile solo *“per le materie delegate, in tutto o in parte, dal contratto nazionale o dalla legge”* e, comunque, per *“materie ed istituti che non siano già stati negoziati in altri livelli di contrattazione”* (Punto 11); si prevedeva pur sempre che per *“il raggiungimento di specifiche intese per governare, direttamente nel territorio o in azienda, situazioni di crisi o per favorire lo sviluppo economico ed occupazionale, le specifiche intese potranno definire apposite procedure, modalità e condizioni per modificare, in tutto o in parte, anche in via sperimentale e temporanea, singoli istituti economici e normativi dei contratti collettivi nazionali di lavoro di categoria”* (Punto 16); formula questa ritenuta non condivisibile dalla Cgil, perché tale da poter avere una ricaduta negativa sulla stessa compattezza e tenuta della disciplina di categoria. Ritornava qui la storica contrapposizione fra Cisl e Cgil, con le due Confederazioni convinte di poter trarre conferme alle rispettive tesi tradizionali dallo stesso evolversi della crisi: per la Cgil, la *“chiusura”* a favore di una contrattazione collettiva, capace di garantire una sufficiente ed uniforme disciplina economico-normativa; per la Cisl, l’*“apertura”* a pro di una contrattazione aziendale, idonea ad assicurare una flessibilità organizzativa richiesta dall’impresa per svilupparsi o addirittura sopravvivere, senza peraltro escludere una qualche copertura aggiuntiva anche per quella che, pur soggetta alla contrattazione nazionale, fosse priva dell’aziendale, con l’applicarle *“elementi economici di garanzia o forme analoghe”*, ulteriori rispetto ai trattamenti tabellari (Punto 15).

Restava, invece, al margine una terza questione, peraltro destinata di lì a breve ad occupare l’intera scena, dato che si limitava a prevedere l’emanazione entro tre mesi delle *“nuove regole in materia di rappresentanza delle parti nella contrattazione collettiva valutando le diverse ipotesi che possono essere adottate con accordo, ivi comprese la certificazione all’INPS dei dati di iscrizione sindacale”* (Punto 17). Peraltro, con una percepibile presa di distanza dalle Linee di riforma della struttura della contrattazione del 12 maggio 2008, certo dettata dalla tradizionale preferenza cislina per il primato della dimensione associativa: mentre, là, nelle Linee, si era parlato di *“rappresentanza/rappresentatività”*, tenendo presenti *“i dati associativi ... nonché i consensi elettorali”*; qui, nell’Accordo si parlava di *“rappresentanza”*, tenendo esplicitamente conto dei soli *“dati di iscrizione sindacale”*.

9. (Segue): l’Accordo interconfederale 15 aprile 2009.

Se l’Accordo quadro si presentava con *“con carattere sperimentale e di durata quadriennale”*, senza rimettere in forse esplicitamente il Protocollo del luglio 1993, il successivo Accordo interconfederale 15 aprile 2009, per la sua attuazione, dichiarava *apertis verbis* che il nuovo sistema *“sostituisce le regole già definite nel paragrafo ‘2. Assetti contrattuali’ del Protocollo sottoscritto*

fra Governo e parti sociali il 23 luglio 1993” (Premessa, par. 5), facendolo decorrere dal 15 aprile 2009 al 15 aprile 2013, con la previsione che tutti i contratti di primo e secondo livello in scadenza dopo il 15 aprile 2009 avrebbero dovuto essere rinnovati a’ sensi dello stesso Accordo (Disposizioni transitorie). Il che dava formalmente vita alla coesistenza di un doppio sistema, già complicato di per se solo, se pure tutti i contratti in scadenza oltre quella data fossero stati rinnovati allo spirare della loro durata così come prevista; ma ancor più se lo fossero stati anticipatamente, come appunto l’ipotesi di accordo per il rinnovo del Ccnl per l’industria metalmeccanica privata, firmato il 15 ottobre 2009, da Federmeccanica e da Fim-Cisl e Uilm-Uil.

Non è qui la sede per soffermarsi sulla articolata disciplina prevista dall’Accordo attuativo, se non per dare atto della sua sostanziale conformità all’Accordo che lo aveva preceduto, sviluppandone in dettaglio l’introduzione dell’IPCA *“depurato dalla dinamica dei prezzi energetici importati”* per una contrattazione collettiva economico-normativa triennale (Punto 2) e la previsione di *“specifiche intese”* modificative di *“singoli istituti economici o normativi dei contratti collettivi nazionali di categoria”* (Punto 5). Ma la preoccupazione di tenere sotto controllo una potenziale deriva derogatoria trovava espressione in una disciplina piuttosto rigida, per cui erano i contratti di categoria a poter consentire tali intese fra le istanze territoriali delle associazioni stipulanti sulla base di parametri oggettivi, fermo restando che sarebbero divenute efficaci solo dopo essere state approvate dalle associazioni nazionali.

Venivano, poi, riprese quasi alla lettera le disposizioni relative all’*“Elemento di garanzia retributiva”* per le aziende prive di contrattazione aziendale (Punto 4); e alla *“Rappresentanza delle parti nella contrattazione collettiva”*, ma qui con un’aggiunta significativa relativa al c.d. dovere di influenza, per cui *“le parti si impegnano a rispettare ed a far rispettare - nell’esercizio del cosiddetto potere d’influsso proprio delle organizzazioni di rappresentanza delle imprese e dei lavoratori - tutte le regole che liberamente sono definite in materia di contrattazione collettiva”* (Punto 7).

Nonostante tutto, però si dava per scontato che niente cambiasse la normale procedura per la contrattazione di secondo livello, sempre basata sulle Rsu, così riconfermate come l’unica rappresentanza sindacale di base, per cui le *“proposte di rinnovo ..., sottoscritte congiuntamente dalle rappresentanze sindacali unitarie costituite in azienda e dalle strutture territoriali delle organizzazioni sindacali stipulanti il contratto nazionale, devono essere presentate all’azienda e contestualmente all’Associazione industriale ...”* (Punto 3.5).

Il che metteva a nudo l’equivoco insito nel ritenere di poter cambiare la costituzione del sistema contrattuale, quale consacrata dal Protocollo del luglio 1993, sostituendola con un’altra, non condivisa dalla principale Confederazione, la Cgil, quindi non solo priva in partenza dell’efficacia e dell’effettività prodotte solo da una comune approvazione; ma addirittura capace di esercitare un’influenza disgregatrice sull’intero sistema, con un primo livello gestito da associazioni legittimate a concludere contratti *“separati”*; ed un secondo livello affidato congiuntamente a Rsu unitarie elettive e alle istanze territoriali delle associazioni stipulanti ... quei contratti.

Possibilità, questa, destinata a trovar presto conferma nella categoria metalmeccanica, con una contrapposizione radicale fra Fiom e Fim/Uilm, che dalla conclusione di contratti nazionali *“separati”* da parte della Fim/Uilm porterà alla *“vicenda Fiat”*.

10. La vicenda Fiat.

Dando applicazione all’Accordo del 15 aprile 2009, sei mesi dopo, Federmeccanica, Fim ed Uilm

siglavano l'ipotesi di accordo 15 ottobre 2009, che modificava il contratto nazionale del gennaio 2008, sottoscritto unitariamente da Fiom, Fim, Uilm. Solo che, secondo la "tempistica" di cui all'Accordo, l'ipotesi dell'ottobre 2009 prevedeva una decorrenza unica triennale, dal 1 gennaio 2010 al 31 dicembre 2012; mentre, stando alla "tempistica" di cui al Protocollo del '93, il Ccnl unitario del 2008 contemplava una durata distinta, biennale per la parte economica, fino al 31 dicembre 2009, e quadriennale per la parte normativa, fino al 31 dicembre 2011.

Ora, dato che l'entrata in vigore dell'ipotesi dell'ottobre 2009 era prevista per l'1 gennaio 2010, la difficoltà non riguardava tanto la parte economica del ccnl unitario del gennaio 2008, la cui scadenza biennale era al 31 dicembre 2009, cioè precedente quella data se pur di un solo giorno; quanto la parte normativa, la cui scadenza quadriennale era al 31 dicembre 2011, cioè successiva a quella data di ben un anno, sì da dar luogo ad una sovrapposizione temporale della nuova alla vecchia disciplina, peraltro sostituita solo parzialmente.

Ciò avrebbe rilanciato la questione relativa all'efficacia da riconoscersi ad accordi che non solo fossero separati, ma intervenissero a sostituirne altri conclusi unitariamente, tanto più se non ancora scaduti, che, però, avrebbe trovato da parte della giurisprudenza la stessa univoca risposta privatistica di sempre, cioè di un'efficacia limitata in base alla rappresentanza o all'adesione volontaria, sì da ridurre l'effettività di rinnovi contrattuali sottoscritti solo da alcuni sindacati confederali.

Ma se questa era una lezione di cui le Confederazioni avrebbero fatto tesoro in un prossimo futuro, per l'intanto a tener banco era la previsione di "*specifiche intese*" modificative di "*singoli istituti economici o normativi dei contratti collettivi nazionali di categoria*", introdotta dal Punto 16 dell'Accordo quadro del 22 gennaio e ripresa dal Punto 5 dell'Accordo interconfederale 15 aprile 2009, destinata a far da premessa alla vicenda Fiat. A conti fatti sarebbe stata sempre la grande casa automobilistica torinese ad accelerare una svolta definibile come storica, come nel 1980 con "la marcia dei quarantamila", ora più di allora pressata se non costretta da una concorrenza internazionale che ne metteva in discussione la stessa sopravvivenza, sì da vedersi a torto o a ragione messa di fronte all'alternativa estrema di uscire dal sistema confindustriale o uscire dal mercato.

Non è qui la sede per ricostruire un caso ormai ben noto per il gran parlare e scrivere che se n'è fatto, se non per segnalare l'intreccio stretto fra i protagonisti chiamati in gioco, peraltro quasi sempre condannati ad un recupero rivelatosi improvvisato e tardivo. Dopo l'Accordo di Pomigliano del 15 giugno 2010, da cui la Fiom si chiamava fuori, considerandolo in deroga della disciplina di cui al Ccnl unitario del gennaio 2008, Federmeccanica avrebbe inviato il 7 settembre 2010 alle controparti sindacali la disdetta/recesso da quel contratto, così da impedirne l'ultra-attività oltre la prevista scadenza del 31 dicembre 2011. E di lì a tre settimane, Federmeccanica, Fim e Uilm avrebbero sottoscritto l'Accordo nazionale 29 settembre 2010 col titolo significativo di "*Disco verde alle 'intese modificative' del contratto per lo sviluppo e contro la crisi*", contenente il regolamento categoriale della contrattazione in deroga previsto dal Punto 5 dell'Accordo interconfederale 15 Aprile 2009, sì da "sanare" a posteriori lo stesso Accordo di Pomigliano del 15 giugno 2010.

Too little, too late per una Fiat ormai decisa a liberarsi della presenza di una Fiom decisa a condurre una guerriglia interna contro il nuovo corso. Di lì ad un paio di mesi, la Fiat, la Fim e la Uilm firmavano l'Accordo di Mirafiori del 23 dicembre 2010, con cui veniva resa esplicita l'uscita della

stessa Fiat dal “*sistema confindustriale*”. Così si compiva la svolta dall’*industrial collective agreement* a doppio livello, al *company agreement* monolivello, con il varo di un sistema autonomo: provvisto di una sua propria legittimazione originaria data dalle consultazioni dei lavoratori che ne avevano accompagnato il faticoso travaglio; aperto alle sole associazioni sindacali aderenti, con l’inevitabile conseguenza di una sostituzione delle Rsu elettive con Rsa loro riservate, a’ sensi dell’interpretazione dell’art. 19, lett. b) post-referendum fatta propria dalla giurisprudenza costituzionale; reso esigibile con la previsione di apposite sanzioni.

Il lascito non sarà dato da un effetto imitativo tale da balcanizzare il “*sistema confindustriale*”, ma da un richiamo, così forte da essere vissuto come traumatico, ad un intervento che affrontasse il problema dell’efficacia e dell’esigibilità di una contrattazione collettiva resa più flessibile nella sua relazione fra primo e secondo livello. Un richiamo, questo, destinato ad essere raccolto dall’Accordo interconfederale fra Confindustria e Cgil, Cisl e Uil del 28 giugno 2011, non senza il timore che altrimenti lo potesse fare il legislatore.

11. Il recupero unitario (prima tappa): l’Accordo interconfederale 28 giugno 2011.

L’Accordo dava per risolta in pratica la questione posta al centro degli accordi separati del gennaio e dell’aprile 2009, data l’adozione generalizzata di un’unica scadenza triennale economica e normativa per la contrattazione di categoria, peraltro senza essere preceduta dalla prevista pre-terminazione dell’inflazione in base all’Ipca da parte di una autorità terza. Ed affrontava di petto l’altra questione rimasta al margine di tali accordi, quella della rappresentatività sindacale, coll’offerirne una disciplina che coniugava la normativa del settore pubblico e del settore privato, peraltro secondo una formula compromissoria imposta dalla ritrovata unità sindacale.

Emergeva dall’Accordo la convinzione che una auto-regolamentazione decisa dalle grandi Confederazioni fosse di per sé completa ed autosufficiente, sì da poter dar vita ad una contrattazione collettiva articolata sul classico doppio livello, col contratto collettivo nazionale rivestito della “*funzione di garantire la certezza dei trattamenti economici e normativi comuni per tutti i lavoratori del settore ovunque impiegati nel territorio nazionale*” (Punto 2); ed i contratti collettivi aziendali esercitabili per “*le materie delegate, in tutto o in parte dal contratto collettivo nazionale di lavoro o dalla legge*” (Punto 3) e per “*le parti economiche e normative efficaci per tutto il personale*” e vincolanti per “*tutte le associazioni sindacali, espressione delle Confederazioni firmatarie del presente accordo interconfederale*” (Punto 4), da incentivare per via di una politica governativa di decontribuzione e detassazione della retribuzione di produttività (Punto 8).

Si sapeva bene che non era in vigore per il settore privato alcun disposto normativo precedente, che avesse introdotto una efficacia *erga omnes*, come, invece, il d.lgs. n. 165/2001 per quello pubblico; ma ciò nonostante non si sollecitava o auspicava alcun intervento legislativo successivo, che comunque la introducesse, come, invece, nel Protocollo del 23 luglio 1993. Non si intendeva riferirsi ad un’efficacia “legale” garantita dall’ordinamento giuridico, come tale limitata in base al principio di rappresentanza; ma ad un’efficacia “fattuale”, assicurata dall’ordinamento intersindacale, come estesa potenzialmente a tutta la categoria o a tutta l’azienda in forza del criterio di effettività.

Si faceva affidamento sulla capacità delle tre grandi Confederazioni di assicurare alla contrattazione collettiva una tale efficacia, proprio tramite la recuperata unità d’azione che le rendeva capaci di dividerla con quelle datoriali, a cominciare dalla Confindustria, dotandola di quella

legittimazione politico-sindacale costituita dalla selezione delle parti stipulanti in base alla loro rappresentatività. Tanto che, proprio in apertura, veniva recuperata per la contrattazione di categoria la formula associativa/elettiva che le Linee di riforma della struttura della contrattazione 12 maggio 2008 avevano già mutuato dalla disciplina del settore pubblico; accompagnandola con la contestuale previsione di una procedura di raccolta delle deleghe e delle risultanze elettorali ad opera rispettivamente dell'Inps e del Cnel, cui toccava di effettuare la relativa ponderazione; ma, questa volta, diversamente da allora, anche completandola con la previsione dell'identica percentuale del 5% *"considerando a tal fine la media fra il dato associativo (iscrizioni certificate) ed il dato elettorale (percentuale dei voti ottenuti sui voti espressi)"* nelle elezioni delle Rsu (Punto 1).

Il che avrebbe dovuto contare su una generalizzazione delle Rsu, che, data per ovvia dal Protocollo del 23 luglio 1993 e dall'Accordo interconfederale del 1 dicembre 1993, risultava ancora sollecitata dalle Linee di riforma della struttura della contrattazione del 12 maggio 2008. Solo che qui non era più solo l'espressione di una rappresentanza di base costituita secondo l'elezione aperta all'intera forza lavoro occupata, tale da dotarla di per sé di indiscussa rappresentatività aziendale; ma, qui stava la novità, era anche la pre-condizione per calcolare la rappresentatività categoriale. Sicché si dava per scontata la presenza delle Rsu, che erano state *"elette secondo le regole interconfederali vigenti"*, riconfermando loro la titolarità di una contrattazione aziendale ad efficacia generale, da esercitare secondo la regola della maggioranza dei componenti, se pur almeno qui senza alcuna esplicita previsione di una presenza delle istanze territoriali delle organizzazioni sindacali partecipi della contrattazione di categoria (Punto 4).

Ma, al tempo stesso, non si chiudeva la porta alle Rsa, le quali di fatto continuavano ad esistere, non per mera inerzia, ma per scelta consapevole delle organizzazioni sindacali legittimate a costituirle a' sensi dell'art. 19 St. che non vi avevano mai rinunciato o vi erano ritornate nel corso delle crisi dell'unità sindacale. Peraltro, non si riprendeva la strada aperta dalla c.d. privatizzazione del pubblico impiego, di una convivenza fra Rsu "forti" e Rsa "deboli"; ma se ne percorreva una tutta propria, di una eventuale presenza delle Rsa, se non privilegiata certo tollerata, col prevedere che *"in caso di presenza delle rappresentanze sindacali aziendali costituite ex art. 19 della legge n. 300/70"*, venisse loro attribuita la titolarità di una contrattazione aziendale con efficacia generale, da esercitare secondo una regola maggioritaria riferita non alle stesse Rsu, ma alle deleghe raccolte dalle organizzazioni sindacali nel cui ambito risultavano costituite. Tuttavia, una volta varata, tale contrattazione doveva passare al vaglio di un referendum, sempreché richiesto da almeno un 30% dei lavoratori o da una organizzazione sindacale *"espressione"* di una delle Confederazioni firmatarie dell'Accordo (Punto 5).

Questa procedimentalizzazione all'insegna di una regola maggioritaria, declinata in chiave elettiva per le Rsu e associativa per le Rsa, faceva da premessa ad una apertura nei confronti di quella contrattazione in deroga già recepita dagli Accordi del 22 gennaio e del 15 aprile 2009 ma a costo di lasciar fuori la Cgil. E lo faceva con una doppia formula, accompagnata dalla esplicita notazione di una sua efficacia generale: si rinviava per il futuro, *sic et simpliciter* alle *"regolamentazioni contenute nei contratti collettivi nazionali di lavoro"*; mentre si prevedeva, per il presente, che tale contrattazione fosse non più territoriale, ma aziendale, condotta dalle stesse Rsu, assistite dalle istanze territoriali delle organizzazioni *"espressione"* delle Confederazioni firmatarie dell'Accordo medesimo, peraltro con un ambito almeno formalmente delimitato, perché ora ristretto *"agli istituti del contratto collettivo nazionale che disciplinano la prestazione lavorativa, gli orari e*

l'organizzazione del lavoro" (Punto 7).

E sulla base della polemica suscitata dalla vicenda Fiat se già al Punto 4, con successivo richiamo al Punto 5, si era stabilito che la contrattazione aziendale conclusa secondo le modalità previste avesse efficacia generale *"per le parti economiche e normative"*, mentre vincolava implicitamente per la parte obbligatoria le sole organizzazioni sindacali; al Punto 6, si precisava che la eventuale introduzione di *"clausole di tregua sindacale finalizzate a garantire l'esigibilità degli impegni assunti ...hanno effetto vincolante esclusivamente per tutte le rappresentanze sindacali dei lavoratori espressione delle organizzazioni sindacali dei lavoratori firmatarie del presente accordo interconfederale operanti all'interno dell'azienda e non per i singoli lavoratori"*.

12. L'intermezzo legislativo: l'art. 8 del d.l. 13 agosto 2011, n. 138, convertito con modificazioni nella l. 14 settembre 2011, n. 148.

Se dietro l'accelerazione data dalle tre Confederazioni all'Accordo del 28 giugno 2011 c'era il timore di un intervento legislativo, questo si sarebbe subito concretizzato coll'art. 8 del d.l. 13 agosto 2011, n. 138, convertito con modificazioni nella l. 14 settembre 2011, n. 148, dovuto all'intento del buon ministro Sacconi di prender spunto da quell'Accordo per forzare un radicale decentramento del sistema considerato ormai del tutto maturo non senza pagare un doveroso tributo a quella vicenda Fiat che ne aveva costituito la causa prossima, con un'apposita sanatoria *a posteriori* (art. 8, co. 3).

Solo che l'articolo rivela nel suo stesso testo un confuso sovrapporsi di quel duplice indirizzo legislativo caratterizzante l'intero sviluppo del nostro diritto sindacale, visto che sembra legittimare le associazioni comparativamente più rappresentative sul piano nazionale o territoriale ad una contrattazione territoriale o aziendale comprensiva di *"specifiche intese"*, che, se sottoscritte dalle *"loro rappresentanze sindacali operanti in azienda ai sensi della normativa di legge e degli accordi interconfederali vigenti, compreso l'accordo interconfederale del 28 giugno 2011"*, hanno *"efficacia nei confronti di tutti i lavoratori interessati"*(art. 8, co. 1).

Il primo dato, più appariscente se non più significativo, perché destinato a far da contesto di riferimento, è offerto dall'uso della nozione di *"associazione comparativamente più rappresentativa"*, sostituita dalla legislazione promozionale della c.d. contrattazione delegata a quella di *"confederazione maggiormente rappresentativa"*, dopo l'abrogazione referendaria della lett. a) dell'art. 19 St. Ma, come visto, fra la vecchia e la nuova nozione, pur nella discontinuità logica e dimensionale, restava una costante, cioè quella di una rappresentatività *"presunta"*, per di più qui declinata sul piano non solo nazionale, ma anche territoriale; cosa che contrastava con quella rappresentatività *"effettiva"*, calcolata a livello nazionale per via della formula associativa/elettiva che costituiva la base stessa su cui era stata ricostruita l'unità sindacale nell'Accordo in parola.

Il secondo dato, meno percepibile ma più rilevante, è costituito dall'utilizzo di una nozione di *"loro rappresentanze sindacali"* individuata con l'espressione già riportata di *"operanti in azienda ai sensi della normativa di legge e degli accordi interconfederali vigenti, compreso l'accordo interconfederale del 28 giugno 2011"*. Ma, come noto, le associazioni comparativamente più rappresentative non possono come tali aver titolo a costituire *"loro"* rappresentanze sindacali: non in senso proprio, cioè come Rsa, per essere queste riservate alle associazioni previste dall'art. 19 lett. b) St., cioè già firmatarie di contratti applicabili nelle unità produttive di riferimento; ma neppure, in senso improprio, cioè come Rsu, per essere queste elette dai dipendenti secondo

l'Accordo interconfederale del 1 dicembre 1993.

Quel che importava al legislatore non era tanto recepire quanto utilizzare l'Accordo 28 giugno 2011 come un'occasione per rendere l'efficacia generale della contrattazione aziendale ivi prevista dotata di forza di legge ben oltre l'area coperta dalla Confindustria, col dare come del tutto scontata la compatibilità di una tale scelta con l'art. 39, ult. co. Cost.; non senza, peraltro, una duplice condizione, relativa alla modalità seguita ed alla finalità perseguita.

Quanto alla modalità, era costituita dall'essere la sottoscrizione richiesta *“sulla base di un criterio maggioritario relativo alle ...rappresentanze sindacali”*, che certo orecchiava quanto al riguardo previsto distintamente dall'Accordo 28 giugno 2011 per le Rsu e per le Rsa, ma lo faceva nei termini di un rinvio implicito leggibile a piacere come *“formale”* o come *“materiale”*, destinato comunque a restare alquanto problematico. Quanto, poi, alla finalità, era rappresentata dall'essere la lista contemplata tanto lunga quanto generica, nonché dalla rilevanza giuridica dubbia se non nulla, relativa com'era *“alla maggiore occupazione, alla qualità dei contratti di lavoro, all'adozione di forme di partecipazione dei lavoratori, alla emersione del lavoro irregolare, agli incrementi di competitività e di salario, alla gestione delle crisi aziendali e occupazionali, agli investimenti e all'avvio di nuove attività”*.

La soluzione di continuità netta e radicale nei confronti dell'accordo del 28 giugno 2011 era data dalla possibilità che questa contrattazione aziendale esplicasse un'efficacia generale derogatoria, declinata dall'art. 8 del d.l. n. 138/2011 secondo una triplice forzatura. In primo luogo, con in apertura l'anodina clausola di salvaguardia, *“Fermo restando il rispetto della Costituzione, nonché i vincoli derivanti dalle normative comunitarie e dalle convenzioni internazionali sul lavoro”* la possibilità di deroga riguarda le *“disposizioni di legge”* oltre le *“regolamentazioni contenute nei contratti collettivi nazionali di lavoro”* (art. 8, co. 2-bis); cosa, questa, che, a prescindere dalla problematica di costituzionalità sollevata, specie con riguardo all'ampiezza e genericità della lista delle materie derogabili (art. 8, co. 2), era del tutto fuori non solo dalla previsione ma anche da una possibile intesa fra Cgil, Cisl, Uil.

In secondo luogo, allarga illimitatamente la precedente disciplina interconfederale circa tale possibilità di deroga, sì da privarla della sua controllabilità dall'alto e della sua natura eccezionale, necessarie per mantenere al sistema contrattuale una sufficiente compattezza e coerenza. Come visto, l'Accordo rimandava per l'entrata a regime alle *“regolamentazioni contenute nei contratti collettivi nazionali di lavoro”*; e prevedeva, per quella transitoria che la contrattazione fosse condotta specificamente dalle stesse Rsu, assistite dalle istanze territoriali delle organizzazioni *“espressione”* delle Confederazioni firmatarie dell'Accordo medesimo, peraltro con un oggetto limitato *“agli istituti del contratto collettivo nazionale che disciplinano la prestazione lavorativa, gli orari e l'organizzazione del lavoro”*.

Mentre, a quanto sopra riportato, l'art. 8 contempla una normativa destinata a durare per cui la contrattazione è gestita genericamente da rappresentanze aziendali proprie di associazioni comparativamente più rappresentative sul piano nazionale o territoriale, per di più con un oggetto tanto illimitato da riuscire potenzialmente esteso all'intero diritto del rapporto di lavoro, in quanto riferito: *“a) agli impianti audiovisivi e alla introduzione di nuove tecnologie; b) alle mansioni del lavoratore, alla classificazione e inquadramento del personale; c) ai contratti a termine, ai contratti a orario ridotto, modulato, flessibile, al regime della solidarietà negli appalti ai casi di ricorso alla somministrazione; d) alla disciplina dell'orario di lavoro; e) alle modalità di assunzione*

e disciplina del rapporto di lavoro, comprese le collaborazioni coordinate e continuative a progetto e le partire IVA, alla trasformazione e conversione dei contratti di lavoro e alle conseguenze del rapporto di lavoro, fatta eccezione per il licenziamento discriminatorio, il licenziamento della lavoratrice in concomitanza del matrimonio, il licenziamento della lavoratrice dall'inizio del periodo di gravidanza fino al termine dei periodi di interdizione al lavoro, nonché fino ad un anno d'età del bambino, il licenziamento causato dalla domanda o dalla fruizione del congedo parentale e per la malattia del bambino da parte della lavoratrice o del lavoratore ed il licenziamento in caso di adozione o affidamento" (art. 8, co. 2).

L'impatto destrutturante dell'intervento legislativo sul sistema configurato dall'Accordo era accresciuto dal fatto che, a quanto previsto dal suo Punto 3, la contrattazione collettiva aziendale si esercitava per le materie delegate non solo dal "contratto collettivo nazionale di lavoro di categoria", ma anche dalla "legge"; sicché questo rinvio alla "legge" poteva ben essere interpretato, come in effetti fu fatto, quale un canale d'ingresso all'interno del sistema concordato a livello interconfederale di quanto prodotto dal meccanismo di cui all'art. 8. Di fatto le parti stipulanti l'Accordo del 21 giugno 2011 mostrarono di attenersi al profetico avvertimento messo da Virgilio in bocca a Laocoonte, "timeo Danaos et dona ferentes", tanto da sterilizzare implicitamente quell'art. 8 con la affermazione della piena auto-sufficienza della disciplina interconfederale contenuta in una postilla apposta il 21 settembre 2011: "Confindustria, Cgil, Cisl e Uil concordano che le materie delle relazioni industriali e della contrattazione sono affidate all'autonoma determinazione delle parti. Conseguentemente si impegnano ad attenersi all'Accordo del 28 giugno 2011, applicandone compiutamente le norme e a far sì che le rispettive strutture, a tutti i livelli, si attenano a quanto concordato nel suddetto accordo interconfederale".

Se si eccettua qualche suo utilizzo più o meno sottobanco, l'art. 8 è rimasto sostanzialmente ignorato quasi non fosse mai stato scritto, monito per le parti sociali di quanto rischioso possa risultare fare affidamento sul legislatore. Ma il fatto è che lo stesso legislatore, dopo un goffo tentativo di restituirgli un minimo di visibilità compiuto col d.l. n. 76/2013, si è visto costretto ad un rapido *dietro-front* in sede di conversione; certo convinto di non poter fare affidamento su un qualcosa non condiviso da chi avrebbe dovuto esserne il beneficiario, cioè le stesse parti sociali. E le parti sociali nel loro successivo corso scandito dal Protocollo d'Intesa 31 maggio 2013 e dal Testo unico 10 gennaio 2014 si sono comportate come se non ci fosse.

C'è, però, da tener presente che l'art. 8 costituisce pur sempre un esempio di quella legislazione favorevole a delegare alla contrattazione la flessibilizzazione della normativa lavoristica, destinata a trovare la sua massima fioritura a cavallo del passaggio di secolo, con a sua espressione esemplare la l. 24 giugno 1997, n. 196 e il d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276. Sembra, invece, che sia ora la legge stessa a volersi far carico personalmente di rendere più flessibile la normativa, se è vero che le due materie "calde" dell'elencazione fatta dall'art. 8, co. 2, sono state, ieri, (le "conseguenze del recesso" di cui alla lett. e) e sono, oggi, (i "contratti a termine" di cui alla lett. c) disciplinate *ex lege*, dalla legge Fornero e dal decreto legge Renzi.

13. Il recupero unitario (seconda tappa): il Protocollo d'intesa 31 maggio 2013

Ci vorrà, però, quasi un paio d'anni perché vedesse la luce quel Protocollo d'intesa 31 maggio 2013, che, sotto l'aspetto di un accordo applicativo di quello del 28 giugno 2011, restava pur sempre un accordo di "principi ai quali ispirare la regolamentazione attuativa e le necessarie convenzioni con gli enti interessati".

Le parti firmatarie e le parti obbligate coincidono, tant'è che se nella postilla aggiunta il 21 settembre 2011 all'Accordo del giugno precedente erano Confindustria, Cgil, Cisl e Uil ad assumersi l'impegno di osservare e far osservare l'accordo; qui sono le "parti firmatarie" a farsi carico di un identico obbligo (Titolarietà ed efficacia della contrattazione, Punto 6). D'altronde nell'Accordo del 28 giugno 2011, si parlava sempre di *"associazioni sindacali, espressione delle Confederazioni firmatarie del presente accordo interconfederale"* (Punti 4, 5, 6, 7); e in questo Protocollo d'Intesa, pur con una qualche variante terminologica si faceva la stessa cosa, col richiamare via via *"ogni Organizzazione Sindacale aderente alle Confederazioni firmatarie della presente intesa"* (Misurazione della rappresentatività, Punto 3), *"ogni singola organizzazione sindacale aderente alle Confederazioni firmatarie della presente intesa"* (Idem, Punti 4 e 5), le *"organizzazioni sindacali aderenti alle Confederazioni firmatarie della presente intesa"* e le *"Federazioni aderenti alle Confederazioni firmatarie del presente accordo"* (Idem, Punto 6), le *"Federazioni delle Organizzazioni Sindacali firmatarie del presente accordo"* (Titolarietà ed efficacia della contrattazione, Punto 1), le *"Parti firmatarie e le rispettive Federazioni"* (Idem, Punto 4).

Di suo il sistema così delineato risultava efficace all'interno dei confini della Confindustria; ma *more solito* era destinato a servire come modello-guida, che la stessa Confindustria si sarebbe fatta carico di estendere ad altre confederazioni sindacali per adesione o per ricezione autonoma, e che Cgil, Cisl, Uil si sarebbero sforzate di riprodurre con altre confederazioni datoriali. Per quel che concerneva la parte relativa alla *"Misurazione della rappresentatività"*, c'è una sostanziale ripresa della disciplina di cui al Punto 1 dell'Accordo del 28 giugno 2011, sia con rispetto alla formula associativa/elettiva, qui calcolata a scampo di equivoci *"come media semplice fra la percentuale degli iscritti (sulla totalità degli iscritti) e la percentuale dei voti ottenuti nelle elezioni delle RSU (sul totale dei votanti), quindi, con un peso pari al 50% per ognuno dei due dati"* (Misurazione della rappresentatività, Punto 5); sia con rispetto alla procedura di raccolta delle deleghe a cura dell'Inps tramite un'apposita sezione della Uniemens e dei dati elettorali ad opera del Cnel, qui *"se possibile, tramite i Comitati Provinciali dei Garanti di cui all'accordo interconfederale 20 dicembre 1993, o analogo organismo"*, fermo restando che la ponderazione restava affidata allo stesso Cnel (Idem, Punti 1, 2, 4).

C'erano, però, due "novità", di cui la prima affatto scontata, perché una volta che il Protocollo d'Intesa riconfermava la possibile presenza delle Rsa quale prevista ai Punti 4 e 5 dell'Accordo del 28 giugno 2011, ne seguiva inevitabilmente che *"Laddove siano presenti RSA ... sarà rilevato il solo dato degli iscritti (deleghe certificate) ..."*. Ma la stessa restrizione alle sole deleghe certificate era estesa anche *"ove non vi sia alcuna forma di rappresentanza"*, sì da dare ad una rappresentatività che si voleva effettiva la massima base di riferimento, col recuperare dell'area coperta dalla Confindustria anche quella priva di Rsu o Rsa, ma non di una presenza di iscritti (Idem, Punto 3, terzo periodo).

La seconda novità era meno scontata, ma pur sempre deducibile dalla lettera, a cominciare dalla previsione per cui *"Ai fini della misurazione del voto espresso ... nella elezione della Rappresentanza Sindacale Unitaria varranno esclusivamente i voti assoluti espressi per ogni Organizzazione Sindacale aderente alle Confederazioni firmatarie della presente intesa"* (Idem Punto 3, primo periodo). Dal che sembrava doversi dedurre che il sistema risultava "chiuso" con riguardo all'accesso alla contrattazione nazionale di categoria, riservato a favore delle Federazioni aderenti alle Confederazioni che avevano sottoscritto il Protocollo d'Intesa, dato che solo i voti elettorali raccolti dalle loro federazioni erano conteggiabili in vista della rappresentatività richiesta. Deduzione

confermata poco oltre dall'esplicita previsione che *“Sono ammesse alla contrattazione collettiva nazionale le Federazioni delle Organizzazioni Sindacali firmatarie del presente accordo che abbiano nell'ambito di applicazione del contratto collettivo nazionale di lavoro una rappresentatività non inferiore al 5%”* (Titolarietà ed efficacia della contrattazione, Punto 1).

Ma una simile conclusione avrebbe contrastato con la stessa *ratio* della messa a punto di un sistema siffatto, sicché una tale lettera non poteva certo escludere che qualora ci fosse stata una adesione al Protocollo d'Intesa 31 maggio 2013, altre organizzazioni sindacali avrebbero potuto essere ammesse alla misura e certificazione della loro rappresentatività. Peraltro tale adesione è nello stesso Protocollo esplicitamente prevista, con riguardo alle organizzazioni sindacali diverse da quelle aderenti alle Confederazioni sindacali, ma titolate a prendere l'iniziativa per la costituzione o a partecipare alla elezione delle Rsu, laddove le si vincola con la clausola di salvaguardia di cui *infra*, solo che qui sono solo quelle individuate e selezionate in base a certe caratteristiche.

Il sistema restava *“aperto”* con rispetto all'iniziativa per la costituzione e alla partecipazione alle elezioni delle Rsu in forza del rinvio implicito all'Accordo interconfederale del dicembre 1993 anche a pro di quelle associazioni sindacali che fossero comunque firmatarie del contratto collettivo nazionale di lavoro ovvero che, dotate di propri statuti e atti costitutivi, accettassero espressamente e formalmente il regolamento di cui a quello stesso accordo e corredassero le loro liste con un numero di firme pari al 5% degli aventi diritto al voto.

Tale rinvio implicito scontava quanto previsto dall'Accordo del 28 giugno 2011 e dallo stesso Protocollo d'Intesa, tanto da prevedere l'impegno di Confindustria, Cgil, Cisl e Uil *“a rendere coerenti le regole dell'accordo interconfederale del dicembre 1993, con i suddetti principi”* (Misurazione della rappresentatività, Punto 7). E i *“suddetti principi”* riprendevano quella *“clausola di salvaguardia”* prevista dall'accordo interconfederale 1 dicembre 1993, Parte prima, 4, *“le organizzazioni sindacali aderenti alle Confederazioni firmatarie della presente intesa o che comunque ad essa aderiscano, partecipando alla procedura di elezione delle Rsu rinunciano formalmente ed espressamente a costituire Rsa ai sensi della legge n. 300/70”*; e la integravano con l'ulteriore previsione che *“le organizzazioni sindacali aderenti alle Confederazioni firmatarie della presente intesa o che comunque ad essa aderiscano, nelle realtà in cui siano state o vengano costituite le RSU si impegnano a non costituire RSA”* (Misurazione della rappresentatività, Punto 6, primo e secondo paragrafo).

La qual cosa suonava implicitamente come una garanzia di sopravvivenza delle Rsa esistenti, dettata dalla piena consapevolezza della resistenza riscontrabile sulla strada di una effettiva generalizzazione delle Rsu, tanto da essere accompagnata dalla previsione che *“in ragione della struttura attuale della rappresentanza, che vede la presenza di Rsu e di Rsa, il passaggio alle elezioni delle Rsu potrà avvenire solo se definito dalle Federazioni aderenti alle Confederazioni firmatarie il presente accordo”* (Idem, Punto 6, terzo paragrafo).

Ed in parte tali principi innovavano la disciplina delle Rsu di cui allo stesso Accordo interconfederale del 1 dicembre 1993, coll'allinearsi al modello di cui al d.lgs. n. 165/2001, eliminando *d'embellée* il discusso *“terzo riservato”*; ma non senza introdurre una sorta di garanzia circa la lealtà dei componenti delle Rsu nei confronti delle organizzazioni sindacali che li avevano messi in lista, per cui *“il cambiamento di appartenenza sindacale da parte di un componente la Rsu ne determina la decadenza dalla carica e la sostituzione con il primo dei non eletti della lista di originaria appartenenza del sostituito”* (Idem, Punto 6, quinto e sesto paragrafo).

Peraltro l'influsso del modello adottato nel settore pubblico era ben percepibile anche e soprattutto nella previsione che i *"contratti collettivi di lavoro sottoscritti dalle Organizzazioni Sindacali che rappresentino almeno il 50%+1 della rappresentanza, come sopra determinata ... saranno efficaci ed esigibili"*; solo che qui tale maggioranza associativa/elettiva era calcolata al 50% +1, non al 51%, e non era sostituibile dalla sola maggioranza elettiva del 60%. Ma, soprattutto, qui risultava sì necessaria, ma non sufficiente, per essere richiesta una previa approvazione a maggioranza semplice della bozza da sottoscrivere, in una consultazione dei lavoratori interessati svolta secondo le modalità previste dagli stessi contratti collettivi (Titolarietà ed efficacia della contrattazione, Punto 3).

L'introduzione di una maggioranza del 50% +1 delle organizzazioni firmatarie era dovuta alla pressante esigenza di rafforzarne un'efficacia generale in termini di effettività, coll'evitare la conclusione di contratti collettivi di lavoro "separati". Da qui la preoccupazione di "preparare" tale maggioranza, col prevedere che nel *"rispetto della libertà e autonomia di ogni Organizzazione Sindacale, le Federazioni di categoria – per ogni singolo CCNL – decideranno le modalità di definizione della piattaforma e della delegazione trattante e le rispettive attribuzioni con proprio regolamento"*, ma dovranno farlo in modo da favorire *"in ogni categoria, la presentazione di piattaforme unitarie"*; ed, addirittura col fare affidamento sulla collaborazione delle controparti datoriali, chiamate a far sì che *"la negoziazione si avvii sulla base della piattaforma presentata da organizzazioni sindacali che abbiano complessivamente un livello di rappresentatività nel settore pari almeno al 50% +1"* (Idem, Punto 2).

Non mancava l'avvertenza di enfatizzare la classica distinzione fra parte normativa e parte obbligatoria, per cui quest'ultima obbliga i sindacati ma non i lavoratori. Così, quando si dice che i contratti collettivi di lavoro formati nei modi e nei termini previsti sono efficaci ed esigibili, si aggiunge subito che, una volta sottoscritti formalmente, sono vincolanti per entrambe le parti stipulanti. E, così, più avanti si aggiunge ancora che essi comportano *"oltre l'applicazione ... all'insieme dei lavoratori e delle lavoratrici, la piena esigibilità per tutte le organizzazioni aderenti alle parti firmatarie della presente impresa"* (Idem, Punti 3 e 4).

Veniva così richiamata la problematica centrale dell'"esigibilità", che peraltro qui non andava al di là dell'obbligo assunto dalle *"Parti firmatarie e ... rispettive Federazioni ... a dare piena applicazione e a non promuovere iniziative di contrasto agli accordi così definiti"*; nonché del dovere previsto a carico dei contratti collettivi di categoria di *"definire clausole e/o procedure di raffreddamento finalizzato a garantire, per tutte le parti, l'esigibilità degli impegni assunti e le conseguenze di eventuali inadempimenti ..."* (Idem, Punti 4 e 5).

Non era molto, ma molto di più non sembrava al momento di poter fare. Casomai sorprendevo che il Protocollo d'Intesa tacesse del tutto della contrattazione aziendale, che pure così com'era stata trattata dall'Accordo interconfederale del 21 giugno 2011, certo avrebbe meritato una qualche considerazione aggiuntiva, ma se ne libera come di una materia scottante col visto rinvio all'aggiornamento dell'Accordo interconfederale del 1 dicembre 1993, che dovrebbe essere effettuato con specifico riferimento alla *"titolarità della contrattazione di secondo livello"*, oltreché *"all'esercizio dei diritti sindacali e, segnatamente ... in tema di diritto di assemblea in capo alle Organizzazioni sindacali firmatarie della presente impresa, e diritto di voto per l'insieme dei lavoratori dipendenti"* (Misurazione della rappresentatività, Punto 7).

E non c'era bisogno che il Tribunale di Roma, con decreto del 9 maggio 2013, rendesse edotte le

Confederazioni firmatarie della loro incapacità di vincolare direttamente ed automaticamente le loro Federazioni, perché, ben consapevoli della cosa, si limitavano a prevedere un dovere di influenza, cioè *“a far rispettare i principi qui concordati e ... altresì, affinché le rispettive strutture ad esse aderenti e le rispettive articolazioni a livello territoriale e aziendale si attengano a quanto concordato nel presente accordo”*, che, però, non sembrava tenere in debito conto che *“le rispettive articolazioni a livello ... aziendale”*, non erano affatto tali, almeno nella misura in cui le Rsu sostituivano le Rsa. E le Confederazioni non si spingevano oltre, se non per rinviare alla futura regolazione *“di modalità di definizione di eventuali controversie sorte come conseguenza della ...concreta applicazione”* dei principi contenuti nel Protocollo d’Intesa (Titolarità e efficacia della contrattazione, Punti 5, 6, 7).

14. L’intermezzo giurisprudenziale: Corte cost. 23 luglio 2013, n. 231.

Avanti, adagio ma non troppo, sembrava essere il *leitmotiv* del comportamento tenuto a livello interconfederale; e avrebbe continuato ad esserlo se a poco meno di un paio di mesi dal Protocollo d’Intesa di fine maggio non fosse intervenuta, come effetto ritardato della vicenda Fiat, Corte cost. 23 luglio 2013, n. 231, per la quale *“Va ... dichiarata l’illegittimità costituzionale dell’art. 19, primo comma, lettera b) ... nella parte in cui non prevede che la rappresentanza sindacale aziendale possa essere costituita anche nell’ambito di associazioni sindacali che, pur non firmatarie dei contratti collettivi applicati nell’unità produttiva, abbiano comunque partecipato alla negoziazione relativa agli stessi contratti quali rappresentanti dei lavoratori dell’azienda”*.

È una inversione di rotta rispetto alla sua precedente giurisprudenza tutta attestata sulla necessità della sottoscrizione, se pur preceduta dalla partecipazione attiva alla negoziazione, che la Corte giustifica con un cambio dello *“scenario delle relazioni sindacali e delle strategie imprenditoriali”* tale da evidenziare quello *“sbilanciamento per difetto”* già presente nell’art. 19, lett. b): *“sin qui oscurato dall’esperienza pratica di una perdurante presenza in azienda dei sindacati confederali”*, viene ora portato in piena luce dal caso sottopostole, proprio là dove *“dalla mancata sottoscrizione del contratto collettivo è derivata la negazione di una rappresentatività che, esiste, invece, nei fatti e nel consenso dei lavoratori addetti all’unità produttiva”*. E per rimediare essa si presta a riscrivere quella stessa lettera b), con la copertura costituita dal presentare la sua sentenza come meramente *“additiva”*, che, però, tale non è, perché con riguardo alla lettera aggiunge la condizione non scritta della previa partecipazione, ma toglie quella prevista *apertis verbis* della sottoscrizione.

Il fatto è che la Corte appare completamente presa dal caso Fiat, sì da sentirsi tenuta a darvi una risposta immediata, anche a costo di costruirla a stretta misura di una fattispecie concreta, quale quella di una Fiom che pur avendo partecipato alla trattativa, è stata estromessa solo per non avere proceduto alla sottoscrizione dell’unico contratto collettivo ormai applicabile. Sicché a questo punto le è possibile limitarsi a considerare sufficiente la partecipazione per far riammettere la stessa Fiom, scaricando sul legislatore l’onere di riconciliare col sistema quanto da lei deciso.

È ben consapevole del fatto che una lettera b) così come da lei riscritta, lascia aperto il problema del come applicarla, laddove non vi sia alcuna contrattazione o vi sia, ma non conduca ad alcuna sottoscrizione; ma ritiene di non potersene far carico, essendo fuori dal *“petitum dei iudici a quibus”*, sì da far supporre che ben potrebbe essere fatto valere al riguardo un vizio di legittimità costituzionale meritevole di attenzione. Ma lo è certo meno del carattere non risolutivo del suo *decisum*, perché a ben guardarlo trasferisce a monte con riguardo all’ammissione al tavolo

negoziale quel condizionamento datoriale prima ravvisabile a valle con rispetto alla sottoscrizione. Perché, finché rimane come principio generale quello del reciproco riconoscimento, il datore, associato o singolo, ben potrebbe, domani, negare un posto al tavolo negoziale ad un sindacato non disposto a far proprio almeno un punto di partenza comune ad ogni altro sindacato partecipante; così come, ben poteva, ieri, estromettere dal suo stabilimento un sindacato non pronto a sottoscrivere il contratto collettivo concluso.

Qui, però, la Corte s'ingarbuglia su che cosa sia quella rappresentatività richiesta dalla lett. b), così come da lei stessa rimodellata. Se nella sua precedente giurisprudenza aveva finito per ritrovarla nella capacità di un sindacato di imporre al datore di lavoro un contratto più o meno conforme a quanto rivendicato, tanto da poter essere sottoscritto senza ricatto alcuno; ora sembra individuarla proprio nella capacità di costringere lo stesso datore a farlo partecipare al negoziato. Sembra, ma, poi, la ravvisa nella *"acquisita rappresentatività"*, configurabile a capo di un *"soggetto maggiormente rappresentativo, a livello aziendale o comunque significativamente rappresentativo"*.

Così, con un primo giro di valzer, la Corte recupera quella nozione di una rappresentatività *"presunta"* di cui all'abrogata lett. a) dell'art. 19 St., ma declinandola a livello non più confederale, ma aziendale, per di più con una formula estesa da quella classica di *"maggior"* a quella spuria di *"comunque significativa"*. Poi, con un secondo giro di valzer, ribalta quella rappresentatività *"presunta"* in una *"effettiva"*, quale deducibile *"nei fatti e nel consenso dei lavoratori addetti all'unità produttiva"*, sì da rinviare più o meno esplicitamente ad una verifica della presenza in azienda in termini di adesioni associative o elettorali.

Sicché alla fine non è facile raccapezzarsi, perché rimane l'impressione che la rappresentatività *"effettiva"* di cui alla lett. b), sia vista e ricostruita in maniera ben diversa nel dispositivo e nella motivazione: nel primo è provata dalla partecipazione alla trattativa; nella seconda pare testimoniata alla fin fine dalla stessa consistenza associativa e/o elettorale, considerata in sé e per sé, a prescindere dalla partecipazione alla trattativa. Tanto che, facendo forza proprio su quest'ultima, non s'è mancato di sostenere che chi vanta una tale consistenza sia pienamente legittimato a prender parte alla negoziazione, sì da poter far valere come comportamento antisindacale a' sensi dell'art. 28 St. una sua eventuale estromissione.

Non ci si raccapezza neppure la Corte, che, a chiusura, chiama a far quadrare i conti, da lei lasciati aperti, il legislatore, ma prospettandogli una rosa di possibili soluzioni, assemblate alla buona, come conferma una mera e semplice rilettura: *"Queste potrebbero consistere, fra l'altro, nella valorizzazione dell'indice di rappresentatività costituito dal numero degli iscritti, o ancora nella introduzione di un obbligo a trattare con le organizzazioni sindacali che superino una determinata soglia di sbarramento, o nell'attribuzione al requisito previsto dall'art. 19 dello Statuto dei lavoratori del carattere di rinvio generale al sistema contrattuale e non al singolo contratto collettivo applicato nell'unità produttiva vigente; oppure al riconoscimento del diritto di ciascun lavoratore ad eleggere rappresentanze nei luoghi di lavoro"*.

Non è, però, senza significato che questa rosa si apra e si chiuda con soluzioni tese a valorizzare una rappresentatività *"effettiva"* basata sul numero degli iscritti o dei voti conseguiti nelle elezioni delle rappresentanze nei luoghi di lavoro, cioè prospettando, se pur come alternative e non concorrenti, quelle fatte proprie dagli accordi interconfederali con la formula mista associativa/elettiva.

15. Il recupero unitario (terza tappa): il Testo Unico sulla Rappresentanza 10 gennaio 2014.

L'invito della Corte a ripartire dalla sua rilettura dell'art. 19, lett. b) non poteva lasciare insensibile un legislatore già da tempo al lavoro sul tema della rappresentatività sindacale, se pur senza troppo costruito; ma ora sollecitato ulteriormente dal potenziale impatto sul sistema di un diritto di accesso al Tit. III St. riconosciuto in base ad una formula difficile da interpretare e pericolosa da applicare. Come visto, a prenderla così come risultante dal dispositivo, richiedeva la sola partecipazione, che, anche a prescindere dalla difficoltà di definirla, lasciava di per sé l'ultima parola alla controparte datoriale. Di contro, ad assumerla così come emergente dalla motivazione, rinviava ad una maggiore o comunque significativa rappresentatività, rimessa di fatto alla consistenza associativa o elettorale, che risultava di per sé idonea a legittimare la partecipazione alla trattativa, facendo valere l'eventuale pretesa ai sensi dell'art. 28 St.

Come risultato di un processo di effetto e contro effetto, le Confederazioni impegnate nell'ambizioso progetto di un regolamento auto-concluso ed auto-sufficiente del loro sistema contrattuale, accelerarono a loro volta, consapevoli che quanto entra in Parlamento di un colore, può ben uscirne di un altro tutt'affatto diverso. Il più era fatto, così come definito nell'Accordo interconfederale 28 giugno 2011 e nel Protocollo d'Intesa 31 maggio 2013, con la definizione dei principi, della struttura e della dinamica del sistema; restava da mettere a punto i criteri richiesti per una sua effettiva ed efficace funzionalità.

Ed è questo il compito che si assume il Testo Unico sulla Rappresentanza Confindustria, Cgil, Cisl, Uil 10 gennaio 2014, secondo una sequenza articolata su una Parte prima: misura e certificazione della rappresentanza ai fini della contrattazione collettiva nazionale di categoria; seconda: regolamentazione delle rappresentanze in azienda; terza: titolarità ed efficacia della contrattazione collettiva nazionale di categoria e aziendale; quarta: disposizioni relative alle clausole e alle procedure di raffreddamento e alle clausole sulle conseguenze dell'inadempimento; più delle clausole transitorie e finali.

Il termine Testo Unico richiama quello usato per indicare un complesso di testi succedutesi nel tempo su una stessa materia, potendo essere "normativo" o "compilativo", a seconda che sia fornito di forza "originaria", sì da potersi spingere ad innovare, oppure di forza solo "derivata", sì da doversi limitare a riordinare la disciplina pregressa. Ad un primo sguardo, sembrerebbe un testo "normativo", essendo frutto delle stesse parti che hanno siglato a suo tempo l'Accordo interconfederale 1 dicembre 1993 e nell'ultimo triennio l'Accordo interconfederale 28 giugno 2011 e il Protocollo d'Intesa 31 maggio 2013, per poi recepirli qui, certo quasi alla lettera, ma non senza qualche significativa novità, offerta soprattutto dalla Parte quarta e dalle Clausole transitorie e finali; e, comunque, riorganizzandoli a sistema, col chiaro intento di farne l'unica fonte di riferimento. Ma scorrendolo, si riscontra un continuo richiamo al rispetto dell'intero corpo, quale costituito dagli Accordi interconfederali pregressi e dallo stesso Testo Unico, sicché parrebbe che tali Accordi siano dati per sopravvissuti, non senza creare problemi ermeneutici delicati.

Può sorprendere, invece, che il Testo Unico sia sulla rappresentanza e non sulla rappresentatività. Al riguardo qualcosa ce la può dire la vicenda trascorsa: le Linee di riforma della struttura della contrattazione 12 maggio 2008, Cgil, Cisl, Uil, usavano l'endiadi "rappresentanza e rappresentatività", con riguardo a quella formula mista, associativa/elettiva, destinata a risultare vincente; l'Accordo quadro 22 gennaio 2009 e l'Accordo interconfederale 15 aprile 2009, Confindustria, Cisl, Uil, utilizzavano solo la parola "rappresentanza", con rispetto ad una formula semplice, solo

associativa; l'Accordo interconfederale 28 giugno 2011 ed il Protocollo d'Intesa 31 maggio 2013 adoperavano solo la parola "rappresentatività", con rispetto alla recuperata formula mista, associativa-elettiva.

Da una prospettiva strettamente tecnica, parlare di rappresentanza risulta cosa del tutto corretta laddove a contare siano solo le deleghe, come negli Accordi interconfederali "separati" del 2009; ma non più nell'Accordo interconfederale del 2011 e nel Protocollo d'Intesa 2013, "unitari", dove a rilevare sono al tempo stesso deleghe e risultanze elettorali, anche se le prime possono essere sufficienti, in difetto delle seconde. Solo da una prospettiva politico-sindacale sembra possibile capire perché il Testo Unico recuperi la "rappresentanza" a scapito della "rappresentatività", pur tenendo ferme deleghe e risultanze elettorali, cioè col ravvisarvi una concessione a quella preferenza per una legittimazione in chiave associativa propria della Cisl.

Ora, nel passare ad una ricognizione del Testo Unico, va premesso che essa scontrerà inevitabilmente l'essere questo largamente, se pur non totalmente, debitore dell'Accordo interconfederale 1 dicembre 1993, dell'Accordo interconfederale 28 giugno 2011 e del Protocollo d'Intesa 31 maggio 2013, sì da dover richiedere al volenteroso lettore di ritornare sui paragrafi 5, 11 e 13, loro dedicati. Ciò, però, non mi ha trattenuto dal riprendere sinteticamente i contenuti rilevanti di quei testi, per accompagnarli con osservazioni e valutazioni ulteriori rispetto a quelle già fatte, ritenendo che fosse meglio esprimerle con riguardo al punto d'arrivo dell'intero percorso, essendo questo destinato a costituire il referente per il futuro prossimo venturo.

15.1 Parte prima: misura e certificazione della rappresentanza ai fini della contrattazione collettiva nazionale di categoria

Non per nulla proprio questa materia è stata da sempre considerata il tallone d'Achille dell'intero sistema, perché nel settore pubblico, da cui è stato mutuato, c'era uno scenario favorevole, quale costituito dalla esistenza di una Agenzia, fornita di una rappresentanza legale per tutte le amministrazioni assoggettate alla c.d. privatizzazione, così da poterle far carico di effettuare la misura e la certificazione della rappresentatività di ogni organizzazione sindacale in vista della sua ammissione alla contrattazione nazionale sulla base di dati associativi ed elettorali estesi all'intera realtà coperta. Nel settore privato non c'è niente di ciò, per cui nella ricerca di un qualche surrogato, riesce del tutto naturale far affidamento sulle due istituzioni utilizzabili all'uopo, cioè l'Inps ed il Cnel; ma c'è bisogno di dettagliare più e meglio quanto già previsto in proposito dai testi interconfederali precedenti.

L'apertura di questa Parte prima sembra confermare l'esistenza di un sistema "chiuso", laddove recupera alla lettera la vista previsione del Protocollo d'intesa 31 maggio 2013, secondo cui per *"la misura e la certificazione delle organizzazioni sindacali aderenti alle Confederazioni firmatarie dell'Accordo Interconfederale del 28 giugno 2011, del Protocollo d'Intesa del 31 maggio 2013 e del presente Accordo, ai fini della contrattazione collettiva nazionale di categoria, si assumono i dati associativi ... e i dati elettorali ..."*. Ma, in seguito, lascia presumere che sia "aperto", prima con riguardo all'obbligo del datore di accettare *"anche le deleghe a favore delle organizzazioni sindacali di categoria che aderiscano e si obblighino a rispettare integralmente i contenuti del presente Accordo nonché dell'Accordo Interconfederale del 28 giugno 2011 e del Protocollo 31 maggio 2013"*; poi, con rispetto all'impegno delle *"organizzazioni sindacali firmatarie del presente accordo"* di attribuire *"uno specifico codice identificativo a tutte le organizzazioni sindacali di categoria interessate a partecipare alla rilevazione della propria rappresentanza per gli effetti*

della stipula dei contratti collettivi nazionali di lavoro”, qui addirittura senza porre come precondizione l’adesione agli Accordi.

a) Raccolta dei dati associativi: Inps. Su quest’ultimo punto occorrerà tornare, perché al riguardo il Testo Unico appare tutt’altro che chiaro, ma per l’istante c’è da dire come la raccolta delle deleghe nelle unità produttive con più di quindici dipendenti, già a partire dal secondo semestre del 2014, preveda una previa convenzione tra Confindustria, Cgil, Cisl, Uil e Inps, chiamata a predisporre una apposita sezione nelle dichiarazioni mensili Uniemens; qui il datore, dopo aver proceduto alla raccolta delle stesse tramite l’utilizzo di un modulo *ad hoc* riempito dai lavoratori, indica il contratto di categoria applicato e il numero delle deleghe ricevute per ogni singola organizzazione sindacale di categoria, coi relativi codici identificativi predisposti dalle organizzazioni sindacali firmatarie del Testo Unico, nonché la forma di rappresentanza presente nelle unità produttive con più di quindici dipendenti.

En passant, c’è da osservare come, per evitare fin troppo facili giochi al ribasso, viene esplicitamente previsto che il contributo associativo “non potrà essere inferiore ad un valore percentuale di una retribuzione convenzionale costituita dal minimo tabellare in vigore, nel mese di gennaio di ciascun anno, che ogni singolo ccnl individuerà”.

b) Raccolta dei dati elettorali e ponderazione dati associativi/dati elettorali: Cnel. Tocca, poi, all’Inps elaborare annualmente i dati raccolti, per poi trasmetterli al Cnel. Il Cnel, in forza di una ulteriore previa convenzione conclusa con le stesse Confederazioni, li pondererà “con i consensi ottenuti nelle elezioni periodiche delle Rappresentanze Sindacali Unitarie da rinnovare ogni tre anni”.

La procedura di raccolta dei “consensi”, passa attraverso la trasmissione dei relativi verbali da parte delle Commissioni elettorali ai Comitanti Provinciali dei Garanti (“o analogo organismo che dovesse essere costituito per lo scopo”), che vi ricaveranno “tutti i dati relativi alle r.s.u. validamente in carica alla data del 31 luglio di ogni anno” con riguardo a ciascuna organizzazione sindacale di categoria, per poi trasmetterli al Cnel “entro il mese di gennaio dell’anno successivo a quello di rilevazione”.

Entro il mese di aprile di ciascun anno, il Cnel provvede alla ponderazione del dato elettorale col dato associativo con riguardo ad ogni singolo Ccnl, secondo la formula già messa a punto precedentemente della “media semplice fra la percentuale degli iscritti (sulla totalità degli iscritti) e la percentuale dei voti ottenuti nelle elezioni delle r.s.u. sul totale dei votanti, quindi, con un peso del 50% per ciascuno dei due dati”; per poi comunicare, entro il mese di maggio dell’anno successivo a quello della rilevazione - peraltro, segno del continuo oscillare fra sistema “chiuso” ed “aperto”, solo “alle parti stipulanti il presente accordo” - “il dato di rappresentanza di ciascuna organizzazione sindacale di categoria relativo ai singoli contratti collettivi nazionali di lavoro”. Per quanto possa suonare strano, è previsto che ai fini del calcolo delle relative percentuali, gli iscritti risultanti nelle unità produttive con più di quindici dipendenti ove siano presenti Rsa o non siano per niente presenti rappresentanze sindacali comunque configurate, siano sommati non agli altri iscritti, ma ai voti di ciascuna organizzazione sindacale di categoria, facendoli così valere come equivalenti a voti non espressi per difetto di elezioni.

Peraltro è previsto uno scadenziario diverso per l’anno 2015 e per il periodo successivo circa i dati sulla rappresentanza utilizzabili, oltre che per il raggiungimento della soglia del 5%, anche per il

raggiungimento del 50 % + 1 ai fini della misurazione della maggioranza prevista per la presentazione delle piattaforme e per la conclusione dei contratti nazionali di categoria.

Si è voluto riportare qui con un certo dettaglio il meccanismo predisposto per la misura e la certificazione della rappresentatività, perché proprio nel passaggio dal disegno di massima prefigurato nei testi interconfederali precedenti al progetto esecutivo appare evidente quanto sia difficile farlo funzionare. Non deve trarre in inganno il rigido sincronismo con cui è stato costruito, perché, per quanto necessario in astratto, è umanamente impossibile che trovi riscontro in concreto, presupponendo una raccolta dei dati associativi ed elettorali tale, per ampiezza e coincidenza temporale, da fornire una fotografia realistica della rappresentatività delle associazioni sindacali operanti nelle singole categorie. Ma va anche aggiunto, facendo tesoro del vecchio proverbio per cui "l'ottimo è nemico del buono", che basterebbe che a regime un tale meccanismo operasse al di sopra di un certo margine di tolleranza, tale da non falsare la situazione reale.

Il problema dei problemi risiede nel manico, cioè negli enti e organi con cui devono essere fatte le convenzioni necessarie per far girare il sistema. Per l'Inps il servizio richiesto fuoriesce dal suo scopo istituzionale, come esplicitato dagli artt. 3 e 4 del r.d.l. 4 ottobre 1935, n. 1827, tanto che per far svolgere ad esso un servizio non statutario è stato necessario emanare l'articolo unico della l. 4 giugno 1973, n. 311, a' sensi del quale *"L'Inps e l'Inail possono essere autorizzati dal Ministro per il lavoro e la sicurezza sociale, su richiesta delle associazioni sindacali a carattere nazionale, ad assumere il servizio di esazione dei contributi associativi dovuti dagli iscritti, nonché dei contributi per assistenza contrattuale che siano stabiliti dai contratti di lavoro. I rapporti tra gli istituti di cui al precedente comma e le organizzazioni sindacali saranno regolati da convenzioni, da sottoporre all'approvazione del Ministero del lavoro e della previdenza sociale ai soli fini di accertare che il servizio di riscossione non sia pregiudizievole per il corretto adempimento dei compiti di istituto, che siano rimborsate le spese incontrate per l'espletamento del servizio e che gli istituti medesimi siano sollevati da ogni e qualsiasi responsabilità verso terzi derivanti dall'applicazione della convenzione"*.

Ma qui il servizio non riguarda la semplice esazione dei contributi associativi, attuabile anche a mezzo dei ruoli esattoriali, dato che essa avviene tramite versamenti effettuati dal datore di lavoro sul conto corrente dell'organizzazione sindacale di categoria indicata nella delega; riguarda, invece, una complessa attività di raccolta a partire da una modifica delle dichiarazioni Uniemens, che quindi risulterebbe non vincolante per il datore. E, comunque, anche a considerare tale attività esperibile, non può essere certo prestata senza farsi carico della spesa sostenuta, cosa di cui non c'è traccia alcuna nel Testo Unico.

Per il Cnel il presente è più roseo, ma il futuro è nero, perché se è vero che fino a ieri ogni necrologio a suo nome è suonato in anticipo, oggi c'è Matteo Renzi a volerlo eliminare a breve, se non a brevissimo termine, in un aggiornamento del testo costituzionale, in cui mette in gioco se stesso e ... il Paese.

15.2. Parte seconda: regolamentazione delle rappresentanze in azienda

a) Questa parte è aperta da una Sezione prima (*"regole generali sulle forme della rappresentanza in azienda"*), che pare non solo anteposta, ma altresì sovrapposta, alla Sezione seguenti. Qui ci si limita ad affermare che *"in ogni singola unità produttiva con più di quindici dipendenti dovrà essere adottata una sola forma di rappresentanza"*, per poi precisare che *"qualora non si proceda alla costituzione di rappresentanze sindacali unitarie, ma si opti per il diverso modello della*

rappresentanza sindacale aziendale: a) dovrà essere garantita l'invarianza dei costi aziendali rispetto alla situazione che si sarebbe determinata con la costituzione della rappresentanza sindacale unitaria; b) alla scadenza della rsa, l'eventuale passaggio alle r.s.u. potrà avvenire se deciso dalle organizzazioni sindacali che rappresentino, a livello nazionale, la maggioranza del 50% +1 come determinata nella parte prima del presente accordo".

Dunque, deve essere esserci una sola forma di rappresentanza, che può essere costituita dalle Rsu e da Rsa, pudicamente indicate come *"il diverso modello della rappresentanza sindacale"*, con una preferenza per le prime; ma senza un'esclusione per le seconde *"ove non siano mai state forme di rappresentanza sindacale"*; anzi, con una qual sorta di garanzia a loro favore, perché se già esistenti, sono sostituibili alla scadenza con le Rsu solo con un via libera espresso a livello nazionale dalle organizzazioni sindacali che raggiungano la maggioranza del 50% +1, calcolata secondo la modalità prevista dalla Parte prima.

Tutto chiaro, no, perché, poi, la Sezione seconda (*"modalità di costituzione e di funzionamento delle Rappresentanze Sindacali Unitarie"*), recita in Premessa che le *"seguenti regole in materia di rappresentanze sindacali unitarie, riprendono la disciplina contenuta nell' Accordo interconfederale del 20 dicembre 1993 con gli adeguamenti alle nuove intese interconfederali"*. E di fatti riprende, al suo Punto 8, la clausola di salvaguardia introdotta dell'Accordo interconfederale 1 dicembre 1993, peraltro nella stesura di cui al Protocollo d'Intesa 31 maggio 2013.

Così vi è previsto, prima, che le organizzazioni sindacali aderenti alle Confederazioni firmatarie degli Accordi interconfederali o che comunque aderiscano alla disciplina ivi contenuta, partecipando alla procedura di elezione delle r.s.u., *"rinunciano formalmente ed espressamente a costituire r.s.a. ai sensi dell'art. 19, legge 20 maggio 1970"*; e poi, in particolare, che le organizzazioni aderenti alle Confederazioni firmatarie degli accordi interconfederali o che comunque ad essi aderiscano *"si impegnano a non costituire r.s.a. nelle realtà in cui siano state o vengano costituite r.s.u."*.

C'è una questione di coerenza interna fra le due parti della clausola di salvaguardia, perché la rinuncia formale ed espressa a costituire Rsa prevista dalla prima, sembra per le organizzazioni sindacali facenti capo alle Confederazioni firmatarie assoluta, cioè esteso anche per le unità produttive in cui non preesista alcuna forma di rappresentanza sindacale; e per le altre organizzazioni sindacali comunque aderenti tramite la partecipazione alle elezioni delle Rsu è relativa, in quanto ristretto alle sole unità produttive dove ci sono Rsu costituite o costituende, alle cui elezioni prendono parte. Mentre l'impegno a non costituire Rsa contemplato dalla seconda parte per le organizzazioni sindacali facenti capo alle Confederazioni firmatarie o comunque aderenti, qui senza precisare come, è sempre relativo, cioè ristretto alle unità produttive dove ci sono Rsu costituite o costituende.

Dunque, la clausola di salvaguardia lascia aperta una questione di non poco conto, cioè se anche le organizzazioni sindacali aderenti alle Confederazioni sindacali firmatarie possano costituire Rsa nelle unità produttive in cui non preesista alcuna forma di rappresentanza sindacale, perché sembrerebbe no in base alla sua prima parte e sì in base alla sua seconda. Ma una risposta positiva sembra ricavabile dalla Sezione del Testo Unico precedente a questa, che, come sopra riportato, prevede che le organizzazioni sindacali firmatarie possono optare a favore delle Rsa, ove *"non siano mai state costituite forme di rappresentanza sindacale"*.

Se, poi, sono già state costituite Rsa, non c'è contrasto fra la Sezione seconda e la Sezione prima, almeno con riguardo al passaggio alle Rsu, che per entrambe potrà avvenire alla loro scadenza, solo con un via libera dato dalle organizzazioni sindacali; perché, per la Sezione seconda, *“solo se definito unitariamente dalle organizzazioni sindacali aderenti alle Confederazioni firmatarie del Protocollo 31 maggio 2013”*; mentre, per la Sezione prima, come già visto, *“se deciso dalle organizzazioni sindacali che rappresentino a livello nazionale la maggioranza del 50+1”*.

b) Per il resto nelle Sezioni seconda e terza (*“Disciplina delle elezioni delle r.s.u.”*) si ottempera all'impegno assunto da Confindustria, Cgil, Cisl, Uil, col Protocollo d'Intesa 31 maggio 2013, a rendere coerenti le regole dell'Accordo interconfederale del dicembre 1993, con i principi contestualmente menzionati, cioè, oltre a quelli già visti relativi alla clausola di salvaguardia a favore delle Rsu e alla sostituibilità delle Rsa con Rsu alla loro scadenza, anche l'eliminazione del *“terzo riservato”* e la decadenza dei componenti delle Rsu che cambino *“casacca”* sindacale.

Il sistema resta *“aperto”* con rispetto all'iniziativa per la costituzione e alla partecipazione alle elezioni delle Rsu, attribuita non solo alle organizzazioni sindacali aderenti alle Confederazioni firmatarie dell'Accordo Interconfederale 28 giugno 2011, del Protocollo 31 maggio 2013 ed ora pure del Testo Unico; ma anche a quelle associazioni sindacali che siano comunque firmatarie del contratto collettivo nazionale di lavoro ovvero che, dotate di propri statuti e atti costitutivi, accettino espressamente e formalmente il contenuto di quei testi interconfederali e corredino le loro liste con un numero di firme che qui viene differenziato, perché risulta ancora pari al 5% degli aventi diritto al voto nelle aziende con oltre 60 dipendenti, ma cala a sole tre firme per quelle fra i 16 e i 59 dipendenti.

E, ribadito il passaggio della dote di cui al Tit. III dello Statuto dalle Rsa alle Rsu, se ne conserva una parte a capo delle organizzazioni sindacali di categoria firmatarie il Ccnl applicato nell'unità produttiva, quale costituita dal diritto ad indire assemblee per 3 delle 10 ore retribuite di cui all'art. 20 St., dal diritto ai permessi non retribuiti di cui all'art. 24 St., del diritto di affissione di cui all'art. 25 St.

In seguito, nella Parte terza, si precisa che ai fini del *“riconoscimento dei diritti sindacali previsti dalla legge, ai sensi dell'art. 19 e ss. della legge 20 maggio 1970, n. 300”*, non è sufficiente che le organizzazioni sindacali di categoria siano firmatarie del Ccnl applicato nell'unità produttiva, ma è necessario che *“abbiano partecipato alla negoziazione in quanto hanno contribuito alla definizione della piattaforma e hanno fatto parte della delegazione trattante l'ultimo rinnovo del c.c.n.l. definito secondo le regole del presente accordo”*. Questo risponde evidentemente allo scopo di escludere dall'accesso a quei diritti statutari riservati dal Testo Unico alle organizzazioni sindacali firmatarie del Ccnl applicato nelle unità produttive, non solo quelle rimaste assenteiste nel corso della trattativa, ma anche quelle firmatarie di un Ccnl pur sempre applicato nell'unità produttiva, ma non definito secondo il percorso previsto, cioè, per leggerlo in controluce, *“separato”*. Ma certo rappresenta un'interpretazione alquanto estensiva di Corte cost. n. 231/2013, destinata a valere solo per le parti firmatarie o aderenti, sempre solo con la limitata efficacia attribuibile allo stesso Testo Unico.

Per quanto attiene alle condizioni di svolgimento delle elezioni, riprese quasi pari pari dall'Accordo interconfederale 1 dicembre 1993, non resta che rinviare alla dettagliata disciplina della Sezione terza, dato che qui costituirebbe un fuor d'opera rispetto al tema centrale affrontato, per di più destinato a prolungare a dismisura questo scritto.

15.3 Parte terza: titolarità ed efficacia della contrattazione collettiva nazionale di categoria e aziendale

In questa Parte terza viene recuperata quasi alla lettera dall'Accordo interconfederale 28 giugno 2011 e dal Protocollo d'Intesa 31 maggio 2013 la disciplina della contrattazione collettiva, che, come allora sottolineato, appare articolata su un contratto nazionale di lavoro e su un contratto aziendale competente per le materie delegategli dallo stesso contratto collettivo nazionale o dalla legge, se pur tale da poter derogare al regime categoriale, sotto un controllo dall'alto configurato diversamente per la fase transitoria e per la fase a regime. E viene considerata fornita di efficacia ed esigibilità generale in base al principio di effettività per quanto concerne la parte economico-normativa, con riguardo a *“tutti i lavoratori del settore ovunque impiegati nel territorio nazionale”* (nel caso del contratto nazionale) e, rispettivamente, *“per tutto il personale in forza”* (nel caso del contratto aziendale); nonché dotata di vincolatività per quanto attiene alla parte obbligatoria, con rispetto alle organizzazioni sindacali firmatarie comunque aderenti alle parti firmatarie del Testo unico (nell'ipotesi del contratto nazionale) e, rispettivamente, a *“tutte le associazioni sindacali, espressione delle Confederazioni sindacali firmatarie dell'Accordo Interconfederale del 28 giugno 2011, del Protocollo d'intesa del 31 maggio 2013 e del presente Accordo o che, comunque tali accordi abbiano formalmente accettato, operanti all'interno dell'azienda”* (nell'ipotesi del contratto aziendale).

a) La procedura idonea a produrre la prevista efficacia/esigibilità e vincolatività del contratto nazionale è quella messa a punto dal Protocollo d'Intesa 31 maggio 2013, con la richiesta, per l'ammissione al tavolo del contratto nazionale di una rappresentatività calcolata in base alla ben nota formula mista associativa/ elettiva, con la soglia costituita dalla percentuale del 5% (che, peraltro, stando alla lettera, sembra pur sempre valere solo per le “Federazioni delle Organizzazioni Sindacali firmatarie del presente accordo e dell'Accordo Interconfederale del 28 giugno 2011 e del Protocollo del 31 maggio 2013); e di sottoscrizione formale del testo contrattuale da parte delle *“Organizzazioni sindacali che rappresentino almeno il 50% +1 della rappresentanza come sopra determinata, previa consultazione certificata delle lavoratrici e dei lavoratori, a maggioranza semplice – le cui modalità saranno stabilite dalle categorie per ogni singolo contratto”*.

Si presenta qui un duplice quesito. Anzitutto c'è da interrogarsi sul se per il calcolo della maggioranza del 50% +1 si debba tener conto di tutte le organizzazioni sindacali che abbiano raggiunto la fatidica soglia del 5%, oppure solo di quelle che abbiano anche partecipato alla trattativa. La lettera del Testo Unico, come ripresa dal Protocollo d'Intesa 31 maggio 2013, è chiaramente nel primo senso, perché recita *“I contratti collettivi che rappresentino almeno il 50%+1 della rappresentanza come sopra determinata”*, cioè quella richiesta per l'ammissione alla trattativa; anche se ciò non appare del tutto coerente rispetto all'importanza data alla definizione di una piattaforma unitaria proprio in vista del raggiungimento del 50% +1, quale può essere assicurata solo da una attiva partecipazione.

Poi, c'è da chiedersi se tale maggioranza sia richiesta per la formulazione della bozza definitiva da sottoporre alla consultazione dei lavoratori ancor prima che per la sottoscrizione. La lettera del Testo Unico non è affatto univoca, perché la contempla solo per la sottoscrizione; ma suona del tutto incoerente rispetto all'intera procedura, se la si interpreta nel senso che sia sufficiente anche una maggioranza inferiore per sottoporre la bozza alla consultazione dei lavoratori, dato che non si saprebbe quale, e che, comunque, una volta approvata, dovrebbe pur sempre essere sottoscritta dal 50% +1.

Passando dal teorico al pratico, si è già avuto occasione di sottolineare a suo tempo come proprio la consapevolezza della possibile difficoltà di raggiungere una tale maggioranza abbia suggerito, per così dire, di “prepararla”, col richiedere la cooperazione delle Federazioni di categoria, per mezzo della predisposizione di regolamenti circa le modalità di definizione della piattaforma e della delegazione trattante, tali da permetterne la presentazione di una unitaria; e col prevedere in ultima istanza una collaborazione della stessa controparte datoriale, per tramite di un’attività non meglio definita, idonea a favorire l’avvio della negoziazione *“sulla base della piattaforma presentata da organizzazioni sindacali che abbiano complessivamente un livello di rappresentatività nel settore pari almeno al 50% +1”*.

Solo che la previsione di quella previa consultazione dei lavoratori, non si sa bene da chi e come *“certificata”*, può essere controproducente. Già di per sé denuncia una esplicita riserva circa la sufficienza della sola rappresentatività, tanto più che la consultazione viene decisa a maggioranza semplice, con a sua conseguenza inevitabile la delegittimazione delle organizzazioni sindacali ammesse al tavolo negoziale; ed esercita una potenziale influenza sfavorevole sullo stesso negoziato, perché a seconda della risposta che le organizzazioni si aspettano dalle loro basi, sono invogliate a tener duro su una rivendicazione o ad avanzarne una addirittura opposta.

Controproducente, ma non priva di una sua ragione. A cercarne una diversa da quella coltivata soprattutto all’interno della Cgil, di una qual sorta di primazia della democrazia *“diretta”*; c’è da tener conto della consapevolezza comune a tutte le parti della differenza esistente fra il settore privato ed il settore pubblico con riguardo ad una democrazia *“rappresentativa”*, declinata in termini non di *“rappresentanza”* ma di *“rappresentatività”*. Nel settore privato la procedura relativa alla verifica della rappresentatività risulta non solo meno affidabile; ma soprattutto meno capace di restituirne una a misura della realtà coperta, perché, a prescindere d’altro, la bassa sindacalizzazione riduce il significato dei dati associativi e la mancata generalizzazione delle Rsu ridimensiona il rilievo dei dati elettorali.

Comunque sia, non è escluso che, nonostante tutta la loro buona volontà, le organizzazioni sindacali non trovino l’accordo su una piattaforma unitaria o lo trovino ma lo perdano nel corso della trattativa, anche per il comportamento della parte datoriale, certo non disponibile a fare concessioni giudicate da lei non tollerabili, solo per salvare l’unità di azione delle controparti sindacali. Sicché è possibile che alla fin fine non emerga una bozza definitiva con dalla sua l’approvazione della prevista maggioranza del 50% +1.

E se la prevista maggioranza del 50% + 1 non viene raggiunta, l’alternativa che si presenta alla controparte datoriale è quella fra il *“non rinnovo”* o il *“rinnovo con chi ci sta”*. Certo, il *“rinnovo con chi ci sta”* fa scattare il sistema sanzionatorio previsto dal Testo unico e ridimensiona l’effetto del contratto concluso a quello di un contratto *“separato”*. Quindi da un punto di vista formale non significherebbe il collasso del sistema, ma da un punto di vista sostanziale lo significherebbe di certo, perché c’è un insegnamento facilmente deducibile dal passato, che, cioè, quanto è costruito sull’unità sindacale non sopravvive alla sua rottura.

b) A sua volta la procedura idonea a produrre la prevista efficacia/esigibilità e vincolatività del contratto aziendale è quella definita dall’Accordo interconfederale 28 giugno 2011, che, sulla premessa di una preferenza accordata alle Rsu, ridimensionata dalla lezione dei fatti da assoluta a relativa, contempla anche la sopravvivenza delle Rsa.

b1) Nel caso della presenza delle Rsu, il Testo Unico prevede che il contratto aziendale debba essere approvato dalla *“maggioranza dei componenti”*. Tale regola, esplicitata nella Parte terza, sembrerebbe valida in generale, in forza del rinvio effettuato nella Parte seconda, a’ sensi della quale le *“decisioni relative a materie di competenza delle r.s.u. sono assunte dalle stesse, a maggioranza, in base a quanto previsto nella parte terza del presente accordo che recepisce i contenuti dell’accordo interconfederale 28 giugno 2011”*: si parla solo di *“maggioranza”*, ma in base al rinvio la si dovrebbe intendere come *“maggioranza dei componenti”*. Ora, appare illogico che l’unico riferimento del Testo Unico al funzionamento interno delle Rsu - per il resto lasciato a se stesso, senza neppure precisare chi e come se ne debba far carico - sia quello di far della *“maggioranza dei componenti”* la regola unica ed esclusiva per tutte le loro decisioni, più o meno rilevanti. È fin troppo facile prevedere quale ne sarebbe l’impatto negativo sulla loro attività quotidiana; sicché riesce preferibile leggere l’espressione *“decisioni relative alla materie di competenza delle r.s.u.”* di cui alla Parte seconda come se riguardasse solo quelle decisioni su materie delegate dal livello nazionale o dalla legge al livello aziendale.

L’approvazione da parte della Rsu del testo del contratto collettivo aziendale è sufficiente, dato che non è prevista una partecipazione delle associazioni territoriali, nella forma *hard* della contitolarietà, o nella forma *soft* dell’assistenza; eccezion fatta per la disciplina transitoria dell’eventuale deroga al contratto collettivo nazionale, dove, appunto, è richiesta l’*“intesa”* con le organizzazioni territoriali di categoria delle Confederazioni sindacali che l’hanno sottoscritta. Il che potrebbe apparire comunque idoneo a blindare un sistema ancora rigidamente centrato su un livello nazionale gestito dalle organizzazioni sindacali categoriali, perché se a livello aziendale le Rsu lo devono solo osservare, sono in grado di farlo da sole; mentre se lo possono derogare, sono tenute a farlo d’accordo con le organizzazioni sindacali territoriali.

Tutto bene, dunque, ma solo sulla carta, dal momento che nella prassi quotidiana ne esce ulteriormente indebolito il coordinamento *“soggettivo”* del sistema, già intaccato dal bando del terzo riservato; si da consegnarlo tutto al controllo dall’*“alto”* delle elezioni delle Rsu, con a salvaguardia del risultato uscitone la prevista decadenza dell’eletto *“sleale”*, ma solo se cambia *“casacca”* sindacale, non anche se si limita a far resistenza alla linea ufficiale della sua organizzazione. Indebolimento, questo del coordinamento *“soggettivo”*, che appare ancor più rilevante se si tiene conto del fatto che il coordinamento *“oggettivo”* è inficiato dall’essere privo di quell’effetto reale di cui è provvisto nel settore pubblico.

b2) Invece, nel caso della presenza delle Rsa, il Testo unico prevede che il contratto aziendale debba essere licenziato da una maggioranza riferita non alle stesse Rsa, ma alle deleghe relative ai contributi sindacali conferite dalle organizzazioni sindacali nel cui ambito risultano costituite. Ma la cosa può anche non bastare, perché se ne viene fatta richiesta, entro 10 giorni, da almeno un 30% dei dipendenti o da una organizzazione sindacale *“espressione”* di una delle Confederazioni firmatarie, quel contratto deve essere sottoposto ad un referendum, che risulta valido solo con la partecipazione del 50%+ 1 degli aventi diritto al voto; mentre poi basta la maggioranza semplice dei votanti per bocciare il contratto stesso.

Riesce evidente la diversità delle procedure negoziali previste con riguardo alle Rsu e alle Rsa. Le Rsu sono uniche, si da dover gestire la trattativa unitariamente, con la decisione finale rimessa alla maggioranza dei componenti; e tale decisione è appellabile davanti ai lavoratori; le Rsa sono plurime, si da poter anche condurre la trattativa separatamente, con l’approvazione finale affidata alla maggioranza delle deleghe complessive; e tale approvazione è appellabile innanzi ai

lavoratori, se c'è una significativa insoddisfazione fra i lavoratori, quale espressa da almeno il 30% dei dipendenti o qualificata contrarietà fra le organizzazioni sindacali facenti capo alle Confederazioni firmatarie dell'accordo, quale esplicitata da una loro Rsa.

Il che pare spiegabile in ragione del loro differente grado di credibilità agli occhi degli lavoratori, essendo le Rsu elette da tutti e le Rsa composte dai soli iscritti; ma anche del loro differente grado di affidabilità agli occhi delle stesse organizzazioni sindacali. Come detto, le Rsu gestiscono la trattativa unitariamente, sicché anche le organizzazioni sindacali, che non contribuiscono a formare la maggioranza dei componenti, sono esenti dal rischio di esservi tagliate fuori; mentre le Rsa possono condurre la trattativa anche separatamente, sicché quelle organizzazioni sindacali che non contribuiscono a creare la maggioranza delle deleghe sono esposte al rischio di rimanervi se non formalmente, certo sostanzialmente escluse.

15.4 Parte quarta: disposizioni relative alle clausole e alle procedure di raffreddamento e alle clausole sulle conseguenze dell'inadempimento

Il vero e proprio *aliquid novi* del Testo Unico è dato dal tentativo di fornire il sistema di quella esigibilità auto-garantita di cui poco si era interessata la disciplina interconfederale precedente; non per la mancata consapevolezza della sua rilevanza, ma per la persistenza di quella concezione del contratto collettivo come mero "armistizio" e non "pace" fra le parti, prodotta dall'"autunno caldo" e teorizzata dalla migliore dottrina del tempo. Tant'è che proprio qui è esploso drammaticamente il contrasto fra la Cgil e la Fiom sullo stesso Testo Unico, la cui soluzione è stata rimessa ad una consultazione dei lavoratori, discussa e contestata con riguardo alle stesse regole con cui dovrebbe svolgersi.

La Parte quarta è aperta da una dichiarazione d'intenti, per cui le parti *"convengono sulla necessità di definire disposizioni volte a prevenire e a sanzionare eventuali azioni di contrasto di ogni natura, finalizzate a compromettere il regolare svolgimento dei processi negoziali come disciplinati dagli accordi interconfederali vigenti nonché l'esigibilità e l'efficacia dei contratti collettivi stipulati nel rispetto dei principi e delle procedure contenute nelle intese citate"*. A questa fa seguito una serie di "contenuti obbligatori" dei contratti collettivi nazionali, se pur individuati in termini generali, sì da poter essere declinati con notevoli margini di discrezionalità: a loro tocca *"definire clausole e/o procedure di raffreddamento finalizzate a garantire per tutte le parti, l'esigibilità degli impegni assunti ... e a prevenire il conflitto"*; nonché *"determinare le conseguenze sanzionatorie per gli eventuali comportamenti attivi od omissivi che impediscano l'esigibilità"* degli stessi, con la precisazione che tali conseguenze *"dovranno riguardare i comportamenti di tutte le parti contraenti e prevedere sanzioni, anche con effetti pecuniari, ovvero che comportino la temporanea sospensione di diritti sindacali di fonte contrattuale e di ogni altra agibilità derivante dalla presente intesa"*.

Ora quel che qui c'è di nuovo, rispetto al poco previsto dal Protocollo d'Intesa 31 maggio 2013, è la previsione esplicita di sanzioni a carico delle parti, per comportamenti in contrasto con gli impegni assunti, peraltro fatta in maniera approssimativa: con un certa indeterminatezza con riguardo alla loro natura, costituita da generici *"effetti pecuniari"* e da altrettanto generici limiti ai diritti sindacali, la cui *"temporanea sospensione"* si estende da quella limitata ai *"diritti sindacali di fonte contrattuale"* a quella illimitata *"di ogni altra agibilità derivante dalla presente intesa"*; nonché, con una qualche forzatura, rispetto anche alla loro distribuzione fra le parti, perché solo i generici *"effetti pecuniari"* possono riguardare anche la controparte datoriale, per esempio

tramite multe a diversa destinazione, ma non certo la temporanea sospensione dei diritti sindacali contrattuali e di ogni altra agibilità.

Ed è da qui che trae ragione la resistenza di una Fiom che nella vicenda Fiat si era ostinatamente rifiutata di firmare un testo che, a suo giudizio, non solo derogava al contratto categoriale unitario del 2008; ma anche includeva sanzioni per comportamenti difformi sia per i sindacati, causando la sospensione temporanea dei diritti sindacali contrattuali, sia per i singoli, legittimando l'apertura di procedimenti disciplinari.

Resistenza, questa, non attenuata dal fatto che ormai è lezione acquisita dalla disciplina interconfederale quella per cui gli impegni assunti dai sindacati sono in nome e per conto proprio, sì da risultare sanzionabili esclusivamente a loro carico. Tant'è che viene qui recuperato quasi alla lettera un punto dell'Accordo interconfederale 28 giugno 2011, relativo ai contratti aziendali, conclusi nei modi e termini previsti, che *“definiscono clausole di tregua sindacale e sanzionatorie, finalizzate a garantire l'esigibilità degli impegni assunti con la contrattazione collettiva”* le quali *“hanno effetto vincolante, oltre che per il datore di lavoro, per tutte le rappresentanze sindacali dei lavoratori nonché per le associazioni sindacali espressioni delle confederazioni firmatarie del presente accordo, e per le organizzazioni che ad esso abbiano formalmente aderito, e non per i singoli lavoratori”*.

15.5 Clausole transitorie e finali

La sua formula di apertura, ripresa dal Protocollo d'Intesa 31 maggio 2013, recita che le *“parti firmatarie della presente intesa si impegnano a fa rispettare le regole qui concordate e si impegnano, altresì, affinché le rispettive organizzazioni di categoria ad esse aderenti e le rispettive articolazioni a livello territoriale e aziendale si attengano a quanto pattuito nel presente accordo”*; e così fa emergere la consapevolezza acquisita dalle stesse parti di non essere in grado di obbligare le loro strutture categoriali, ma di potersi far carico solo del dovere di influenzarle. Ma questa formula è seguita da una disciplina transitoria - destinata a durare fino a quando i contratti collettivi nazionali si dotino dei “contenuti obbligatori” previsti dalla Parte quarta - che contempla *“una procedura arbitrale da svolgersi a livello confederale”*: riguarda *“eventuali comportamenti non conformi agli accordi”*; e risulta obbligatoria per *“le organizzazioni di categoria appartenenti ad una delle Confederazioni firmatarie del presente accordo, ovvero che comunque tale accordo abbiano formalmente accettato”*.

Tali organizzazioni *“sono obbligate a richiedere alle rispettive Confederazioni la costituzione di un collegio di conciliazione e arbitrato composto, pariteticamente, da un rappresentante delle organizzazioni sindacali confederali interessate e da altrettanti rappresentanti della Confindustria, nonché da un ulteriore membro, che riveste la carica di Presidente, individuato di comune accordo o, in mancanza di accordo, a sorteggio fra esperti della materia indicati in una apposita lista definita di comune accordo, entro 30 giorni, dalle parti stipulanti il presente accordo”*. Il Collegio dovrà entro il termine di dieci giorni dalla sua costituzione, prendere una decisione comprensiva delle *“misure da applicarsi nei confronti delle organizzazioni sindacali e dei datori di lavoro in caso di inadempimento degli obblighi assunti con il presente accordo e, in particolare, dell'obbligo di farne rispettare i contenuti alle rispettive articolazioni a tutti i livelli”*.

Vista dalla prospettiva delle parti costituenti sembrerebbe una ripresa in chiave non “descrittiva”, ma “prescrittiva” della famosa tesi dell’“ordinamento intersindacale” elaborata da Gino Giugni, prima che l'intervento dello Stato sul sistema delle relazioni collettive si facesse invasivo, se pur

a partire da un testo promozionale come lo Statuto dei lavoratori, se pur limitata alle stesse. A dire il vero, non ci sono adesioni per mezzo della firma del Testo Unico, ma ricezioni autonome, per tramite della sottoscrizione di altre intese distinte fra Confindustria e Ugl, Confindustria e Cisl, e fra Cgil, Cisl e Uil e Confservizi, sì da lasciar aperto il problema di come il tutto possa essere ricondotto ad un sistema unitario.

Ma già con rispetto all'ambito originario, limitato alle parti costituenti, emerge pur sempre tutta relativa debolezza di una esigibilità affidata solo a procedure e sanzioni prive di rilevanza nell'ordinamento statale. Perché qui, come visto, non sorge alcun obbligo azionabile di richiedere la costituzione del Collegio; e, anche a prescindere dal fatto che tale Collegio, di cui non si conosce chi e come dovrebbe farsi carico del suo regolamento, dovrebbe somigliare a *Speedy Gonzales*, per risolvere il tutto in una decina di giorni, non sorge neppure alcun obbligo azionabile con riguardo alle sanzioni previste a carico delle organizzazioni sindacali e dei datori di lavoro.

Peraltro, a conferma dell'intenzione di dar vita ad un sistema interconfederale auto-concluso ed auto-sufficiente, c'è la previsione di una Commissione interconfederale permanente, costituita *"a cura delle pari firmatarie del presente accordo ...con lo scopo di favorirne e monitorarne l'attuazione, nonché di garantirne l'esigibilità"*.

Composta *"da sei membri, designati dalla Confindustria e dalle tre organizzazioni sindacali più rappresentative al momento della costituzione"*, maniera elegante per dire dalle sole Cgil, Cisl ed Uil, sì da far emergere come il sistema sia formalmente "aperto", ma sostanzialmente "chiuso" a pro delle tre grandi Confederazioni sindacali; con in più un *"settimo componente ... che assumerà funzioni di Presidente ... individuato fra esperti della materia indicati in una apposita lista definita di comune accordo"*, formula usuale per indicare persone per cui conta assai meno la competenza che la controllabilità.

Dopodiché a questa specie di Corte Suprema dell'ordinamento intersindacale così creato, viene concessa una competenza tanto generica quanto larga, perché, fatte *"salve le clausole che disciplinano l'esigibilità per i singoli contratti collettivi nazionali di categoria"*, può stabilire con proprio regolamento non solo *"le modalità del proprio funzionamento"*, ma anche *"i poteri di intervento per garantire l'esigibilità dei contenuti del presente accordo, definendo ogni controversia anche attraverso lo svolgimento di un giudizio arbitrale"*.

Sembrerebbe una Costituzione scritta se non per l'eternità, certo per più di una generazione, sempreché confermata dalla prevista consultazione dei lavoratori promossa dalla Cgil, se non suonasse in senso contrario la scontata ma poco scaramantica previsione finale per cui *"Il presente accordo potrà costituire oggetto di disdetta e recesso ad opera delle parti firmatarie, previo preavviso pari a 4 mesi"*.

D'altronde il finale potrebbe essere assai più prossimo e drammatico di quanto previsto al momento della sottoscrizione, perché a seguito di una eventuale bocciatura nella consultazione promossa dalla Cgil, questa sarebbe costretta a dar il suo bravo recesso/disdetta, facendo così venire meno lo stesso presupposto del sistema configurato dal Testo Unico, cioè il concerto unitario delle tre grandi Confederazioni sindacali. Ed anche a ritenere che, una volta uscita dal Testo Unico, la Cgil rimanga a far parte degli Accordi interconfederali pregressi, sopravvissuti o resuscitati che dir si voglia, risulterebbe ben difficile renderli operativi, sì da creare un vuoto di per se solo tale da stimolare il legislatore a riempirlo.

Per un intervento eteronomo sulla rappresentanza sindacale: se non ora quando!*

Bruno Caruso

1. Premessa.	361
2. Le facilitazioni dell'intervento eteronomo su rappresentanza e rappresentatività sindacale: cinque fattori di contesto.	361
2.1 Primo fattore, mutamenti nell'ordinamento sindacale: fatti e regole.	362
2.2. Secondo fattore favorevole all'intervento eteronomo: mutamenti istituzionali nel frattempo intervenuti.	366
2.3. Terzo fattore favorevole all'intervento eteronomo: maturazione sul piano teorico e dottrinale della tesi della portata non ostativa dell'art. 39 Cost. II parte.	367
2.4. Quarto fattore favorevole all'intervento eteronomo: esperienze (domestiche) pregresse ed esperienze comparate.	368
2.5 Quinto fattore favorevole all'intervento eteronomo: attenuazione del clima politico sindacale sfavorevole.	370
3. Per una legge di supporto delle regole sindacali su rappresentanza e rappresentatività.	370
3.1. Criteri e metodi di misurazione della rappresentatività sindacale e scopi della rappresentatività misurata.	371
3.2. Sostegno normativo al sistema di rappresentanza sindacale a livello aziendale.	372
3.3. Sostegno all'efficacia della contrattazione aziendale in deroga ai contratti nazionali e alla legge. Modifica dell'art. 8 della legge n. 148/2011.	372
3.4. Regolare per legge il regime di esigibilità previsto negli Accordi interconfederali.	373

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 206/2014

1. Premessa.

Questo breve scritto è organizzato in due parti: nella prima si indica il cambiamento delle condizioni di contesto che rendono oggi – rispetto alla fine degli anni 90, allorché si registrò il fallimento dell'ultimo tentativo di intervento legislativo¹⁰⁸⁴ – non solo possibile, ma ancor più auspicabile di allora la regolazione eteronoma di rappresentanza e rappresentatività sindacale; nella seconda parte di questo scritto si esporranno le linee di un possibile intervento della legge che si ispira alla filosofia promozionale dell'autoregolazione sindacale e, quindi, al metodo riflessivo¹⁰⁸⁵.

2. Le facilitazioni dell'intervento eteronomo su rappresentanza e rappresentatività sindacale: cinque fattori di contesto

Le mutate condizioni di contesto che facilitano, oggi, l'intervento eteronomo attengono a cinque fattori che possono essere così individuati: a) mutamenti sul piano dell'ordinamento sindacale, nella sua dimensione fattuale e di regolamentazione volontaria. b) Mutamenti del quadro giuridico istituzionale con rottura di alcuni tabù culturali e perdurante atteggiamento della Corte costituzionale favorevole all'intervento eteronomo. c) Sedimentazione e maturazione teorica, nel dibattito dottrinale, di alcune acquisizioni con riguardo al rapporto tra art. 39 Cost. e intervento legislativo a quadro costituzionale invariato; si fa riferimento all'ormai storico saggio di M. D'Antona sull'art. 39 oggi¹⁰⁸⁶. Questa posizione, ampiamente motivata sul piano teorico, è riconducibile a tale assunto: in quella norma quel che è ancor ancora valido e attuale sono i principi: in particolare, per l'effetto *erga omnes* del contratto collettivo (nella disposizione costituzionale, il contratto nazionale di categoria), l'aggancio a regole di democrazia procedurale e al principio di proporzionalità della rappresentanza che, ancorché riferito al dato associativo, può essere esteso, senza infrangere il principio costituzionale, anche al mix di consenso associativo ed elettivo; le tecniche sono, invece, contingenti e anacronistiche e comunque suscettibili di essere attuate attraverso "sucedanei funzionali". d) Esperienze precedenti e comparate di segno positivo: in

¹⁰⁸⁴ Si fa riferimento al d.d.l. Gasperoni, presentato nel corso della XIII legislatura, con il quale si toccò il culmine della parabola del dibattito e della prassi istituzionale sulla democratizzazione della funzione di rappresentanza del sindacato, che proponeva: a) l'adozione, anche nel settore privato, di procedure di misurazione della rappresentatività sindacale, conformemente ai criteri adottati nel settore pubblico; b) l'individuazione di precisi criteri di misurazione della rappresentatività anche per le organizzazioni dei datori di lavoro; c) meccanismi di estensione «erga omnes» dei contratti collettivi; d) la regolamentazione per legge delle elezioni delle RSU nei luoghi di lavoro, prevedendo, per esse, diritti specifici ed ulteriori (rispetto a quelli previsti nello Statuto dei lavoratori). La proposta, appoggiata dalle componenti di sinistra della compagine governativa dell'epoca e da una parte del sindacato (CGIL) e giustificata in nome di una maggiore democratizzazione del sistema sindacale italiano contro gli eccessi di verticismo e burocratizzazione, si arenò dinnanzi ai dubbi tecnici, di costituzionalità e di opportunità politica, sollevati anche da settori della dottrina giuslavorista vicina al sindacato, nonché da alcuni settori della compagine governativa del tempo. Allo stallo della proposta contribuì anche l'opposizione della Confindustria e di alcune organizzazioni sindacali (UIL e CISL). Per una rivisitazione dell'itinerario legislativo e delle cause dell'insuccesso del ddl, si v. lo stesso firmatario: GASPERONI, *La rappresentanza sindacale per via legislative o negoziale?*, in *QRS*, 2002, n. 1, p. 67 ss. Notoriamente sul quel progetto si spese molto Massimo D'Antona, all'epoca consulente tecnico del governo.

¹⁰⁸⁵ Sui temi del metodo riflessivo, TEUBNER, *Substantive and Reflexive Element in Modern Law*, in *LSR*, 1983, n. 2, p. 239; e, più di recente, BARNARD, DEAKIN, HOBBS, *Reflexive Law, Corporate Social Responsibility and the Evolution of Labour Standards: The Case of Working Time*, in *CBR WP*, 2004, n. 294; DEAKIN, *Reflexive harmonisation and European company law*, in *ELJ*, 2009, p. 224; DEAKIN, McLAUGHLIN, CHAI, *Gender inequality and reflexive law: the potential of different regulatory mechanisms*, in DICKENS, MORRIS (a cura di), *Making Employment Rights Effective*, 2012, Hart Publishing.

¹⁰⁸⁶ D'ANTONA, *Il quarto comma dell'art. 39 della Costituzione, oggi*, in *DLRI*, 1998, n. 20, p. 665; e la rilettura di questo saggio, CARUSO, *Nella bottega del maestro: «Il quarto comma dell'art. 39 della Cost. oggi» (sapere, tecnica e intuizione nella costruzione di un saggio)*, in *DLRI*, 2009, p. 53 ss.

particolare il rodaggio ventennale della regolazione della rappresentatività nel pubblico impiego, ma anche la presa d'atto, a livello di sistemi sindacali comparati, che il principio di maggioranza può essere regola/principio in grado di governare il pluralismo sindacale, come le riforme francesi dimostrano. Infine, e) un clima politico-sindacale, ma anche culturale, non radicalmente ostile, in linea di principio, all'intervento eteronomo: le ipotesi astensionistiche pure e le teorie basate sul postulato dell'effettività sono oggettivamente più deboli rispetto a vent'anni fa¹⁰⁸⁷.

Dunque, in sintesi, una congiuntura favorevole all'intervento eteronomo il quale potrebbe essere veicolato e facilitato da convergenti fattori di natura fattuale, politica e dottrinale.

2.1 Primo fattore, mutamenti nell'ordinamento sindacale: fatti e regole

Più specificamente con riguardo ai mutamenti dell'ordinamento sindacale i mutamenti si registrano sia sul piano dell'effettività politico-sindacale (l'ordinamento di fatto¹⁰⁸⁸), sia sul piano delle regole (ordinamento sindacale in senso più precipuamente giugniano)¹⁰⁸⁹.

Sul piano dei mutamenti dell'ordinamento di fatto si segnala un elemento di assoluta novità rispetto alla stagione trascorsa: a) il bisogno di regole, a prescindere dal loro fondamento volontario o legale, è imposto dalla diversa natura e 'qualità' del dissenso che occorre regolare; una cosa è l'esigenza di regolare il dissenso, al margine, di limitati gruppi o sigle in dissenso; un'altra, e di ben più ampia portata, l'esigenza di regolare la competizione inter-confederale soprattutto dopo che si è superato il *breakpoint*, vale a dire la soglia oltre la quale la competizione pluralista diventa distruttiva. A partire dagli accordi separati, sino al caso Fiom v. Fiat e altri sindacati confederali¹⁰⁹⁰, si è entrati in una fase in cui il conflitto intersindacale è diventato strutturale e non ha visto, come

¹⁰⁸⁷ Resistono sul fronte dell'astensionismo a oltranza, oltre ad alcune componenti di origine sindacale/confindustriale, alcuni autori riconducibili soprattutto al gruppo Adapt: a tal proposito, si v. il numero monografico della newsletter Adapt sulle "ragioni del no alla legge sulla rappresentanza"; BONANNI, *Rappresentanza: c'è l'accordo non serve la legge*, in *l'Unità*, 20 gennaio 2014; *Rappresentanza, al via nel 2015. Squinzi «regolamento tra le parti tutela tutti non serve legge»*, in *Il sole 24 ore*, 16 gennaio 2014; TIRABOSCHI, *Meglio nessuna legge piuttosto che far decidere il Parlamento sulla vita dei sindacati in azienda*, in *Il Foglio*, 14 agosto 2013. Tra i favorevoli all'intervento legislativo: LATTUADA, *Perché ci vuole una legge sulla rappresentanza*, in *l'Unità*, 21 gennaio 2014; *Si comincia con l'accordo. Intervista a Landini, che chiede una legge*, in *il Manifesto*, 2 giugno 2013.

¹⁰⁸⁸ SCARPELLI, *Lavoratore subordinato e autotutela collettiva*, Giuffrè, 1993. FERRARO, *Ordinamento, ruolo del sindacato, dinamica contrattuale di tutela*, Cedam, 1981. Per una strenua difesa del principio di effettività, si v. più di recente, LIEBMAN, *Sistema sindacale "di fatto"; efficacia del contratto collettivo (aziendale) e principio di effettività*, in *ADL*, 2011, n. 6, p. 1281.

¹⁰⁸⁹ GIUGNI, *Introduzione allo studio della autonomia collettiva*, Giuffrè, 1960.

¹⁰⁹⁰ Tra i numerosi approfondimenti sul caso Fiat, si v., a titolo meramente esemplificativo, il numero monografico di *Lavoro e Diritto* dedicato a *Il caso Fiat: una crisi di sistema?*, *LD*, 2011, n. 2; pure *La rappresentatività sindacale e la Corte Costituzionale*, *LD*, 2013, n. 4; numerosi interventi sul tema sono stati proposti anche nelle altre principali riviste giuslavoristiche (*ADL*, *DLRI*, *RGL* e *DLM*). Con particolare riferimento alla portata applicativa dell'art. 19 e ai suoi riflessi nella controversia giuridico-sindacale Fiat/Fiom, si v. BOLLANI, *Contratti collettivi separati e accesso ai diritti sindacali nel prisma degli accordi Fiat del 2010*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"*, 124/2011; BOLLANI, *L'articolo 19 dello Statuto dei lavoratori alla prova del caso Fiat: può la Corte costituzionale sostituirsi al legislatore?*, in *DRI*, 2012, n. 3, p. 830; CARUSO, *La rappresentanza negoziale irrisolta. Il caso Fiat tra teoria, ideologia, tecnica... e cronaca*, in *RIDL*, 2011, n. 3, p. 265; V. BAVARO, *Rappresentanza e rappresentatività sindacale nella evoluzione delle relazioni industriali*, in *DLM*, 2012, n. 1, p. 31; CARINCI, *Il grande assente: l'Art. 19 dello Statuto*, in *ADL*, 2012, n. 2, p. 333; ESPOSITO, NATULLO, *I limiti del dialogo tra ordinamento sindacale e ordinamento statale nel cono della controversia FIOM vs. FIAT*, in *DLM*, 2012, n. 1, p. 135; LECCESE, *Non solo diritti sindacali: il problema di costituzionalità dell'articolo 19, legge n. 300/1970, e l'estromissione del sindacato "scomodo" dai tavoli negoziali previsti dalla legge*, in *DRI*, 2012, n. 3, p. 821; PAPA, *L'art. 19 Stat. nell'affaire Fiat tra dissensi giurisprudenziali e sospetti di incostituzionalità*, *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"*, 147/2012; RAFFI, *L'interpretazione dell'art. 19 Stat. lav. e il diritto di cittadinanza della Fiom-Cgil*, *RGL*, 2012, n. 3, p. 431; TURSI, *L'articolo 19 dello Statuto, oggi*, in *DRI*, 2012, n. 2, p. 439.

in passato, opporre le grandi confederazioni, portatrici di consenso presunto maggioritario¹⁰⁹¹, a piccole formazioni in dissenso; sono state le stesse confederazioni tutte portatrici di consenso presunto - ma non misurabile allo scopo di individuare un soluzione maggioritaria del conflitto - ad aprire una fase di competizione intersindacale che ha avuto, come immediata conseguenza, lo sfarinamento del criterio della legittimazione negoziale (con a valle le ricadute sull'art. 19 l. 300/70) fondata sul 'reciproco riconoscimento', tipico principio di effettività su cui si è basato l'equilibrio della rappresentanza nel sistema post protocollo Ciampi.

Oggi l'ordinamento sindacale di fatto ci narra della necessità impellente di governare razionalmente il pluralismo sindacale competitivo mediante regole condivise; i fatti, intesi, come presunzione di consenso maggioritario, reciproco riconoscimento e prassi negoziali acclamate non bastano come collante del sistema sindacale post protocollo '93. Senza un nuovo e più adesivo collante, costituito da nuove regole, il sistema sindacale complessivo è destinato a sfarinarsi¹⁰⁹².

Da cui la seconda novità ordinamentale: b) la crisi non viene più governata con accordi politici, con un recupero meramente volontaristico della 'unità di azione' dove e quando si può, da una tregua armata basata su dichiarazioni politiche, bensì con una nuova stagione di regole procedurali e non più (soltanto) sostanziali.

Questa percezione della crisi storicamente accertata dell'ordinamento sindacale di fatto e il bisogno di superamento mediante regole procedurali, è stata dichiarata e formalmente certificata dalle confederazioni che hanno stipulato i tre Accordi interconfederali del 2011, del 2013 e del 2014 (il c.d. trittico sindacale). La seconda novità ordinamentale può essere, dunque, posta in questo modo.

I tre accordi interconfederali costituiscono un passaggio da una visione puramente fattuale e politica dell'ordinamento sindacale, per cui contano le decisioni politiche, i rapporti di forza e le relazioni di reciproco riconoscimento, a una visione, finalmente, istituzionale dell'ordinamento intersindacale, dove contano le regole prima delle prassi, e i meccanismi stessi che rendano effettive e applicate le regole (le sanzioni). La prima visione (prassista) denota un approccio ordinamentale (e culturale) rudimentale, in cui l'ordinamento viene governato dalla razionalità materiale (politica e rapporti di forza) e non da quella formale (giuridica: regole procedimentali); il salto

¹⁰⁹¹ Principio più volte ribadito dalla Corte Costituzionale (Corte Cost. 54/1974; 334/1988; 30/1990).

¹⁰⁹² Così MARIUCCI, *Gli eterni ritorni: dentro, fuori o oltre l'art.39 della costituzione?*, Intervento al Convegno *Regole della rappresentanza sindacale e vincoli costituzionali*, tenutosi il 27 marzo 2014 presso il Dipartimento di Scienze giuridiche dell'Università degli Studi Sapienza – Roma. Nello stesso anche gli interventi di molti dei discussants presentati nel corso dello stesso Convegno (v., in particolare, ZOPPOLI, RUSCIANO, LETTIERI, in corso di pubblicazione). Cfr. RUSCIANO, *Lettura e rilettura dell'art. 39 Costituzione*, in *DLM*, 2013, n. 2, p. 263, ZOPPOLI, *Le nuove rappresentanze sindacali unitarie e il gattopardo democratico*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"*, 204/2014. Si veda pure CARINCI, *Il lungo cammino per Santiago della rappresentatività sindacale: (dal Tit. III dello Statuto dei lavoratori al Testo Unico sulla Rappresentanza 10 gennaio 2014)*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"*, 205/2014, con una posizione favorevole all'intervento legislativo ma scettico sulla sua realizzabilità in ragione della portata ostativa dell'art. 39 Il parte; su questa posizione pure GHERA, *L'articolo 39 della Costituzione e il contratto collettivo*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"*, 202/2014, che auspica un intervento leggero sulla II parte dell'art. 39. Minimalista la posizione di TREU (*Intervento al Convegno Regole della rappresentanza*), che ritiene, al più, possibile un intervento limitato soltanto a una messa a punto dell'art. 19. Una posizione attendista, riferita alla verifica del rodaggio delle regole sindacali è stata espressa, nel corso dello stesso Convegno da PESSI, PROIA e, se non si è inteso male, anche da SANTORO PASSARELLI; radicalmente contrario ad ogni ipotesi di intervento eteronomo - con la riproposizione della forte ispirazione privatistica (santorianiana) dell'ordinamento sindacale (la barriera invalicabile dell'art. 39 primo comma Cost.) - PERSIANI.

verso un governo dei conflitti di rappresentanza intersindacale¹⁰⁹³ tramite regole volontarie 'perfette' (perché dotate anche di un embrione di sistema di giurisdizione intersindacale e di sanzioni¹⁰⁹⁴) costituisce, dunque, una svolta di ampia portata storica, nel senso che sancisce, per la prima volta in Italia, sul versante della rappresentanza sindacale e delle regole dei rapporti intersindacali, con riguardo alla contrattazione collettiva e alla rappresentanza aziendale nel settore privato, piena maturazione istituzionale dell'ordinamento intersindacale.

Nei tre accordi del 2011, 2013 e 2014 si legge in controluce la drammatica catarsi maturata nella vicenda degli accordi separati e del conflitto alla Fiat, che ha avuto come ulteriore strascico il conflitto interno CGIL/FIOM che riapre la stagione anche del conflitto intrasindacale (tra confederazione e Federazione) e che richiama la stagione, sempre con riguardo alla categoria dei metalmeccanici, del conflitto tra Fim e Cisl negli anni 70 e successivi¹⁰⁹⁵.

Di fronte alla nuova stagione di regole sindacali le strade degli osservatori comunque si dividono egualmente sull'ulteriore e ineludibile passaggio: da un lato, la tesi giusta la quale l'autoriforma volontaria del sistema sindacale è da considerare più che sufficiente per dare ordine e risolvere conflitti intersindacali e conseguenti aporie¹⁰⁹⁶; nella misura in cui l'ordinamento si fa più compiuto, addirittura attraverso la istituzione di un primo embrione di giurisdizione intersindacale¹⁰⁹⁷, qualsiasi intervento eteronomo sarebbe intrusivo e di ostacolo al funzionamento delle regole

¹⁰⁹³ Anche nei sistemi sindacali più ispirati al credo volontaristico come quello britannico si sono storicamente registrati accordi di regolamentazione dei conflitti di giurisdizione (di fatto conflitti di rappresentanza): basti pensare ai *Bridlington principles*. Si tratta di un sistema di regole adottate nel 1939 dal TUC (*Trade Union Congress*), nell'ambito del *Bridlington Agreement* – e soggette a diverse revisioni nel corso degli anni – per regolare la competizione intersindacale (tra i sindacati affiliati al TUC). Considerata l'assenza, nel sistema britannico, di un quadro regolamentare in materia di rappresentanza sindacale, le regole in discorso sono state introdotte al fine di prevenire i conflitti e regolare la concorrenzialità sindacale, evitando politiche di reclutamento aggressivo della *membership* da parte delle differenti sigle sindacali affiliate al TUC (le clausole contenute nei *Bridlington Agreements* sono dunque devolute a regolare le seguenti materie: *union membership*, *union recognition*, *job demarcations between unions*). In argomento SIMPSON (*The TUC's Bridlington Principles and The Law*, in *MLR*, 1983, n. 5, p. 635), descrive i *Bridlington principles* come "designed both to minimise disputes between affiliated unions and to provide procedures for resolving such disputes as do arise"; cfr. BALL, *Resolution of Inter-union Conflict: The T.U.C.'s Reaction to Legal Intervention*, in *ILJ*, 1980, p. 13. Nel Regno Unito, com'è noto, interventi eteronomi sulla democrazia sindacale si sono registrati negli anni '80, con i governi Thatcher, sul versante interno, in materia di sciopero e di elezione dei dirigenti sindacali (obbligo di referendum preventivo in funzione di limitazione dello sciopero, si rinvia a CARUSO, *Contributo allo studio della democrazia nel sindacato*, Giuffrè, 1986 e BIAGI, *Sindacato, democrazia diritto*, Giuffrè, 1986) e poi, sul versante esterno, della rappresentanza. Tra i pochi interventi regolativi sulla rappresentanza esterna si annovera la *statutory recognition procedure (SRP)*, inserita nell'ambito dell'*Employment Relations Act* del 1999. Dal momento che il funzionamento dell'autonomia collettiva nel Regno Unito si basa sul riconoscimento (*recognition*) del sindacato da parte del datore di lavoro, la proceduralizzazione della *trade union recognition* è stata introdotta in funzione strumentale all'attività di contrattazione aziendale, con la previsione, accanto al riconoscimento volontario, da parte del datore di lavoro, della controparte sindacale trattante (*voluntary recognition*), di una forma di riconoscimento coattivo – *mandatory or statutory recognition* – introdotta per le ipotesi di rifiuto del riconoscimento del sindacato come controparte contrattuale (e al fine di "coartare" il riconoscimento volontario). Su funzioni e limiti (e sui discutibili effetti sulla prassi applicativa) dell'istituto introdotto dall'ERA del 1999, si v., di recente, DOHERTY, *When You Ain't Got Nothin', You Got Nothin' to Lose.... Union Recognition Laws, Voluntarism and the Anglo Model*, in *ILJ*, 2013, n. 4, p. 369.

¹⁰⁹⁴ Si v., in particolare, la parte quarta del Testo Unico sulla Rappresentanza – sottoscritto da Confindustria e Cgil, Cisl e Uil il 10 gennaio 2014 – rubricata «disposizioni relative alle clausole e alle procedure di raffreddamento e alle clausole sulle conseguenze dell'inadempimento».

¹⁰⁹⁵ ROMAGNOLI, TREU, *I sindacati in Italia: storia di una strategia (1945-1976)*, il Mulino, 1977.

¹⁰⁹⁶ Si v. gli articoli di stampa a cura di Tiraboschi, Sacconi e di alcuni esponenti Cisl citati *supra*, nt. 4. Cfr. anche TIRABOSCHI, *La legge sindacale: le ragioni del no*, in CARINCI (a cura di) *Legge o contrattazione? Una risposta sulla rappresentanza sindacale a Corte Cost. n. 231/2013*, in *Adapt Labour Studies*, 2014, n. 20.

¹⁰⁹⁷ Si fa riferimento all'introduzione di regole su conciliazione arbitrato, avvenuta con la stipulazione del Testo Unico sulla Rappresentanza (v., in particolare, *Parte IV e Disposizioni transitorie e finali*).

appena varate. Al più occorrerebbe attendere il rodaggio delle regole volontarie¹⁰⁹⁸. La regola eteronoma finirebbe per impingere su, e rendere comunque meno fluido, il processo finalmente autoregolato.

Onde una posizione disposta a dare molto credito al consolidamento istituzionale dell'ordinamento intersindacale sancito dalle nuove regole volontarie (per altro *in fieri*, posto che gli accordi interconfederali devono aver seguito regolativo di dettaglio nei contratti nazionali¹⁰⁹⁹) e in virtù della considerazione che la nuova stagione delle regole, in qualche modo, supera una visione che tutto concede alla prassi come criterio autofondativo del sistema sindacale¹¹⁰⁰, ma che tuttavia non si discosta da una visione immunitaria e di *abstention of law* con riguardo alle regole della rappresentanza.

Una visione che s'inserisce nel solco dalla visione ordinamentale che fu di Gino Giugni e accolta dalla migliore dottrina degli anni '70¹¹⁰¹ fino alla svolta neocorporativa degli anni '80.

Dall'altra una posizione, che si condivide, giusta la quale il trittico di accordi sindacali spiana oggettivamente la strada a un intervento del legislatore, come quello che si era pensato nella fase pregressa, secondo il metodo riflessivo o neoistituzionale (di cui parlavano D'Antona e Mengoni¹¹⁰²): la regolazione statale costruita 'sulle spalle' della regolazione volontaria.

Le nuove regole volontarie, è questa la tesi degli assertori dell'intervento eteronomo, molto possono per razionalizzare i problemi dei conflitti intersindacali e di manifestazione di dissenso, ma non garantiscono nel tempo la loro tenuta, implicano il coinvolgimento di soggetti pubblici (INPS, CNEL) per un'attività di certificazione che non potrebbe avere il crisma della certificazione pubblicistica, basandosi pur sempre su atti convenzionali di natura privatistica (onde l'anomalia di un'attività svolta da enti pubblici per risultati – la misurazione della rappresentatività – a valenza formalmente privatistica ma con evidenti implicazioni per il sistema generale) e non risolverebbe sul piano dell'ordinamento statale il problema dell'efficacia soggettiva del contratto collettivo in generale, con particolare riguardo al contratto aziendale (a prescindere dalla *vexata quaestio* degli accordi di prossimità).

Queste novità nell'ordinamento intersindacale mettono da parte, comunque, ogni persistente suggestione teorica neovolontaristica e costruita sul principio di effettività. Il problema aperto rimane se fermarsi al traguardo importante di una sicuramente più compiuta autoregolazione

¹⁰⁹⁸ Si richiama soprattutto la posizione di PESSI cit. *supra*, alla nota 9.

¹⁰⁹⁹ Basti pensare al rinvio alla definizione in sede categoriale di numerosi profili fondamentali nel quadro regolativo predisposto a livello interconfederale: dalle modalità di definizione della piattaforma contrattuale e della delegazione trattante a quelle di consultazione dei lavoratori sui contenuti contrattuali.

¹¹⁰⁰ Si richiama alla memoria la polemica intercorsa, a suo tempo, tra Montanari e Vardaro: MONTANARI, *Teorie e prassi nelle dottrine gius-sindacali*, Giuffrè, Milano, 1979; VARDARO, *Recensione*, in *DLRI*, 1981, n. 12, p. 709.

¹¹⁰¹ MANCINI, *Il problema dell'art. 39. Libertà sindacale e contratto collettivo "erga omnes"*, in *Costituzione e movimento operaio*, 1976, il Mulino, p. 133; dello stesso autore, *Sindacato e Costituzione trent'anni dopo*, in *Costituzione e movimento operaio*, 1976, il Mulino, p. 163.

¹¹⁰² MENGONI, *La questione del diritto giusto nella società post-liberale*, in *RI*, 1988, n. 11, p. 13; D'ANTONA, *Sindacati e Stato a vent'anni dallo Statuto dei lavoratori*, in *RGL*, 1989, I, p. 410 ss.; D'ANTONA, *Diritto sindacale in trasformazione*, in D'ANTONA (a cura di), *Letture di diritto sindacale. Le basi teoriche del diritto sindacale*, Jovene, 1990.

volontaria o se passare il Rubicone dell'intervento eteronomo sulla rappresentanza e sulla rappresentatività a partire dai nuovi dati dell'autoregolamentazione volontaria.

2.2. Secondo fattore favorevole all'intervento eteronomo: mutamenti istituzionali nel frattempo intervenuti.

La stagione appena alle spalle ha come lascito anche alcuni fattori giuridico-istituzionali che si ritengono favorevoli all'intervento della legge persino sullo snodo, teoricamente fondamentale, del rapporto tra efficacia soggettiva del contratto collettivo e regolazione della rappresentatività come specifico modulo tecnico della rappresentanza sindacale¹¹⁰³. L'art. 8 della legge 148/2011, per quanto discusso e discutibile nella sua fattura tecnica¹¹⁰⁴, e comunque più diffusamente applicato di quanto l'ostracismo sindacale formale lasci trapelare¹¹⁰⁵, ha contribuito a rompere il tabù dell'impossibilità di un intervento legislativo che, a costituzione invariata, correli efficacia soggettiva del contratto e poteri di vincolo della rappresentanza in virtù di regole di democrazia procedurale e del principio di maggioranza. A partire dal crollo di questo tabù, è convinzione di molti che la strada per un intervento eteronomo, se non proprio spianata, sia di più agevole costruzione¹¹⁰⁶.

Sempre sul piano dei fattori giuridico-istituzionali che spianano la strada alla legge, è diffusa l'idea che la sentenza della Corte costituzionale sul caso Fiom Fiat (Corte cost. 231/2013) confermi – anche se non, come si sarebbe potuto auspicare, in forma di monito deciso¹¹⁰⁷ - l'opportunità di una legge sulla rappresentanza e rappresentatività basata su regole e principi di democrazia e trasparenza; si può aggiungere che la stessa Corte, con l'unica sentenza sinora edita sull'art. 8, non si è mostrata pre-concettamente ostile a una regolazione democratica della rappresentanza anche allo scopo dell'efficacia del contratto collettivo¹¹⁰⁸.

¹¹⁰³ CARUSO, *Rappresentanza sindacale e consenso*, Franco Angeli, 1992.

¹¹⁰⁴ La produzione scientifica a ridosso della contrattazione di prossimità ha assunto proporzioni vastissime. In argomento, a mero titolo esemplificativo, oltre ai numeri monografici di Diritto delle relazioni industriali (*DRI*, 2012, 1) e della Rivista giuridica di diritto del lavoro e della previdenza sociale (*RGL*, 2012, n. 3), cfr. ALES, *Dal "caso FIAT" al "caso Italia". Il diritto del lavoro "di prossimità", le sue scaturigini e i suoi limiti costituzionali*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"*, 134/2011; BAVARO, *Azienda, contratto e sindacato*, Cacucci, 2012; BAVARO, *L'aziendalizzazione nell'ordine giuridico-politico del lavoro*, in *LD*, 2013, n. 2, p. 213; CARUSO, ALAIMO, *Manuale di diritto sindacale*, il Mulino, 2012; DE LUCA TAMAJO, *Prime valutazioni e questioni di legittimità costituzionale dell'art. 8 della legge n. 148 del 2011*, in *ADL*, 2012, n. 1, p. 19; *id.*, *Crisi economica e relazioni industriali: alcune osservazioni sull'articolo 8 della legge n. 148/2011*, in *DRI*, 2012, n. 1, p. 11; DEL PUNTA, *Cronache da una transizione confusa (su art. 8, 1. n. 148/2011, e dintorni)*, in *LD*, 2012, n. 1, p. 31; GARILLI, *L'art. 8 della legge n. 148 del 2011 nel sistema delle relazioni sindacali*, in *ADL*, 2012, n. 1, 31; LECCESE, *Il diritto sindacale al tempo della crisi. Intervento eteronomo e profili di legittimità costituzionale*, in *DLRI*, 2012, n. 4, p. 479; LISO, *Brevi note sull'accordo interconfederale del 28 giugno 2011 e sull'articolo 8 della legge n. 148/2011*, in *DLRI*, 2012, n. 3, p. 453; MARIUCCI, *Un accordo e una legge contro l'accordo*, in *LD*, 2011, n. 3, p. 451; MAZZOTTA, «Apocalittici» e «integrati» alle prese con l'art. 8 della legge n. 148 del 2011: il problema della disponibilità del tipo, in *LD*, 2012, n. 1, 19; PESSI, *Indisponibilità del tipo e disponibilità regolativa dell'autonomia collettiva. Sull'art. 8 della manovra bis*, in *RIDL*, 2011, n. 4, p. 537; PERULLI, *La contrattazione collettiva «di prossimità»: teoria, comparazione e prassi*, in *RIDL*, 2013, n. 4, p. 919; PERULLI, SPEZIALE, *L'articolo 8 della legge 14 settembre 2011, n. 148 e la "rivoluzione di Agosto" del Diritto del lavoro*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT*, 132/2011; ROMAGNOLI, *La deriva del diritto del lavoro (Perché il presente obbliga a fare i conti col passato)*, in *LD*, 2013, n. 1, p. 3.

¹¹⁰⁵ IMBERTI, *A proposito dell'articolo 8 della legge n. 148/2011: le deroghe si fanno, ma non si dicono*, in *DLRI*, 2013, p. 255 ss.

¹¹⁰⁶ *Supra*, nt. 9.

¹¹⁰⁷ CARUSO, *La Corte costituzionale tra Don Abbondio e il passero solitario: il sistema di rappresentanza sindacale dopo la sent. n. 231/13*, in *RIDL*, 2013, n. 4, p. 901; DEL PUNTA, *L'art. 19 Statuto dei lavoratori davanti alla Consulta: una pronuncia condivisibile ma interlocutoria*, in *LD*, 2013, n. 4.

¹¹⁰⁸ CARUSO, ALAIMO, *Manuale di diritto sindacale*, cit.

Oltretutto, è ampiamente condiviso che la stessa sentenza n. 231/2013 crea più incertezze di quanti problemi risolve: ciò finisce per rendere opportuno un intervento di razionalizzazione normativa anche dell'art. 19 anche per via indiretta (*infra*).

2.3. Terzo fattore favorevole all'intervento eteronomo: maturazione sul piano teorico e dottrinale della tesi della portata non ostativa dell'art. 39 Cost. Il parte.

Ad avviso di chi scrive è possibile registrare un consolidamento e una discreta prevalenza delle ipotesi che, a partire dal saggio di D'Antona sull'art. 39 oggi, tendono a condividere la tesi della portata non ostativa della disposizione nei riguardi di un intervento legislativo che corredi regole di democrazia ed efficacia del contratto, soprattutto di livello decentrato¹¹⁰⁹. L'ipotesi che l'art. 39 sia una norma di principi – e non di dettagli tecnici che devono essere pedissequamente seguiti dal legislatore ordinario – si è fatta strada in questi anni, alla luce anche del prevalere delle teorie evoluzioniste e non storiciste della interpretazione costituzionale¹¹¹⁰.

Talché si può affermare che la misurazione del consenso del sindacato per il conseguimento di risorse pubbliche (il nesso democrazia interna, poteri di vincolo generalizzato e acquisizione anche di altre risorse istituzionali: il rinvio della legge alla contrattazione collettiva) non può essere limitato, come nello schema costituzionale, al momento associativo. La storia post-costituzionale del sindacato italiano e le modifiche in questo senso della costituzione materiale ci dicono che il mix di consenso associativo e organizzativo (da parte di tutti i lavoratori e non solo degli iscritti) è elemento ormai imprescindibile della cultura sindacale confederale; di tutte le confederazioni e non solo, come originariamente, della sola CGIL: lo dimostra la misurazione legale della rappresentatività ponderata nel pubblico impiego; al punto che il criterio del consenso elettorale dei non iscritti (di organizzazione) è stato inserito, come dato di misurazione saliente sia per la legittimazione negoziale, sia per la validazione degli accordi nell'ordinamento intersindacale anche nella più recente autoriforma delle regole sindacali¹¹¹¹. Per altro, un'ulteriore dimostrazione, ad alta valenza simbolica, della consapevolezza confederale che un sistema genuinamente democratico non tollera, neppure sul versante delle regole interne, privilegi associativi, neppure in procedure di elezione della rappresentanza, è proprio la eliminazione della regola del terzo riservato nelle RSU¹¹¹².

Non è, allora, pensabile che si possa affermare – se non in forza di un'interpretazione strettamente esegetica e astorica del testo costituzionale, che confinerebbe davvero il disposto nei relict della storia – che il principio di democrazia proporzionale nell'attività di rappresentanza negoziale, riferito agli iscritti e fissato nel comma IV dell'art. 39, possa essere cristallizzato al punto da considerare illegittimo un allargamento del fondamento di consenso dei sindacati al metodo democratico per antonomasia vale a dire lo scrutinio elettorale allargato a tutti i lavoratori sulla

¹¹⁰⁹ In tal senso A. ZOPPOLI, *Il protocollo del maggio 2013, una svolta sospesa tra prassi (assenti) e norme (inadeguate)*, in *DLM*, 2013, n. 2, p. 249 ss.

¹¹¹⁰ CARUSO, *Nella bottega del maestro*, cit. p. 53.

¹¹¹¹ Si fa riferimento alla clausola del Testo Unico sulla rappresentanza sull'efficacia e esigibilità, previa consultazione certificata delle lavoratrici e dei lavoratori, dei contratti collettivi nazionali "sottoscritti formalmente dalle Organizzazioni Sindacali che rappresentino almeno il 50% +1 della rappresentanza".

¹¹¹² Cfr. la clausola 6 del Protocollo di intesa del 31 maggio 2013 – sottoscritto da Confindustria con Cgil, Cisl e Uil – con la quale, attraverso la previsione dell'elezione delle Rsu «con voto proporzionale», si è previsto il superamento del sistema del c.d. terzo riservato ai sindacati firmatari dei Ccnl nella composizione delle rappresentanze sindacali unitarie.

base dei principi canonici delle procedure di democrazia e dei connessi corollari: inclusività nella partecipazione alla competizione sindacale oltre gli scritti, diritto all'elettorato attivo e passivo, segretezza del voto e controllo della regolarità delle procedure. Negare quest'approccio di interpretazione evoluzionista della norma costituzionale sarebbe una lettura contraria allo spirito della costituzione stessa, un capovolgimento dei suoi principi e alla fine una sua lettura incostituzionale; ciò anche alla luce dei moniti, assolutamente chiari, che la stessa Corte costituzionale ha più volte inviato, nel senso della necessaria democratizzazione della rappresentanza sindacale anche attraverso il metodo elettivo universale e procedure inclusive di tutti i lavoratori; ciò anche per legge statale.

2.4. Quarto fattore favorevole all'intervento eteronomo: esperienze (domestiche) pregresse ed esperienze comparate

Il quarto fattore favorevole all'intervento eteronomo può essere ricondotto a elementi di carattere storico e comparato. Sia l'esperienza interna (la legge sul pubblico impiego e l'introduzione del criterio della misurazione ponderata della rappresentatività¹¹¹³) sia recenti esperienze comparate, in particolare le recenti leggi francesi¹¹¹⁴, ci dicono che le regole a sostegno della efficacia dei contratti collettivi e della democrazia sindacale non indeboliscono ma rafforzano la base di consenso dei sindacati soprattutto se logica associativa e logica di partecipazione e/o di organizzazione vengono rese cooperative e non oppostive dalla regolamentazione, legale o convenzionale che sia.

Trascurando il modello italiano del pubblico impiego¹¹¹⁵, qualche rapida riflessione merita il caso francese. È noto che il modello francese di regolazione delle relazioni sindacali presenta la peculiarità di un alto tasso di formalizzazione legislativa, non certamente paragonabile a quello italiano, tradizionalmente ancora ispirato, nel settore privato, al modello immunitario astensionista nella variante promozionale.

In Francia, in un contesto di relazioni industriali caratterizzato da tassi di sindacalizzazione particolarmente bassi¹¹¹⁶, e di sostegno istituzionale forte alle OO.SS., la scelta recente del legislatore è stata non di ridurre il sostegno istituzionale, ma di renderlo, in qualche modo, meno "giacobino" e *octroyé*¹¹¹⁷. Questo obiettivo è stato perseguito proprio 'rivoluzionando' dall'interno la nozione

¹¹¹³ CARUSO, *Rappresentanza e rappresentatività nel pubblico impiego riformato: «l'interramento del cratere»*, in *LPA*, 1999, n. 2, p. 225.

¹¹¹⁴ Legge 20 agosto 2008, n. 789. Alcune modifiche in tema di rappresentanza e rappresentatività sindacale erano già state introdotte dalla Loi Fillon (Legge 4 maggio 2004, n. 391), sulla quale si v. SUPLOT, *La riforma del contratto collettivo in Francia. Riflessioni sulle trasformazioni del diritto*, in *DLRI*, 2005, p. 155; BORENFREUND, *Les syndicats et l'exigence majoritaire dans la loi Fillon du 4 mai 2004*, in BORENFREUND, LYON-CAEN, SOURIAU, VACARIE (diretto da), *La négociation collective à l'heure des révisions*, Dalloz, 2005.

¹¹¹⁵ Si rinvia a RUSSO, *Rappresentanza e rappresentatività nel settore pubblico i modi e i luoghi di un delicato rapporto tra intervento legislativo e autonomia collettiva*, in *LPA*, 2011, n. 2, p. 201 ss.

¹¹¹⁶ Tasso di sindacalizzazione che in Francia si attestava, nel 2008, su valori molto bassi (7,6%; dati OCSE), a fronte di un tasso di copertura sindacale – relativo alla quota di lavoratori ai quali si applica un contratto collettivo – molto elevato, a causa della regolazione sull'estensione generalizzata dei contratti collettivi, e attestantesi attorno al 90%.

¹¹¹⁷ Sulla legge di riforma della rappresentatività si v. ALVINO, *Guida alla lettura della recente legge di riforma della democrazia sindacale in Francia: piena compatibilità fra regolamentazione della contrattazione collettiva e principio del pluralismo sindacale*, in *DLRI*, 2009, n. 122, p. 365; MORIN, *Les nouveaux critères de la représentativité syndicale dans l'entreprise*, in *DS*, 2011, n. 1, p. 62; PECAUT-RIVOLIER, *Les élections professionnelles depuis la loi du 20 août 2008: révolution ou statu quo*, in *DS*, 2011, p. 82.

di rappresentatività, animandola e vivificandola con massicce iniezioni di democrazia. Come a suo tempo sostenuto¹¹¹⁸, la nozione di rappresentatività sul piano sociologico assume una funzione di rispecchiamento di interessi; quanto essa viene trasposta sul piano giuridico, può assumere funzioni diverse: per selezionare, al fine della partecipazione a organismi pubblici, ma anche diventare un modulo tecnico di rappresentanza¹¹¹⁹; in tal caso può essere regolata, sotto il profilo strutturale, con tecniche diverse. La scelta francese è stata di “ammorbidire” la durezza istituzionale della previa nozione (la rappresentatività presunta: una sorta di *hard representativeness*)¹¹²⁰, facendola transitare verso una nozione morbida, perché misurata e democratizzata (*soft representativeness*) (criteri di misurazione elettorali introdotti con la *Loi 2008/789*).

Anche in tal caso, si tratta di una legge in larga parte recettiva dei contenuti della regolazione volontaria (ossia dell'Avviso comune delle parti sociali del 9 aprile 2008), con la quale si sono introdotte rilevanti modifiche¹¹²¹.

L'intervento del legislatore francese può essere in questo caso annoverato nel modello promozionale e non regolativo. Ove in tal caso si promuove non tanto il potere esterno del sindacato (già ampiamente riconosciuto con il meccanismo di efficacia *erga omnes* dei contratti), quanto il suo tasso di consenso interno (particolarmente basso in termini associativi in Francia); ciò nella consapevolezza che il sindacato non vive di solo consenso associativo ma anche e, oggi forse soprattutto, di consenso elettorale, che può persino trasformarsi in un 'ricostituente democratico', cioè riuscire ad incentivare, possibilmente, quella che è la forma più tipica e consustanziale di democrazia sindacale: la partecipazione diretta dei lavoratori alla sua azione.

Un giudizio sull'effettivo impatto positivo delle nuove regole legali, in termini di crescita di consenso e fidelizzazione dei lavoratori nei confronti delle grandi confederazioni francesi, è ancora forse prematuro da dare. Pare altamente probabile, tuttavia, che le nuove regole non produrranno effetti negativi sulla densità sindacale delle organizzazioni francesi; anche perché i livelli di adesione formale dei lavoratori francesi alle proprie organizzazioni sono talmente bassi (ai minimi storici) che non saranno certo tali regole ad abbassarli ulteriormente. Le notizie di stampa dicono comunque di elevati livelli di partecipazione alle elezioni sindacali¹¹²². E in generale l'opinione dei giuristi d'oltralpe è nel senso che, in questo caso, le regole statuali di regolamentazione e promozione della competizione intersindacale potrebbero avere effetti a cascata positivi sull'incremento della partecipazione dei lavoratori al fenomeno sindacale; ma anche in termini di estensione della stessa democrazia di organizzazione e per riflesso anche di associazione¹¹²³. Infine,

¹¹¹⁸ CARUSO, *Rappresentanza e rappresentatività sindacale*, in D'ANTONA (a cura di), *Lecture di diritto sindacale*, Jovene, 1990.

¹¹¹⁹ CARUSO, *Rappresentanza sindacale e consenso*, cit.

¹¹²⁰ In forza di un decreto ministeriale del 1966, fino alla legge di riforma del 2008, il requisito della rappresentatività era presunto in capo alle organizzazioni sindacali storiche (si trattava di CFDT, CFTC, CGT, CGT-FO, CFE-CGC., che godevano della c.d. “*présomption irréfragable de représentativité*”); mentre i sindacati non confederali erano tenuti a dimostrare rappresentatività attraverso il ricorso a cinque criteri, che lasciavano ampi margini interpretativi alla discrezionalità giudiziale. sulla base di criteri legali – delle cinque confederazioni (*club des cinq*).

¹¹²¹ Rimodulazione dei criteri legali di rappresentatività, con la previsione di sette nuovi criteri cumulativi; ampia valorizzazione del criterio elettorale e introduzione di una “regola di concordanza” (in base alla quale la prova del possesso dei requisiti di rappresentatività deve essere fornita per ogni livello al quale si voglia accedere alle prerogative sindacali).

¹¹²² La partecipazione si attesterebbe attorno al 42,7%: http://www.liberation.fr/economie/2013/03/29/representativite-syndicale-club-des-cinq-remet-le-couvert_892474.

¹¹²³ Secondo BORENFREUND (*Le nouveau régime de la représentativité syndicale*, in *Revue de droit du travail*, 2008, p. 714 ss.), la nuova legge potrebbe aumentare l'effettiva competitività tra organizzazioni sindacali.

non è da trascurare che in Francia, con le leggi in oggetto, si realizza, con molta tranquillità, quel che è impresso a chiare lettere nella II parte dell'art. 39 della Costituzione italiana: il nesso ineludibile tra trasferimento di potere istituzionale dallo stato ad enti di natura privata (l'efficacia *erga omnes* di atti di soggetti non pubblici ma privati) e la promozione, se non l'imposizione, di regole di democrazia.

2.5 Quinto fattore favorevole all'intervento eteronomo: attenuazione del clima politico sindacale sfavorevole.

Se si osservano la rassegna stampa e gli interventi ufficiali a ridosso dell'emanazione del TU del gennaio 2014, sicuramente gli interventi segnati dalla diffidenza alla regolazione eteronoma della rappresentanza e della rappresentatività sindacale sembrano ancora maggioritari. Ma questo dato non deve far sottovalutare alcuni dati in controtendenza. All'interno della CGIL, le componenti favorevoli all'intervento della legge sono ampie e vanno ben oltre la Fiom di Landini. Pensare a un sistema sindacale duale in cui, per una parte, si applicano le regole del trittico intersindacale, e per un'altra parte (a partire dalla Fiat, ma pure il commercio, il settore del credito, ecc.) no, produrrà alla fine, con ogni probabilità, più sbilanciamenti che assestamenti. Un sistema a macchia di leopardo per quel che concerne le regole della rappresentanza e della rappresentatività sindacale (una sorta di *patchwork* del sistema di rappresentanza) è quanto di più sbilanciato si possa immaginare: è una sorta di rinuncia sindacale alla stessa idea di razionalità complessiva del sistema. Ma se, tutto concedendo, una tale dose di irrazionalità sistemica può essere accettata e tollerata sul versante ordinamentale intersindacale, non è detto che lo stesso avvenga sul piano dell'ordinamento statale, ove ad altri (il decisore politico) appartiene, alla fine, la responsabilità della razionalità complessiva del sistema. L'attuale compagine governativa non ha fatto, certo, mistero della propria idiosincrasia nei confronti del metodo della concertazione, sempre e comunque, e potrebbe pure muoversi con relativa autonomia; ovviamente, assumendo come approccio prudenziale il supporto alle regole sindacali autonome non certo il loro stravolgimento.

3. Per una legge di supporto delle regole sindacali su rappresentanza e rappresentatività

Le considerazioni che precedono, da considerare un'ampia e unitaria premessa, servono come piattaforma comune di un gruppo di lavoro che condivide e intende proporre, alla comunità scientifica, alle grandi confederazioni sindacali e imprenditoriali e al decisore politico (governo e commissioni parlamentari), un'idea di intervento legislativo che sta per essere tradotta in un preciso articolato normativo, lungo quattro direttive, che, in questo saggio, si espongono molto sinteticamente e che si avrà modo di chiarire più analiticamente in una comunicazione congiunta che accompagnerà l'articolato.

La proposta che si presenta è frutto di un lavoro comune, in corso di avanzata elaborazione, da parte di un gruppo di giuslavoristi di diversa generazione, formazione ed estrazione culturale: oltre a chi scrive, Raffaele De Luca Tamajo, Riccardo Del Punta, Marco Marazza, Arturo Maresca, Adalberto Perulli, Roberto Romei, Franco Scarpelli, Valerio Speciale.

Sul piano del metodo, si chiarisce che la soluzione legislativa auspicata è di impronta promozionale e razionalizzante, con un modello il più possibile recettivo delle Intese interconfederali, ma non recessivo ("salvo diversa previsione di accordi o contratti collettivi..."), poiché quest'ultimo modello esporrebbe la disciplina a tutte le incertezze ed i limiti (specie di estensione soggettiva) propri delle soluzioni puramente contrattuali.

La linea di riforma auspicata propone di realizzare ciò che le intese sindacali non sono in grado di generare senza il supporto della legge, vale a dire l'efficacia *erga omnes* del contratto aziendale; al contempo, si propone pure di modificare coerentemente l'art. 8 della l. n.148/2011, il quale, nell'attuale stesura, risulta caratterizzato da discrasie tecniche e funzionali.

3.1. Criteri e metodi di misurazione della rappresentatività sindacale e scopi della rappresentatività misurata

La prima parte del possibile intervento intende generalizzare la regolamentazione sindacale della misurazione della rappresentatività sindacale contenuta nel Testo unico del 10 gennaio 2014, per diverse funzioni:

a) per la legittimazione negoziale, con riguardo alla contrattazione nazionale di categoria e territoriale. A differenza di altre proposte in corso di presentazione (gruppo *DLM*), non si intende correlare la misurazione della rappresentatività, e di conseguenza la rappresentanza, alla efficacia generalizzata del contratto nazionale di categoria. Sia problemi tecnici (l'individuazione della categoria contrattuale allo scopo dell'efficacia generalizzata, ma pure la individuazione dei criteri per definire le associazioni datoriali più rappresentative); sia problemi di maggiori ostacoli costituzionali formali a un simile intervento (il riferimento esplicito dell'art. 39 ai contratti di categoria); sia problemi pratici (la possibilità di ovviare all'obiettivo della generalizzazione delle tariffe contrattuali del contratto nazionale con l'attuale giurisprudenza sull'art. 36 ma anche con una ulteriore riforma, una possibile legge sul salario minimo), consigliano di limitare la connessione della misurazione della rappresentatività sindacale solo alla fase della legittimazione negoziale (c.d. rappresentatività soglia per sedere al tavolo negoziale).

b) per la individuazione dei sindacati maggiormente rappresentativi richiamati da leggi o regolamenti che devolvono a tali organizzazioni compiti negoziali o amministrativi.

c) per l'individuazione delle associazioni sindacali comparativamente più rappresentative per la stipulazione di accordi o contratti collettivi, cui la legge demanda la regolamentazione contrattuale di specifiche materie.

È questa la parte dell'intervento che presenta maggiori criticità progettuali, per la difficoltà di determinare, originariamente e inclusivamente, l'ambito categoriale di individuazione della rappresentatività misurata, in considerazione di specificità della presenza organizzativa dei sindacati e degli imprenditori in alcuni settori e situazioni; per esempio, ambiti di gruppo ma non categoriali di riferimento negoziale, come alla FIAT, ma non solo.

La legificazione del principio di rappresentatività misurata, una volta superati questi problemi, consentirebbe, tuttavia, effetti sistemici a cascata che la mera regolazione volontaria non potrebbe mai consentire.

Se ne richiamano quattro:

a) Con l'obbligo di misurazione della rappresentatività i rinvii normativi, ancora in essere, alle nozioni di sindacato maggiormente rappresentativo e di sindacato comparativamente più rappresentativo, assumerebbero razionalità e certezza per così dire 'riflessa' e consentirebbero operazioni giurisprudenziali, con riguardo alla individuazione dei soggetti legittimati, meno estemporanee, perché ancorate, finalmente, a una nozione certa e misurata di rappresentatività (e non

politico-fattuale, attraverso il ricorso ad indici, se non di per sé arbitrari, in ogni caso più vaghi e contendibili).

b) La specificazione misurata delle nozioni di maggiore rappresentatività e di rappresentatività comparata consente anche di affermare, con maggiore fondamento giuridico e con un esplicito riferimento normativo, la efficacia vincolante dei contratti collettivi rinviati dalla legge sulla base di un principio di maggioranza non presunto ma misurato.

c) Oltre a quelli indicati, la regola della certificazione dei sindacati rappresentativi sulla base della media ponderata tra iscritti e voti potrebbe, anche, dare la stura a un riferimento all'obbligo di deposito di statuti sindacali a base democratica; obbligo che potrebbe costituire la base di un successivo e più meditato intervento sulla democrazia associativa, secondo quanto previsto in Costituzione.

d) Il criterio della rappresentatività misurata, anche per la legittimazione negoziale, infine, produrrà come suo precipuo effetto di rimediare all'incertezza normativa riguardo alla selezione dei sindacati che possono costituire rappresentanze ex art. 19; incertezza, come si diceva, perdurante dopo la sentenza n. 231/2013 della Corte Cost. I sindacati legittimati a contrarre e quindi ad ottenere i diritti privilegiati sono quelli che partecipano alle RSU (perché con rappresentanti eletti) o, se al di fuori del sistema RSU, aventi diritto a costituire RSA perché con una rappresentatività oltre soglia (come nel sistema pubblico).

3.2. Sostegno normativo al sistema di rappresentanza sindacale a livello aziendale

La seconda parte dell'intervento normativo intende:

a) operare una razionalizzazione dei problemi relativi al sistema duale di rappresentanza sindacale a livello aziendale con riguardo all'alternativa, ritenuta ancora tollerabile dagli Accordi interconfederali, tra il modello RSA (a legittimazione associativa) e RSU (a legittimazione elettiva generale), anche con riferimento a problemi - che la prassi in alcuni casi propone - di attribuzione dei diritti del titolo III; la misurazione del consenso sindacale consentirebbe anche operazioni di distribuzione proporzionale dei diritti, qualora si volesse adottare per questo profilo il modello del pubblico impiego.

b) inoltre, recepire, generalizzare e garantire i principi di legittimazione democratica degli organismi di base che si traggono dalle regole contenute nel TU del gennaio del 2014.

3.3. Sostegno all'efficacia della contrattazione aziendale in deroga ai contratti nazionali e alla legge. Modifica dell'art. 8 della legge n. 148/2011

La terza parte del proposto intervento intende regolare l'efficacia *erga omnes* delle intese aziendali anche in deroga ai contratti nazionali in virtù della esplicitazione e generalizzazione normativa del criterio maggioritario – con riguardo alla modalità di loro approvazione – presente nell'Accordo interconfederale del 28 giugno del 2011.

Nell'intervento s'intende definire normativamente, in ciò ispirandosi sempre alle intese interconfederali, i limiti funzionali delle deroghe contrattuali legittime.

In tal modo si contribuirebbe di riflesso a dare un sostegno legale indiretto e per nulla invasivo alla struttura della contrattazione collettiva e si arginerebbe la giurisprudenza di merito che, sulla base di malintese teorie privatistiche (teoria del mandato associativo) o di criteri estemporanei

nella soluzione del concorso conflitto tra contratti di livello diverso (principio di specialità, non preminenza gerarchica del contratto nazionale, principio di successione cronologica) tende a tutelare il dissenso negli accordi gestionali¹¹²⁴, e a considerare quasi sempre legittime le deroghe contrattuali dei livelli inferiori.

Trova in questa parte realizzazione l'esigenza di riformulare l'art. 8 della legge 148/11, riscrivendo la possibilità di deroga del contratto aziendale alla legge su nuove e più precise basi.

Vale a dire:

- a) una più puntuale e precisa delimitazione degli ambiti di intervento del contratto aziendale in deroga alla legge, con riguardo alle materie – che vanno notevolmente ristrette e delimitate, tenuto conto del fatto che già esistono materie nelle quali la legge stessa, in modo specifico, rinvia alla contrattazione per operazioni di deroga.
- b) l'eliminazione di ogni riferimento alla possibilità di deroga alla legge da parte di contratti territoriali, per l'evidente difficoltà, a questo livello, di definire la rappresentanza e misurare la rappresentatività soprattutto delle associazioni imprenditoriali.
- c) il rinvio alle medesime regole procedurali democratiche vevoli per gli accordi in deroga ai contratti collettivi nazionali e, dunque, un deciso chiarimento rispetto alla farraginosità e incompletezza che l'attuale disposto, per il profilo delle regole procedurali (incertezza in merito rinvio all'AI del 28 giugno 2011), presenta.

3.4. Regolare per legge il regime di esigibilità previsto negli Accordi interconfederali

Molto delicata – ma potrebbe essere questa la quarta possibile direttiva di intervento eteronomo – la possibilità di rendere legislativamente – e non solo contrattualmente – efficaci le clausole di esigibilità contenute negli Accordi interconfederali, a garanzia della stabilità delle intese raggiunte. La scelta, anche in tale ipotesi, sarebbe di non aggiungere nulla all'equilibrio negoziale raggiunto tra le grandi confederazioni nel trittico sindacale del 2011, 2013 e 2104, ma di limitarsi a dare ad esse supporto legislativo, estendendone anche l'ambito di applicazione.

Su questo punto, l'approfondimento deve essere sicuramente maggiore per le evidenti implicazioni, anche indirette, con il 'tabù dei tabù', vale a dire la titolarità individuale del diritto di sciopero; ma, a prescindere da questo, il fatto che per la prima volta – dopo la stagione dell'autunno caldo – i sindacati e le associazioni imprenditoriali si siano date regole autonome sull'effettività degli accordi e degli impegni reciproci potrebbe indurre a una maggiore prudenza rispetto all'intervento eteronomo, in attesa di una attenta osservazione della fase di rodaggio delle nuove regole sindacali.

¹¹²⁴ Con la limitata eccezione degli accordi di procedimentalizzazione dei poteri datoriali nella disciplina sulla decisione contratta dei criteri di scelta nei licenziamenti collettivi e in quella degli accordi contenenti la regolamentazione delle prestazioni minime nell'ambito dello sciopero sui servizi pubblici essenziali, riguardo alle quali si è pronunciata la Corte costituzionale (rispettivamente, Corte cost. 268/1994; Corte cost. 344/1996).

Gli eterni ritorni: dentro, fuori o oltre l'art.39 della costituzione?*

Luigi Mariucci

Quando un tema ritorna ciclicamente all'attenzione vanno evitati soprattutto due rischi: quello di scadere nella rimasticatura di cose già dette e di ripetere gli errori compiuti in passato, avviandosi nel dilemma tra disegni illuministici, tanto ambiziosi quanto velleitari, e bricolage del pragmatismo senza principi, ora nobilitato dalla parola magicamente risolutiva della "sperimentazione". A questo fine è utile andare richiamare alla memoria il dibattito che si svolse ad Ancona nel 1985 al convegno su "contrattazione collettiva e rappresentatività sindacale", promosso non a caso dopo la rottura sulla scala mobile del 1984, e il confronto a più voci avviato nel 1987 da Lavoro e diritto sul tema "nuove regole sindacali". Guardando all'oggi è necessario registrare i concetti di fondo e metterli a contatto con i fatti, con i processi reali. Da questo punto di vista pare evidente che abbiamo di fronte due tendenze o, se si vuole, due modelli tra loro antitetici, che possono essere valutati proprio nell'ottica dell'art. 39 cost.

Il primo scenario è quello raffigurato negli accordi interconfederali del 2011 e del 2013, ora completati dal Testo Unico del gennaio 2014. Qui, con tutti i limiti che si possono osservare, si delinea una prospettiva che ancora può definirsi in qualche modo come "sistema" delle relazioni industriali e si svolge un estremo tentativo di salvaguardare una dimensione generale, non corporativa e atomistica, della rappresentanza sindacale: si definiscono i meccanismi di verifica della rappresentatività nel mix tra criterio associativo ed elettorale; si riconferma l'assetto contrattuale bipolare, con una contrattazione aziendale "regolata"; si disciplinano i procedimenti decisionali sulla base di un principio di maggioranza in qualche misura temperato (elezione di RSU con potere negoziale pieno, referendum oppositivo in caso di contratti aziendali stipulati a maggioranza dalle rsa, incentivo alla presentazione di piattaforme unitarie, certificazione del consenso per il rinnovo dei contratti nazionali). Il Testo Unico introduce poi meccanismi diretti ad assicurare l'effettività della regolazione, attraverso l'istituzione di organi e commissioni para-arbitrali, cui si assegnano compiti di monitoraggio, conciliazione e *lato sensu* sanzionatori, mentre si avvia la complessa estensione dell'accordo ai settori non industriali.

L'altra prospettiva è invece quella, per così dire, del "liberi tutti". In questa direzione non sembra che sia alle porte una stagione feconda di conflittualità e contrattazione paragonabile a quella della fine degli anni '60 del secolo scorso, quanto piuttosto la destrutturazione e lo sfarinamento del "sistema" verso una sorta di situazionismo aziendalistico. È bene tenere presente che molti processi materiali ed anche formali alimentano questa tendenza: dal modo in cui la sempre più marcata frammentazione degli interessi investe le stesse associazioni imprenditoriali a interventi legislativi come quello dell'art.8 della legge n. 148 del 2011, fino a quelle ipotesi che perseguono

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 207/2014

lo smantellamento dei contratti nazionali di lavoro attraverso il binomio tra salario minimo legale e contrattazione aziendale, quando non addirittura individuale.

Una valutazione sintetica delle due prospettive dal punto di vista dell'art. 39 cost. può riassumersi in questi termini: la prima si colloca sostanzialmente *dentro* la norma costituzionale, l'altra sta *fuori se non contro* (così è certamente per interventi come l'art.8 l. n.148/2011). Questa valutazione naturalmente dipende dalla lettura che si dà dell'art.39. In tema, a parte "gli ultimi trentanovisti" (come amava definirsi Giuseppe Pera) si sono costantemente confrontati due orientamenti di fondo. Un primo indirizzo, facendo leva sulla asserita e insanabile contraddizione tra le due anime della norma costituzionale (Mancini), ha in sostanza considerato non solo inattuabile la lettera della seconda parte del 39 ma obsoleto e non vincolante lo stesso principio di fondo della norma costituzionale. Su questa base a suo tempo si sono fondate le opinioni permissive quanto alla legittimità della legge Vigorelli, la cui stabilizzazione fu invece impedita dalla Corte costituzionale, e più di recente le tesi secondo cui il 39 comunque riguarderebbe solo il contratto nazionale, di modo che per l'estensione della efficacia dei contratti aziendali potrebbero essere utilizzati meccanismi diversi.

Su un opposto versante si collocano invece quanti ritengono che al di là del procedimento previsto dalla seconda parte (registrazione, costituzione di rappresentanze in proporzione agli iscritti ai sindacati registrati) l'art.39 contenga un principio ineludibile, che non può essere aggirato con vari escamotage interpretativi quando si voglia mettere mano a un intervento di legge diretto ad estendere l'efficacia dei contratti collettivi, di qualunque tipo e livello (D'Antona). Tale principio deriva dal fatto che i costituenti volevano realizzare, alla pari, entrambi gli obiettivi: l'affermazione netta del principio di libertà sindacale, in rottura col corporativismo fascista, e l'efficacia *erga omnes* del contratto collettivo, una efficacia generalizzata, per di più, attribuita al contratto per virtù propria, *ex ante*, e non *ex post*, come avviene negli ordinamenti in cui l'estensione del contratto collettivo si realizza attraverso interventi della autorità amministrativa o politica mediante vari procedimenti. E per far derivare da una situazione, giuridica e di fatto, di pluralità sindacale l'unicità di un contratto collettivo ad efficacia generale occorre evidentemente un meccanismo. La sostanza del procedimento stabilito dal 39 è quella di rimettere la stipulazione del contratto *erga omnes* alle "rappresentanze sindacali unitarie", le quali naturalmente in mancanza della unanimità dei consensi decideranno a maggioranza. È questa l'essenza di un *principio democratico* fondato in ultima istanza sulla regola di maggioranza, temperata dal carattere "unitario" della rappresentanza. Del resto che questo sia il senso del 39 è dimostrato fattualmente dalla opposizione dei sindacati di minoranza alla sua attuazione negli anni successivi alla entrata in vigore della costituzione: opposizione confermata anche in tempi recenti, in nome della sovranità negoziale propria di ciascuna organizzazione e di una lettura monistica del principio di libertà. E tuttavia vale anche qui il brocardo *cuius commoda et eius incommoda*: se si vuole l'*erga omnes* occorre passare attraverso i meccanismi della decisione democratica, né certo si può pretendere di imporre ad altri la propria autonomia negoziale, come avviene nei casi di cosiddetta contrattazione separata. Pare quindi evidente che la norma costituzionale si orienti nel senso del *favor* verso la stipulazione "unitaria" dei contratti, in considerazione del fatto che secondo l'insegnamento classico nella rappresentanza di interessi vale in generale la regola della mediazione e della ricerca della unanimità dei consensi. Ma che infine, quando il consenso unanime non c'è per dirimere i dissensi non resta che adottare la regola per cui la maggioranza prevale, come avviene sul piano della rappresentanza politica. Di meglio la tradizione democratica non è riuscita a inventare, salvo

valorizzare gli strumenti partecipativi o quelli della democrazia diretta: questi però possono essere “aggiunti” in sede di autoregolazione sindacale, non sono previsti né tanto meno imposti dal 39. In questo senso si può affermare che l’insieme delle regole previste dai recenti Accordi interconfederali si muovano sostanzialmente nel solco dell’art. 39, mentre sicuramente fuori se non contro la sua ispirazione si collocano quelle tendenze, sopra descritte, a disarticolare il sistema, a partire dal superamento del contratto nazionale e dalla pretesa di individuare forme per così dire speciali di efficacia *erga omnes* dei contratti aziendali.

La controprova fattuale della persistente attualità del principio sotteso al 39 risulta d’altronde evidente dalla osservazione del modo in cui riemerge, carsicamente, l’interesse per la norma costituzionale. Resta in proposito emblematica la vicenda del taglio alla scala mobile effettuato dal d.l. n. 70 del 1984. L’intervento della legge, a prescindere qui dai profili di legittimità riferiti alla violazione della libertà sindacale (risolti dalla Corte costituzionale con sentenza n.34 del 1985 con il noto argomento della estraneità dei negoziati triangolari dal campo tipizzato dell’art.39), fu reso necessario proprio in base alla consapevolezza che in mancanza di accordo unitario la riduzione della indennità di contingenza per via contrattuale avrebbe avuto effetti di “diritto comune” e non sarebbe stata giuridicamente applicabile agli aderenti al sindacato dissenziente. Fu in quel momento che ritornò quindi sulla scena la questione dell’*erga omnes* dopo decenni di oblio e di illusione che l’ordinamento sindacale di fatto avrebbe risolto ogni problema. Chiusa la vicenda della scala mobile il protocollo del 23 luglio 1993 poteva essere la base di un riassetto del sistema, ma anche quella fu una occasione perduta. Cosicché oggi il problema si ripropone dopo le confuse vicende contrattuali dell’ultimo quindicennio, a seguito delle quali gli unici riferimenti apprezzabili sul piano di una possibile regolazione sono costituiti dalla sentenza n.231 della Corte costituzionale che ha smontato il tentativo di fare derivare dalla mera sottoscrizione dei contratti collettivi il diritto alla costituzione delle rappresentanze sindacali e, appunto, dall’insieme di regole contrattuali sistematizzate nel Testo Unico interconfederale.

La domanda sul “che fare dell’art. 39 della costituzione?”, riproposta da Mario Rusciano e Lorenzo Zoppoli merita quindi una risposta articolata. Se va escluso l’andare “oltre”, immaginando una improbabile quanto rischiosa revisione del testo costituzionale, è nella prospettiva della coerenza con l’ispirazione di fondo del 39 che occorre ragionare. Al tempo stesso si deve diffidare di richiami semplicistici agli effetti taumaturgici dell’intervento di legge, anche perché le tentazioni neo-organiciste sono sempre alle porte. Appena si evoca la possibilità di mettere mano a una attuazione del 39 non manca infatti chi si affretta ad evocare la necessità di una connessione obbligata con una lettura restrittiva dell’art.40: quasi fosse possibile rieditare quel disegno di legge Rubinacci (n.2380 del 1951) il quale facendo derivare dalla contratto un obbligo assoluto di pace arrivava al punto di disporre che “la denuncia anticipata del contratto collettivo per notevole mutamento dello stato di fatto...è efficace solo a seguito della convalida da parte di una sezione speciale della Corte d’Appello”. Vale perciò sempre la pena di ribadire che tra art. 39, primo comma, e art. 40 esiste sì una connessione ma di tutt’altro segno, posto che il principio di libertà, e quindi di pluralismo sindacale, inibisce ogni forma di esercizio monopolistico del diritto di sciopero. Appare in ogni caso più ragionevole ipotizzare un intervento legislativo che per un verso definisca i criteri di rappresentatività dei soggetti negoziali ogni volta che sia la legge stessa ad attribuire funzioni delegate alla contrattazione collettiva, specie nel vasto universo della cosiddetta legislazione derogatoria, e dall’altro colleghi a tali criteri il diritto dei lavoratori di costituire rappresentanze nei luoghi di lavoro, rendendo coerente l’art.19 dello Statuto dei lavoratori con

quanto disposto dalla sentenza n.231 del 2013 della Corte costituzionale. Infine, piuttosto che mettere mano a una disciplina del salario minimo legale sul modello di quelle procedure di criptonegoziazione a gestione politico-amministrativa previste in altri paesi europei, ad effetti sicuramente ribassisti, si può ipotizzare un intervento mirato alla estensione *erga omnes* dei minimi retributivi previsti dai contratti nazionali di lavoro. Mentre si porrebbe in linea certa di collisione con l'art.39 un intervento che mirasse, come da qualche parte si ipotizza, a collegare una legislazione sul salario minimo, per giunta fissato a una soglia inferiore agli attuali minimi tabellari, a una legittimazione *ex lege* di una facoltà derogatoria generalizzata dei contratti aziendali rispetto ai contratti nazionali di lavoro. Intervento che si porrebbe in una duplice linea di contrasto con la norma costituzionale, vuoi per la pretesa di invadere un tema sicuramente riservato alla autonomia negoziale, come quello del sistema contrattuale, vuoi per la dichiarata intenzione di introdurre un incentivo legislativo all'esautoramento, se non al sostanziale superamento, dello stesso contratto nazionale come baricentro del sistema contrattuale. Il che naturalmente nulla toglie alla esigenza, da tempo affermata ma fin qui del tutto inevasa, di procedere a una drastico accorpamento dei contratti nazionali, stimati oggi nell'ordine di circa 400, e a una radicale revisione della loro struttura e dimensione in favore di una più aperta quanto controllata delegazione di funzioni ai livelli aziendali e territoriali. Il che fa tutt'uno con la necessità di una più ampia autoriforma sindacale.

Il sindacato confederale: un centauro del terzo millennio*

Alessandro Bellavista

1. Il sindacato confederale e la Corte costituzionale	379
2. Le nuove regole delle relazioni industriali	381
3. Contrattazione delegata e salario minimo legale	382
4. Il ruolo istituzionale del sindacato e la regolazione della rappresentanza sindacale	385

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 208/2014

1. Il sindacato confederale e la Corte costituzionale

Alcuni anni fa, Mario Rusciano, ricostruendo il ruolo dei sindacati nel sistema politico, poneva la sua attenzione sulle sentenze n. 54 e n. 290 del 1974 della Corte costituzionale e osservava: “da una lettura congiunta di queste due sentenze, si vede come la Corte costituzionale porta alla luce ciò che nella costituzione formale è leggibile solo in controluce, ma si va affermando nella costituzione materiale: un quadro in cui le grandi rappresentanze di interessi, *in primis* le confederazioni sindacali – grazie proprio alla loro ‘confederalità’ – si fanno portatrici di interessi non più particolari, pur se collettivi, ma di un interesse generale, quello costituzionale all’eguaglianza sostanziale”. E “si legittima, così, un modello caratterizzato da una forte contiguità tra sfera sindacale e sfera politica, segno dell’acquisita consapevolezza che la guida di una società complessa richiede una struttura decisionale più articolata di quella che regge lo stato monoclasse”¹¹²⁵.

Il giudizio della Corte costituzionale favorevole al sindacalismo confederale (genuino) trova altresì espressione nella sentenza n. 334 del 1988¹¹²⁶ che, nel ribadire la legittimità costituzionale del criterio selettivo di cui alla versione originaria dell’art. 19, lett. a), St.lav., sottolineava che “nel disporre il conferimento di diritti ulteriori rispetto a quelli assicurati alla generalità delle associazioni sindacali, agli organismi aziendali collegati alle confederazioni dotate di una compiuta rappresentanza pluricategoriale (oltre che di una diffusa organizzazione a livello territoriale), il legislatore statutario ha indubbiamente compiuto una ben precisa opzione: consistente, da un lato, nel favorire un processo di aggregazione e di coordinamento degli interessi dei vari gruppi professionali, anche al fine di ricomporre, ove possibile, le spinte particolaristiche in un quadro unitario; dall’altro, nel dotare le organizzazioni sindacali – in ragione del complesso intreccio tra conflitto industriale e conflitti sociali – di strumenti idonei a pervenire ad una sintesi tra istanze rivendicative di tipo microeconomico e di tipo macroeconomico ed, insieme, di raccordare l’azione di tutela delle classi lavoratrici, con la considerazione di interessi potenzialmente divergenti, quali, in particolare, quelli dei lavoratori non occupati”.

Pertanto, già nel 1988, la Consulta individuava nel sindacalismo confederale il soggetto potenzialmente in grado di bilanciare il conflitto tra *insiders* e *outsiders*; la cui lettura esasperata ha giustificato alcuni esagerati tentativi di destrutturazione del diritto del lavoro¹¹²⁷.

In seguito, nel 1990, la stessa Corte - con la sentenza n. 30, dove affronta il problema della legittimità costituzionale della preclusione all’accesso pattizio ai diritti sindacali privilegiati, in mancanza del possesso dei requisiti di cui alla formula originaria dell’art. 19 St.lav. - ribadisce che “le ragioni che spinsero il legislatore del 1970 a scoraggiare la proliferazione di micro-organizzazioni sindacali ed a favorire, secondo un’ottica solidaristica, la rappresentazione di interessi non confinati nell’ambito delle singole imprese o di gruppi ristretti sono tuttora in larga misura valide”. Ma “la Corte è tuttavia ben consapevole che, anche a causa delle incisive trasformazioni verificatesi nel sistema produttivo, si è prodotta in anni recenti una forte divaricazione e diversificazione degli interessi, fonte di una più accentuata conflittualità; e che anche in ragione di ciò – nonché delle complesse problematiche che il movimento sindacale si è perciò trovato a dover affrontare – è

¹¹²⁵ RUSCIANO, *Sistema politico e ruolo dei sindacati*, in *DD*, 2006, p. 124.

¹¹²⁶ Cfr., ampiamente, PESSI, “Promozione” delle confederazioni maggiormente rappresentative e “coerenza” al disegno costituzionale, in *MGL*, 1988, p. 191 ss.; e MARIUCCI, *Il sindacato nella giurisprudenza della corte costituzionale*, in *RGL*, 1988, I, p. 331 ss.

¹¹²⁷ Denso di molteplici suggestioni resta MANCINI, *Sub art. 19*, in GHEZZI, MANCINI, MONTUSCHI, ROMAGNOLI (a cura di), *Statuto dei lavoratori. Commentario*, Zanichelli, Bologna-Roma, 1972, p. 303 ss.

andata progressivamente attenuandosi l'idoneità del modello disegnato nell'art. 19 a rispecchiare l'effettività della rappresentatività".

Sicché, la Corte aggiunge che "prendere atto di ciò non significa, però ritenere che l'idoneo correttivo al logoramento di quel modello consista nell'espansione, attraverso lo strumento negoziale, del potere di accreditamento della controparte imprenditoriale, che per quanto si è detto non può offrire garanzie di espressione della rappresentatività reale". Ciò perché "la possibilità di estensione pattizia delle misure di sostegno si porrebbe in contrasto con" la finalità "di impedire un'eccessiva dispersione e frammentazione dell'azione dell'autotutela ed a favorire una sintesi degli interessi non circoscritta alle logiche particolaristiche di piccoli gruppi di lavoratori".

Ma "si tratta, invece, di dettare nuove regole idonee ad inverare, nella mutata situazione i principi di libertà e di pluralismo sindacale additati dal primo comma dell'art. 39 Cost.; prevedendo, da un lato, strumenti di verifica dell'effettiva rappresentatività delle associazioni, ivi comprese quelle di cui all'art. 19 St.lav.; dall'altro la possibilità che le misure di sostegno – pur senza obliterare le già evidenziate esigenze solidaristiche – siano attribuite anche ad associazioni estranee a quelle richiamate in tale norma, che attraverso una concreta, genuina azione sindacale pervengano a significativi livelli di reale consenso".

Tutto ciò sembra rendere praticabile, perché avalorata dalla lettura della Costituzione da parte del suo più autorevole interprete, un nuovo modello di legislazione di sostegno del sindacato¹¹²⁸ che coniughi "esigenze solidaristiche" e verifica dell'effettivo consenso dei rappresentati "come metro di democrazia anche nell'ambito dei rapporti tra lavoratori e sindacato"¹¹²⁹.

D'altra parte, un modello del genere è quello della contrattazione collettiva del lavoro pubblico, in cui le confederazioni – portatrici di istanze solidaristiche – sono legittimate, sia in via esclusiva sia insieme alle organizzazioni sindacali di comparto, a svolgere rispettivamente la contrattazione collettiva quadro e la contrattazione collettiva nazionale; legittimazione che, com'è noto, proviene dall'accertamento della rappresentatività sindacale attraverso un meccanismo ascendente: e cioè, calcolando i consensi ottenuti in via elettorale e tramite l'iscrizione sindacale dei lavoratori¹¹³⁰. Tale modello ha dimostrato di sapere produrre effetti benefici per l'intero sistema, perché le confederazioni hanno dato un importante contributo al controllo del sistema contrattuale – sul piano del bilanciamento tra ragioni del lavoro e controllo della spesa pubblica – e laddove si sono manifestati effetti perversi, questi sono dipesi soprattutto da una contrattazione integrativa

¹¹²⁸ Cfr. PESSI, *Rappresentanza e rappresentatività sindacale tra contrattazione collettiva e giurisprudenza costituzionale*, 2013, in www.adapt.it; ZOPPOLI L., *Le nuove rappresentanze sindacali unitarie e il gattopardo democratico*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona". IT – 204/2014, p. 16 ss.; VALLEBONA, *Due temi di dialogo tra dottrina e giurisprudenza: le mansioni e i privilegi per i sindacati confederali*, in ADL, 2009, p. 1303.

¹¹²⁹ Così, C.cost. 26 gennaio 1990, n. 30. Cfr. ROMAGNOLI, *La deriva del diritto del lavoro (perché il presente obbliga a fare i conti con il passato)*, in LD, 2013, p. 18.

¹¹³⁰ Cfr. CARINCI F., *Adelante Pedro, con iudicio: dall'accordo interconfederale del 28 giugno 2011 al Protocollo d'intesa 31 maggio 2013 (passando per la riformulazione "costituzionale" dell'art. 19, lett. b) St.)*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona". IT – 179/2013, p. 3 ss.

anarchica svolta in assenza di un reale datore di lavoro¹¹³¹. E difatti qui il vero problema è che il sistema di relazioni sindacali assume connotati distorti (rispetto a quello del settore privato), perché di fatto le funzioni di datore di lavoro sono svolte dagli attori politici esclusivamente sensibili all'esigenza dell'ottenimento del consenso e non a quella dell'efficienza dell'azione amministrativa¹¹³².

Di conseguenza, un legislatore che intendesse affrontare il tormentato problema della rappresentanza sindacale non potrebbe non tenere conto delle direttive provenienti dalla Consulta, non smentite, dal punto di vista qui in esame, dai suoi successivi interventi, in seguito al referendum del 1995, fino ad arrivare alla recente sentenza n. 231 del 2013¹¹³³.

2. Le nuove regole delle relazioni industriali

D'altra parte, è apprezzabile l'opera di ritessitura di un sistema organico di relazioni industriali avviato dalle grandi confederazioni sindacali "storiche" con l'accordo interconfederale del 28 giugno 2011¹¹³⁴, il protocollo del 31 maggio 2013¹¹³⁵ e, da ultimo, l'accordo del 10 gennaio 2014 (denominato "testo unico sulla rappresentanza")¹¹³⁶. Si tratta di un sistema istituzionale che, una volta a regime, potrebbe essere – se le parti sociali fossero d'accordo – recepito in legge, con gli opportuni adattamenti, anche per tenere conto della misurazione della rappresentatività delle organizzazioni datoriali, e non in contrasto con l'art. 39 Cost.: ciò ovviamente, se si aderisse alla lettura "flessibile" di questa disposizione che ne ha dato Massimo d'Antona¹¹³⁷.

Semmai di questi accordi andrebbero date letture funzionali alla loro effettività, rintracciando in essi il punto di incontro tra le varie anime del sindacalismo italiano, senza potere affermare che abbia prevalso una linea rispetto all'altra.

In effetti le recenti tormentate vicende del sistema sindacale italiano¹¹³⁸ sono state caratterizzate dall'esplosione del dissidio intersindacale, sublimato nella frequente contrattazione separata che ha visto l'esclusione di uno degli attori "storici". Questa nuova produzione contrattuale è

¹¹³¹ Cfr. DELL'ARINGA, *Contrattazione collettiva e costo del lavoro*, in DELL'ARINGA, DELLA ROCCA (a cura di), *Pubblici dipendenti*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2007, p. 3 ss.; BORDOGNA, *La contrattazione collettiva*, *ivi*, p. 77 ss.; ZOPPOLI L., *Bentornata realtà: il pubblico impiego dopo la fase onirica*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona". IT – 168/2013, p. 4 ss.

¹¹³² Cfr. RUSCIANO, *A due anni dalla c.d. riforma Brunetta*, in *DLM*, 2011, p. 190 s.

¹¹³³ Cfr. l'accurata ricostruzione del percorso della Corte costituzionale di GARILLI, *Reciproco riconoscimento e rappresentatività sindacale (spunti ricostruttivi della sentenza della Corte costituzionale n. 231 del 2013)*, in *ADL*, 2014, p. 18 ss.; e di CARINCI F., *Il buio oltre la siepe: Corte cost. 23 luglio 2013, n. 231*, in WP CSDLE "Massimo D'Antona". IT – 182/2013, p. 3 ss. Inoltre, cfr. MAGNANI, *Le rappresentanze sindacali in azienda tra contrattazione collettiva e giustizia costituzionale*, in Working paper Adapt, 25 settembre 2013, n. 135, p. 2 ss.; MARESCA, *Prime osservazioni sul nuovo articolo 19 St.lav.: connessioni e sconnessioni sistematiche*, Adapt University press, 2013, p. 1 ss.; ROMAGNOLI, *Se il sindacato si tinge di giallo*, in *E&L*, 25 agosto, 2013, p. 1 ss.; RICCI M., *Autonomia collettiva e giustizia costituzionale*, Cacucci, Bari, 1999.

¹¹³⁴ Cfr. CARINCI F., *L'accordo interconfederale del 28 giugno 2011: armistizio o pace?*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona". IT – 125/2011, p. 2 ss.; PERSIANI, *Osservazioni estemporanee sull'accordo interconfederale del 28 giugno 2011*, in *ADL*, 2011, p. 451 ss.; RICCI M., *L'accordo interconfederale 28 giugno 2011: un'inversione di tendenza nel sistema di relazioni industriali*, *ivi*, 2012, p. 43 ss.

¹¹³⁵ Cfr. TOSI, *Il protocollo Confindustria, Cgil, Cisl e Uil del 31 maggio 2013*, in *DRI*, 2013, p. 638 ss.

¹¹³⁶ Cfr. TREU, *Nuove regole per le relazioni industriali*, in *Contratti & Contrattazione collettiva*, 2014, n. 2, p. 4 ss.

¹¹³⁷ Cfr. D'ANTONA, *Il quarto comma dell'art. 39 della Costituzione, oggi*, in *DLRI*, 1998, p. 665 ss.; e MARIUCCI, *L'agenda desiderabile: idee per una nuova fase del diritto del lavoro*, in *LD*, 2013, p. 173 s.

¹¹³⁸ Cfr. TOSI, *Gli assetti contrattuali fra tradizione e innovazione*, in *ADL*, 2013, p. 506 ss.

permeata dalla volontà di pacificare il sistema di relazioni industriali, in modo da garantire l'uniformità delle "regole del gioco". Importante è la valorizzazione del principio di maggioranza, nella fase di approvazione degli accordi, che è volta a salvaguardare l'unità di azione sindacale, con la presa d'atto che il dissenso tra i sindacati sia un fatto fisiologico e non patologico; e che comunque lo stesso dissenso non possa impedire che comunque si giunga ad una decisione vincolante per tutti¹¹³⁹. In altri termini, questi accordi introducono, con il principio di maggioranza, una sorta di equivalente funzionale all'opposto principio delle decisioni all'unanimità, caratteristico della più risalente prassi negoziale¹¹⁴⁰. Ovviamente, è necessaria una grande responsabilità nell'applicazione di questo apparato, soprattutto per evitare che l'esaltazione del principio di maggioranza si traduca nel deleterio fenomeno della "dittatura della maggioranza"¹¹⁴¹. L'approccio metodologico dovrebbe, però, essere quello di evitare toni apocalittici e di leggere le disposizioni contrattuali in modo coerente con le loro finalità di assicurare la democrazia sindacale.

Inoltre, la scelta delle grandi confederazioni sindacali è quella, com'è noto, di ammettere un decentramento controllato della contrattazione¹¹⁴² e quindi di salvaguardare la funzione baricentrica del contratto nazionale. Il che dovrebbe impedire una mera aziendalizzazione delle relazioni industriali, caratterizzate dalla prevalente pressione sul fattore lavoro e dall'abbassamento, senza limiti, dei suoi livelli di protezione. In un sistema siffatto, le imprese potrebbero competere attraverso il peggioramento delle condizioni di lavoro senza alcuno stimolo verso l'innovazione di processo e di prodotto; con la conseguenza che diminuirebbe la produttività dell'intero sistema¹¹⁴³. Sicché, appare interesse dei decisori pubblici non tanto auspicare un diritto del lavoro "fai da te" (come permetterebbero le letture più estreme del "famigerato" art. 8 della legge n. 148/2011)¹¹⁴⁴, bensì sostenere la funzione macroeconomica della contrattazione nazionale e quindi la presenza di un sistema di relazioni industriali gestito da soggetti che sappiano coniugare le tensioni tra centralizzazione e decentramento, come appunto le grandi confederazioni sindacali storiche¹¹⁴⁵.

3. Contrattazione delegata e salario minimo legale

Rebus sic stantibus, ci si è interrogati sul raccordo tra il sistema sindacale di cui all'accordo interconfederale del 28 giugno 2011 e al protocollo d'intesa del 31 maggio 2013 con l'ordinamento

¹¹³⁹ Cfr. TREU, *Nuove regole sulla rappresentanza sindacale*, in *Contratti & Contrattazione collettiva*, 2013, n. 7, p. 4 ss.

¹¹⁴⁰ Cfr. NAPOLI, *Il sindacato*, Vita e Pensiero, Milano, 2009, p. 51.

¹¹⁴¹ Cfr. ROMAGNOLI, *La libertà sindacale sequestrata*, in *E&L*, 9 febbraio 2014; ALLEVA, *Rappresentanza sindacale e dittatura della maggioranza*, in *Micromega-online*, 6 febbraio 2014; ZOPPOLI L., *Le nuove rappresentanze*, cit., p. 12.

¹¹⁴² Cfr. TOSI, *Gli assetti*, cit., p. 529; RICCI M., *L'accordo interconfederale*, cit., p. 49.

¹¹⁴³ Cfr. BARBIERI, *Un accordo senza respiro*, in *DLRI*, 2013, p. 277; RICCI M., *L'accordo quadro e l'accordo interconfederale confindustria del 2009: contenuti e modelli di relazioni industriali*, in *RIDL*, 2009, I, p. 378.

¹¹⁴⁴ Cfr. MARIUCCI, *Contratto e contrattazione collettiva oggi*, in *LD*, 2013, p. 31 ss.; GARILLI, *Finalizzazione e oggetto degli accordi di prossimità*, in *RGL*, 2012, I, p. 485 ss.; DEL PUNTA, *Cronache da una transizione confusa (su art. 8, l. n. 148/2011, e dintorni)*, in *LD*, 2012, p. 31 ss.; FERRARO, *Il contratto collettivo dopo l'art. 8 del decreto n. 138 del 2011*, in *ADL*, 2011, p. 1249 ss.; RICCI M., *L'accordo interconfederale*, cit., p. 55 ss.

¹¹⁴⁵ Cfr. RUSCIANO, *A che serve il sindacato?*, in *DRI*, 2006, p. 734.; LASSANDARI, *Divisione sindacale e "crescita di produttività e competitività"*, in *LD*, 2013, p. 263 ss.; BAVARO, *Azienda, contratto e sindacato*, Cacucci, Bari, 2012.

giuridico¹¹⁴⁶. In particolare, ci si è chiesti se tale sistema “vada applicato anche nelle molte ipotesi di contrattazione delegata, laddove la legge rinvia alla contrattazione collettiva, specificandone o meno agenti o livelli”¹¹⁴⁷. E qui la risposta è positiva¹¹⁴⁸, anche perché l'accordo interconfederale del 28 giugno 2011, al punto 3 prevede che “la contrattazione collettiva aziendale si esercita per le materie delegate, in tutto o in parte, dal contratto nazionale di categoria o dalla legge”. La formula è ripresa quasi alla lettera nel testo unico del 10 gennaio 2014, secondo cui “la contrattazione collettiva aziendale si esercita per le materie delegate e con le modalità previste dal contratto collettivo nazionale di categoria o dalla legge”.

S'è poi prefigurata la possibilità di “una sorta di effetto imitativo, con l'assunzione del 5% come criterio sufficiente per qualificare un'organizzazione sindacale come maggiormente o comparativamente più rappresentativa ai sensi di legge”. E si è concluso che “sarebbe un'indubbia forzatura vista la *ratio* e la lettera di tali espressioni, che certo non sono interpretabili come riferite ad una soglia minima, tant'è che nel settore del pubblico impiego privatizzato, laddove è prevista tale soglia, si parla *sic et simpliciter* di ‘rappresentatività’: cfr. l'art. 43 del d.lgs. n. 165/2001”¹¹⁴⁹. Ma, di lì a poco, lo stesso autore ammette che “c'è, però, da chiedersi, se la giurisprudenza ordinaria non sarà tentata di leggere la nozione presuntiva legislativa alla luce di quella effettiva contrattuale, almeno laddove la ricaduta di una siffatta sostituzione non sia chiaramente contrastante con la *ratio* della norma”¹¹⁵⁰.

Tuttavia, è possibile instaurare un altro raccordo tra l'ordinamento sindacale e quello legale. In effetti, la scelta sindacale consente di ricondurre il concetto di “sindacato comparativamente più rappresentativo” alla sua *ratio* originaria¹¹⁵¹ – del tutto evidente nell'art. 2, comma 25, della legge n. 549/1995 - che è quella di superare le letture estensive della nozione di “sindacato maggiormente rappresentativo”, per cui la “maggiore rappresentatività” era stata diluita in “sufficiente rappresentatività”, senza necessità di alcuna comparazione¹¹⁵². In effetti, il criterio selettivo delle “organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative”, “a differenza della ‘maggiore rappresentatività’, ha un senso solo di fronte ad un (potenziale o attuale) concorso-conflitto tra contratti collettivi applicabili in un medesimo ambito”¹¹⁵³. E cioè, “esso ha l'effetto significativo di riservare il riconoscimento legale al contratto sottoscritto dalla coalizione ‘comparativamente più rappresentativa’ nella categoria, e dunque presumibilmente capace di realizzare assetti degli interessi collettivi più efficienti, ampi e stabili, a preferenza di ogni altro, ovvero che è lo stesso, di impedire che siano ammessi al riconoscimento legislativo contratti collettivi sottoscritti da una

¹¹⁴⁶ Cfr. GARILLI, *Reciproco riconoscimento*, cit., p. 27 ss.

¹¹⁴⁷ Cfr. CARINCI F., *Adelante Pedro*, cit., p. 19.

¹¹⁴⁸ Così, CARINCI F., *Adelante Pedro*, cit., p. 20.

¹¹⁴⁹ CARINCI F., *Adelante Pedro*, cit., p. 20.

¹¹⁵⁰ CARINCI F., *Alice non abita più qui (a proposito e a sproposito del “nostro” diritto sindacale)*, in DLRI, 2013, p. 684.

¹¹⁵¹ Cfr. BARBIERI, *Il rapporto tra l'art. 8 e l'accordo interconfederale del 28 giugno 2011*, in RGL, 2012, I, p. 467; GIUGNI, *Diritto sindacale*, Cacucci, Bari, 2001, p. 75 ss.; CARINCI F., *Il grande assente: l'art. 19 dello Statuto*, in WP C.S.D.L.E. “Massimo D'Antona”. IT – 144/2012, p. 16 ss.; PERA, *Note sui contratti collettivi “pirata”*, in RIDL, 1997, I, p. 381 ss.

¹¹⁵² Cfr. NAPOLI, *Il sindacato*, cit., p. 99; CARINCI F., DE LUCA TAMAJO, TOSI, TREU, *Il diritto sindacale*, 6° ed., Utet, Torino 2013, p. 134 s.; ROCCELLA, *Le regole del gioco sindacale*, in ANDREONI (a cura di), *Rappresentanza e rappresentatività nel sistema delle relazioni industriali*, Ediesse, Roma, 2010, p. 254 ss.

¹¹⁵³ D'ANTONA, *Il quarto comma*, cit., p. 674.

coalizione comparativamente minoritaria nella categoria (presumibilmente al ribasso, rispetto a quanto la coalizione maggioritaria, nel medesimo ambito categoriale potrebbe ragionevolmente spuntare, come dimostra l'esperienza dei 'contratti pirata', dalla quale il criterio ha preso spunto)"¹¹⁵⁴.

Dal protocollo del 31 maggio 2013 emerge che l'efficacia del contratto di categoria è condizionata al rispetto di due requisiti. In primo luogo, la negoziazione ("in assenza di piattaforma unitaria") deve avvenire sulla base di una "piattaforma presentata da organizzazioni sindacali che abbiano complessivamente un livello di rappresentatività nel settore pari almeno al 50% più 1". Inoltre, ci deve essere una sottoscrizione "formalmente dalle organizzazioni sindacali che rappresentino almeno il 50% più uno della rappresentanza, come sopra determinata, previa consultazione certificata delle lavoratrici e dei lavoratori, a maggioranza semplice". Dall'accordo interconfederale del 28 giugno 2011 l'efficacia del contratto aziendale è legata all'approvazione, secondo due procedure distinte, da parte degli organi di rappresentanza dei lavoratori e comunque in forza del principio di maggioranza. Tutto ciò è confermato dal testo unico sulla rappresentanza.

Sicché, il sistema sindacale permette di affermare che la nozione di sindacato comparativamente più rappresentativo opera come criterio di selezione degli agenti negoziali in base al principio maggioritario. E inoltre, gli accordi appena menzionati offrono criteri per accertare effettivamente se una o più organizzazioni sindacali coalizzate siano comparativamente più rappresentative di un'altra o di altre e soprattutto quali requisiti debba possedere il contratto collettivo per ottenere il riconoscimento legale di potere normativo.

Quanto siano intense le compenetrazioni tra l'ordinamento intersindacale e il sistema giuridico è, altresì, percepibile nella tendenza del recente legislatore ad avvalersi della contrattazione collettiva "qualificata" (cioè, appunto prodotta dai soggetti comparativamente più rappresentativi) come strumento per la sperimentazione di una legislazione sui cosiddetti minimi salariali¹¹⁵⁵. Basti pensare ai casi dei collaboratori a progetto¹¹⁵⁶ e dei soci lavoratori delle cooperative, in cui la legge impone soglie retributive non inferiori a quelle dei contratti collettivi sottoscritti dai sindacati comparativamente più rappresentativi, che poi sono sempre e soltanto i sindacati confederali "storici", come dimostra il contenzioso che si è sviluppato nel mondo della cooperazione¹¹⁵⁷.

Nulla impedirebbe un intervento legislativo che adottasse analogo schema per l'intera area del lavoro subordinato: il quale troverebbe giustificazione nell'art. 36 Cost., fatto salvo, ovviamente, il consenso delle parti sociali¹¹⁵⁸. Il che, da un lato, contribuirebbe non poco, ad un'opera di pulizia del mercato del lavoro e alla scomparsa di organizzazioni sindacali dei datori e dei lavoratori che,

¹¹⁵⁴ D'ANTONA, *Il quarto comma*, cit., p. 675 s.; così, BALLESTRERO, *Diritto sindacale*, 4° ed., Giappichelli, Torino, 2012, p. 131, e T. Monza 6 ottobre 2009, in *RGL*, 2010, II, p. 188.

¹¹⁵⁵ Cfr. MAGNANI, *Il salario minimo legale*, in *RIDL*, 2010, I, p. 789 ss.

¹¹⁵⁶ Cfr. TREU, *Flessibilità e tutele nella riforma del lavoro*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona". IT – 155/2012, p. 40 ss.

¹¹⁵⁷ Cfr. T. Milano 21 dicembre 2009, in *D & L*, 2010, p. 529; nonché l'importante T. Torino 14 ottobre 2010, in *DRI*, 2010, p. 781, con nota di PUTRIGNANO, *Retribuzione proporzionata e sufficiente e contratto collettivo: un primo arresto giurisprudenziale sui c.d. contratti pirata*. Cfr. anche BAUSARDO, MORO, *La cooperativa non può scegliere liberamente il ccnl dei soci lavoratori*, in *GL*, 2011, n. 4, p. 23 ss.

¹¹⁵⁸ Cfr. TREU, *Flessibilità*, cit., p. 42 s.

sotto lo schermo della libertà sindacale, esaltano di fatto modelli di utilizzo della forza lavoro basati sullo sfruttamento più bieco; e, dall'altro, darebbe una spinta significativa ad eliminare artificiosi sistemi contrattuali. D'altra parte, il tema del salario minimo legale è stato, in Germania, al centro della negoziazione politica per la formazione della nuova coalizione di governo; ma, già da tempo, l'introduzione di questa misura era richiesta dal DGB: e cioè, da una grande confederazione sindacale¹¹⁵⁹.

4. Il ruolo istituzionale del sindacato e la regolazione della rappresentanza sindacale

Qualche anno fa, lo stesso Mario Rusciano - al termine di una ricostruzione storica delle tappe portanti del sindacalismo italiano, in occasione della Giornata di studi in onore di Piero Craveri - osservava che "la sfida e la capacità di saper fare buon uso degli insegnamenti del passato, consisterà principalmente nel recupero, da parte dell'organizzazione, della consapevolezza del valore di quella dualità...che vede il sindacato essere, ad un tempo, movimento e istituzione".

Più precisamente, secondo l'autore, "essere 'istituzione sociale', investita dallo Stato di sempre più ampie funzioni normative - come ad esempio nell'ambito della legislazione sul mercato del lavoro o della regolamentazione dello sciopero nei servizi pubblici essenziali - è una 'missione' alla quale non può sottrarsi un sindacato moderno e responsabile". E "per altro verso, rinunciare però ad un costante confronto con la propria base sociale, che si alimenti regolarmente di autentici meccanismi di investitura dal basso e si rinnovi in continue verifiche 'democratiche' dei programmi e delle strategie, significa, per il soggetto sindacale, non solo smarrire una parte importante della propria identità, ma anche assistere ad una inevitabile perdita di rappresentatività e, quindi, di credibilità e autorevolezza agli occhi dello stesso potere pubblico"¹¹⁶⁰.

Se si osserva la più recente strategia del sindacalismo confederale "storico" italiano non si può non rilevare che questa consapevolezza sia in esso ben presente e anzi che esso abbia imparato la lezione della storia. Semmai si può discutere su quali effettivamente siano i successi concreti. Comunque, può essere letto anche nella direzione di rinsaldare i rapporti con la base - e quindi di perfezionare il ruolo del sindacato di "sismografo sociale"¹¹⁶¹ iscritto nel suo codice genetico - il percorso che ha portato alla stipula dell'accordo interconfederale del 28 giugno 2011, del successivo protocollo d'intesa del 31 maggio 2013 e, infine, del testo unico del 10 gennaio 2014. E a questo proposito, cioè quello della legittimazione dal basso, basti pensare all'eliminazione del cosiddetto "terzo riservato" nella composizione delle rsu¹¹⁶².

Nemmeno però si può trascurare il forte valore aggiunto offerto dalla ripristinata - dopo un non breve periodo di elevate divisioni - unità di azione sindacale, di cui l'accordo interconfederale del 24 aprile 2013 (sulla applicazione delle incentivazioni collegate alla produttività) è un tassello non irrilevante¹¹⁶³.

¹¹⁵⁹ Cfr. SPATTINI, *Ancora su reddito minimo e salario minimo*, in *Bollettino Adapt*, 10 maggio 2013, p. 1 ss.

¹¹⁶⁰ RUSCIANO, *Il sindacato italiano: tra movimento e istituzione*, 2008, in www.lacropoli.it, p. 5 s.

¹¹⁶¹ RUSCIANO, *Il sindacato*, cit., p. 3.

¹¹⁶² Cfr. LISO, *Brevi note sul protocollo Confindustria, Cgil, Cisl e Uil del maggio 2013*, in *Working paper Adapt*, 4 dicembre 2013, n. 144, p. 2 ss.

¹¹⁶³ Cfr. CARINCI F., *Alice*, cit., p. 677 ss.

Sicuramente - visti i recenti trascorsi alquanto conflittuali, e le contraddittorie pronunce giurisprudenziali, specie sul caso Fiat - appare consigliabile una regolazione per legge della rappresentanza sindacale, ma non perché, come s'è di recente osservato, "l'autonomia collettiva ha fallito"¹¹⁶⁴: basti ricordare che l'autonomia collettiva "storica" (e cioè quella espressa dal sindacalismo confederale) ha fatto sì che quanto accaduto a Corso Traiano, nel luglio del 1969, non si ripettesse in forme ancora più esplosive¹¹⁶⁵ e ha dimostrato che il "gatto domestico" possedeva unghie più affilate e penetranti del "gatto selvaggio"¹¹⁶⁶.

Una regolazione si rende necessaria proprio per ribadire senza equivoci la piena legittimazione del sindacato a rappresentare la sua base¹¹⁶⁷. In particolare, "perché, in una democrazia costituzionale, è inammissibile la vocazione all'autoreferenzialità di tutti i poteri, qualunque natura essi abbiano"¹¹⁶⁸. E "quindi, neanche il sindacato può sottrarsi a verifiche riguardanti il fondamento della sua legittimazione a partecipare da protagonista a processi di produzione di norme valevoli nei confronti di moltitudini di cittadini che non gli hanno conferito alcun mandato rappresentativo"¹¹⁶⁹.

D'altra parte, è nota a tutti la cosiddetta "bipolarità del sindacato", la sua somiglianza al mitico centauro: "come libero soggetto di autotutela in una sfera di diritto privato e, nello stesso tempo, soggetto di una funzione pubblica"¹¹⁷⁰ (e quindi dotato di una componente istituzionale) nel momento in cui, alla stregua della Costituzione, può sottoscrivere contratti collettivi provvisti di una generale efficacia vincolante. E soprattutto, con l'espansione della cosiddetta contrattazione delegata, esso ha avuto attribuiti compiti fondamentali di regolazione del mercato del lavoro e di integrazione e deroga alle disposizioni della legge. L'attribuzione di un enorme potere paralegislativo al sindacato rende ormai ineludibile il problema della sua democratizzazione e quindi di rivedere la "situazione di singolare a-legalità costituzionale"¹¹⁷¹ che s'è formata nel tempo attraverso una disciplina che tenga conto delle concrete modalità di funzionamento della rappresentanza sindacale che, proprio grazie alla legislazione di rinvio, assume fattezze omologhe alla rappresentanza politica o istituzionale. Il che induce a rendere compatibile coi "fondamenti delle democrazie rappresentative"¹¹⁷² proprio l'esplosione del potere sindacale¹¹⁷³.

¹¹⁶⁴ Cfr. MARIUCCI, *Contratto*, cit. p. 35.

¹¹⁶⁵ Sulla "battaglia di Corso Traiano" in cui qualcuno intravede i prodromi di uno sbocco rivoluzionario, cfr. GINSBORG, *Storia d'Italia dal dopoguerra ad oggi*, Einaudi, Torino, 1989, p. 428.

¹¹⁶⁶ Così, MANCINI, *Lo Statuto dei lavoratori dopo le lotte operaie del 1969*, in PD, 1970, p. 67.

¹¹⁶⁷ Cfr. GARILLI, *Reciproco riconoscimento*, cit., p. 28; GAROFALO M.G., *Crisi del sistema di relazioni industriali e legittimazione della rappresentanza*, in SANTORO PASSARELLI G. (a cura di), Jovene, Napoli, 2010, p. 39 ss. Il dibattito è, ovviamente, caratterizzato da opinioni del tutto diverse: cfr., anche, DEL CONTE, *Perché non serve una legge sulla rappresentanza*, in www.lavoce.info; ICHINO, *Perché una legge sulle rappresentanze sindacali è necessaria*, ivi; SACCONI, TIRABOSCHI, *Legge sindacale, 60 anni di querelle*, in *Il Sole 24 ore*, 20 agosto 2013, p. 12; e, da ultimo, gli interventi in CARINCI F. (a cura di), *Legge o contrattazione?*, Adapt Labour Studies e-Book series, n. 20, 2014.

¹¹⁶⁸ ROMAGNOLI, *La deriva*, cit., p. 17.

¹¹⁶⁹ ROMAGNOLI, *La deriva*, cit., 17.

¹¹⁷⁰ ROMAGNOLI, *Anche ai centauri serve la democrazia*, in E&L, 15 aprile 2013, p. 1.

¹¹⁷¹ ROMAGNOLI, *Anche ai centauri*, cit., p. 2.

¹¹⁷² ROMAGNOLI, *Tra rappresentanza privata e funzione pubblica*, in E&L, 2 dicembre 2008, p. 4.

¹¹⁷³ Cfr. RUSCIANO, *Il sindacato italiano*, cit., p. 2 ss.; D'ANTONA, *Diritti sindacali e diritti del sindacato: il titolo III dello statuto dei lavoratori rivisitato*, in LD, 1990, p. 247 ss.

Ma si deve trattare di una regolazione che incontri il consenso di tutti i sindacati storici¹¹⁷⁴: ciò perché è imprescindibile non disperdere il pregnante valore dell'unità d'azione e poi perché costoro, dati alla mano, rappresentano insieme la maggioranza dei lavoratori. E comunque, perché è difficile che, laddove manchi il consenso sindacale, possa avere successo, specie sul piano dell'effettività applicativa, qualunque tentativo di legiferare sul punto.

Bene s'è detto che "certo il tempo della supplenza sindacale appartiene ormai ad un passato remoto"¹¹⁷⁵: e cioè, il tempo in cui le grandi confederazioni lanciarono una strategia di riforme su tutti i campi di interesse generale dal sociale all'economico e svolsero un ruolo come protagonista politico e "di supplenza rispetto ai classici meccanismi istituzionali rivelatisi non all'altezza dei tempi"¹¹⁷⁶. E tale protagonismo è stato consacrato con l'adozione del metodo della concertazione e dello "scambio politico". Tuttavia, non è che questa sensibilità delle parti sociali sia mai venuta meno e anzi continua ad esprimersi. Basti ricordare il recente documento sottoscritto tra Confindustria, Cgil, Cisl e Uil, il 2 settembre 2013, sul tema "una legge di stabilità per l'occupazione e la crescita": in cui vengono sottolineate al governo le linee fondamentali di intervento per la ripresa economica e la riforma dei più strategici assetti istituzionali¹¹⁷⁷.

Semmai, è vero che il ruolo del sindacato (*rectius* delle confederazioni) come protagonista politico è stato attenuato a causa di un duplice ordine di ragioni: da un lato, la lunga stagione dei governi di centrodestra è stata caratterizzata da una consapevole volontà di limitazione dello spazio dell'azione sindacale; dall'altro, la perdurante crisi economica e i draconiani vincoli di bilancio, imposti dalle norme e dalle autorità comunitarie nonché dai "fantomatici" mercati, fanno sì che l'area di manovra del governo nazionale in materia di politica economica sia estremamente limitata¹¹⁷⁸. Comunque sia, restano molteplici materie riguardo alla quali la politica nazionale, pur nel quadro del rispetto dei menzionati vincoli esterni, può fare la sua parte¹¹⁷⁹. E tracce di un percorso del genere sono riscontrabili nel citato documento interconfederale del 2 settembre 2013. Ciò che manca è appunto la politica nazionale, a causa di un sistema dei partiti non più in grado, da tempo, di elaborare idee consone alle attuali emergenze e di formare maggioranze governative coese e non arlecchinesche.

Più in generale, se il centro decisionale fondamentale s'è spostato altrove (specie a Bruxelles) è allora lì che dovrebbe manifestarsi la pressione sindacale. E chi potrebbe farlo meglio se non le grandi confederazioni sindacali che, per giunta, in qualche modo (sebbene non del tutto soddisfacente), hanno voce al di fuori dei confini nazionali, perché, ad esempio, fanno parte della Confederazione europea dei sindacati? È loro compito, quindi, raccogliere le nuove sfide che gravano sui diritti del lavoro, elaborare adeguate strategie di respiro sovranazionale ed esprimere un'originale visione della modernità¹¹⁸⁰.

¹¹⁷⁴ Cfr. ROCCELLA, *Le regole del gioco*, cit., p. 249 ss.; TREU, *Nuove regole sulla rappresentanza sindacale*, cit., p. 6; RUSCIANO, *A che serve*, cit., p. 735; ZOPPOLI L., *Le nuove rappresentanze*, cit., p. 2 ss.

¹¹⁷⁵ CARINCI F., DE LUCA TAMAJO, TOSI, TREU, *Il diritto sindacale*, cit., p. 50.

¹¹⁷⁶ CARINCI F., DE LUCA TAMAJO, TOSI, TREU, *Il diritto sindacale*, cit., p. 39; e cfr. BELLARDI, *Concertazione e contrattazione*, Cacucci, Bari, 1999; GHERA, *La concertazione sociale nell'esperienza italiana*, in RIDL, 2000, I, p. 115 ss.

¹¹⁷⁷ Cfr. CARINCI F., *Alice*, cit., p. 671.

¹¹⁷⁸ Cfr. CARINCI F., *Alice*, cit., p. 666 ss.; BALLESTRERO, *Declinazioni di flexicurity. La riforma italiana e la deriva spagnola*, in LD, 2012, p. 441 ss.; MARIUCCI, *Contratto*, cit., p. 33.

¹¹⁷⁹ Cfr. MARIUCCI, *L'agenda*, cit., p. 172 ss.

¹¹⁸⁰ Cfr. RUSCIANO, *Il sindacato*, cit., p. 6.

Dalla “autoregolamentazione” alla “legge sindacale”? La questione dell’ambito di misurazione della rappresentatività sindacale*

Marco Marazza

1. Premessa.	389
2. Misurazione della rappresentatività sindacale ed effetti.	390
3. Accesso alla legislazione di sostegno, legge sindacale e misurazione della rappresentatività.	390
4. Il testo unico e i limiti di una regolamentazione interamente convenzionale.	393
5. L’intervento eteronomo e la modularità dei suoi possibili effetti.	395
6. L’ambito di misurazione della rappresentatività sindacale in una legge che limiti la sua portata alla sola rilevazione del dato.	397
7. L’ambito di misurazione della rappresentatività sindacale in una legge che regoli anche le modalità applicative del dato.	398
8. La difficile praticabilità di una misurazione della rappresentatività rilevata per legge per ciascun contratto collettivo nazionale di lavoro esistente.	399
9. Due possibili criteri di selezione dell’ambito di misurazione della rappresentatività sindacale, per contratto collettivo e per settore.	400
10. Segue: la misurazione perimetrata per ambito soggettivo di applicazione di contratti collettivi selezionati.	400
11. Segue: la misurazione perimetrata per settori produttivi.	402

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 209/2014

1. Premessa.

Una riflessione sul tema della regolazione della rappresentatività sindacale¹¹⁸¹ dopo l'ultimo accordo interconfederale del 10 gennaio 2014 può guardare ai numerosi problemi interpretativi ed applicativi di quell'intesa oppure alle implicazioni giuridiche di un possibile intervento legislativo che alcuni, per il vero, ora auspicano. È nota la diffidenza delle parti sociali nei confronti di un intervento eteronomo, anche alimentata dalla imprevedibilità degli esiti di un confronto parlamentare su un tema così delicato e complesso, ma in tanti (a partire dal mondo accademico) credono che i tempi siano quanto meno maturi per una seria riflessione sulla cosiddetta "legge sindacale"¹¹⁸².

Dunque, anche facendo tesoro delle riflessioni condivise in questi mesi con un gruppo di autorevoli amici e colleghi, e soprattutto dei loro insegnamenti, concentrerò queste brevi riflessioni su uno specifico nodo tecnico che si potrebbe porre nel momento in cui si decidesse di intervenire per legge per completare e sostenere il percorso fin qui delineato dall'autonomia privata collettiva con gli accordi del 2011, 2012, 2013 e 2014: la definizione dell'ambito di misurazione della rappresentatività dei sindacati, e cioè di quel perimetro all'interno del quale la rappresentatività ponderata di ciascuna organizzazione sindacale deve essere pesata in termini percentuali rispetto al totale dei lavoratori sindacalizzati¹¹⁸³.

¹¹⁸¹ Nel testo unico, come noto, il riferimento è al concetto di "rappresentanza" sindacale ma la rilevanza attribuita dagli stessi accordi interconfederali al dato elettivo, oltre che a quello associativo, mi induce a preferire ai fini del presente scritto il concetto di "rappresentatività" pur condividendo che la distinzione tra rappresentanza e rappresentatività appare, in fine dei conti, piuttosto nominalistica (A. MARESCA, *Contratto collettivo nazionale di lavoro e "regole sulla rappresentanza" sindacale: verso l'attuazione negoziale dell'art. 39, co 4, della Costituzione?*, in *Il contributo di Mario Rusciano all'evoluzione teorica del diritto del lavoro*, Torino, 2013, pag. 183, per il quale nella contrattazione il sindacato gestisce un interesse collettivo di cui ha la diretta e piena titolarità). Sul punto, con una ricostruzione della terminologia utilizzata negli ultimi accordi interconfederali, si veda a F. CARINCI, *Il lungo cammino per Santiago della rappresentanza sindacale: (dal Tit. III dello Statuto dei lavoratori al Testo Unico sulla Rappresentanza 10 gennaio 2014)*, in corso di pubblicazione nel commentario al Testo Unico curato da Franco Carinci, Collana Adapt Labour Studies e-Book series.

¹¹⁸² Per un'ampia e condivisibile disamina delle condizioni relative al contesto giuridico e sociale a favore della legge sindacale, B. CARUSO, *Per un intervento eteronomo sulla rappresentanza sindacale: se non ora quando!*, in corso di pubblicazione in A. Zoppoli, L. Zoppoli, M. Delfino (a cura di), *Una nuova costituzione per il sistema di relazioni sindacali?*, Editoriale scientifica, 2014. Contemporaneamente un gruppo di accademici coordinato da Mario Rusciano e Lorenzo Zoppoli ha avanzato, tramite la rivista *Diritto Lavori Mercati*, una proposta di legge sindacale (in avanti, proposta DLM) in corso di pubblicazione. Seppur con contenuti diversi, analogo sforzo progettuale è oggetto di un altro gruppo di lavoro composto da Bruno Caruso, Raffaele De Luca Tamajo, Riccardo Del Punta, Marco Marazza, Arturo Maresca, Adalberto Perulli, Roberto Romei, Franco Scarpelli, Valerio Speciale. Alcune anticipazioni sul contenuto essenziale di questo lavoro si possono leggere in B. CARUSO, op. cit. A favore di un intervento del legislatore, L. ZOPPOLI, *Le nuove rappresentanze sindacali unitarie e il gattopardo democratico*, in WP CSDLE "Massimo D'Antona".it – 204/2014; A. ZOPPOLI, *Art. 19 dello Statuto dei lavoratori, democrazia sindacale e realismo della consulta nella sentenza n. 231/2013*, in WP CSDLE "Massimo D'Antona".it – 201/2014, con argomentazioni che prendono spunto dagli effetti della sentenza della Corte Costituzionale n. 231 del 2013 e che in particolare evidenziano il possibile conflitto tra i criteri di accesso alla legislazione di sostegno individuati dal testo unico del 10 gennaio 2014 e quelli, meno restrittivi, posti dall'art. 19 della legge n. 300 del 1970; M. RUSCIANO, *Lettura e rilettura dell'art. 39 della Costituzione*, in *Diritto Lavori Mercati*, 2013, che ragiona su ipotesi di attuazione dell'art. 39 Cost. evidenziando come nell'accordo del 28 giugno 2011 vi siano disposizioni che "ben potrebbero considerarsi attuative dello spirito costituzionale racchiuso nell'art. 39 Cost."; E. GHERA, *L'art. 39 della Costituzione e il contratto collettivo*, in WP CSDLE "Massimo D'Antona".it – 202/2014, che ipotizza una riscrittura della seconda parte dell'art. 39 Cost. ragionando su una "norma leggera di rinvio alla legge ordinaria per la fissazione dei requisiti necessari alla stipulazione dei contratti collettivi e per il riconoscimento, a determinate condizioni, della efficacia generale". In senso contrario ad un intervento eteronomo, M. TIRABOSCHI, *La legge sindacale? Le ragioni del no*, in Carinci (a cura di), *Legge o contrattazione? Una risposta sulla rappresentanza sindacale a Corte Cost. n. 231/2013*, in *Adapt Labour Studies*, 2014.

¹¹⁸³ "Sindacalizzati" in senso ampio, essendo chiaro che ai fini del calcolo della rappresentatività assumono rilievo anche i voti espressi in occasione delle elezioni delle rappresentanze sindacali unitarie. Quasi superfluo aggiungere quanto sia piena la consapevolezza di aver scelto un campo di indagine dalle ricadute pratiche assai teoriche, ma la convinzione che l'attuale sistema delle relazioni

2. Misurazione della rappresentatività sindacale ed effetti.

La questione dell'ambito o perimetro di misurazione della rappresentatività sindacale è strettamente correlata, se non proprio subordinata, a quella degli effetti che con i risultati di tale misurazione si intendono conseguire.

Nel testo unico quella misurazione è convenzionalmente funzionale alla contrattazione collettiva nazionale e, come noto, deve guidare la composizione dei tavoli negoziali (con ciò che ne consegue anche ai fini dell'art. 19 della legge n. 300 del 1970), la selezione delle piattaforme di avvio della trattativa, i criteri di composizione di eventuali dissensi intersindacali rispetto al momento della eventuale sottoscrizione nonché, previa consultazione dei lavoratori, la stessa esigibilità (convenzionale) dell'intesa¹¹⁸⁴.

Un eventuale intervento eteronomo potrebbe replicare le medesime finalità e quindi, seppur nel rispetto dei limiti imposti dall'art. 39 Cost., riprodurre in via legislativa (quasi¹¹⁸⁵) tutti gli stessi effetti convenzionali voluti dal testo unico.

Nulla esclude, però, che il legislatore possa individuarne di ulteriori ovvero, all'opposto, restringere il suo campo di intervento sino al punto: a) di non trattare affatto il tema della misurazione della rappresentatività, limitandosi ad un aggiornamento della sola disciplina della rappresentanza sindacale in azienda (vedi *infra* n. 3); b) oppure di arrestarsi alla mera istituzionalizzazione di un meccanismo di rilevazione della rappresentatività privo (nella legge, ma non necessariamente nell'autonomia collettiva) di ulteriori risvolti applicativi immediati (vedi *infra* nn. 5 e 6).

Ne deriva che in base alla concreta impostazione di un'eventuale legge sindacale il problema dell'ambito di misurazione della rappresentatività sindacale può assumere connotati teorici e pratici profondamente diversi o, anche, non porsi affatto.

Ciò, inevitabilmente, impone qualche preliminare considerazione sulle ragioni che consigliano un intervento legislativo e, seppur con larga approssimazione, sui suoi possibili contenuti.

3. Accesso alla legislazione di sostegno, legge sindacale e misurazione della rappresentatività.

La sentenza della Corte Costituzionale n. 231 del 2013 ha improvvisamente rimesso alla magistratura il governo di una parte significativa delle relazioni industriali, affidando per ora ai giudici il compito di dare concretezza sia ai criteri di individuazione dei sindacati rappresentativi (o

industriali non sia idoneo ad offrire adeguate soluzioni è forte e prevale sul diffuso scetticismo che emerge, anche in chi scrive, ogni qual volta ci si interroghi sulla concreta possibilità che una legge sindacale veda la luce.

¹¹⁸⁴ In verità, nel testo unico la misurazione della rappresentatività rileva anche ai fini della determinazione di costituire una RSU nelle unità produttive ove siano state costituite per la prima volta rappresentanze sindacali aziendali. In tale caso, infatti, alla scadenza delle RSA costituite dopo il 10 gennaio 2014 l'eventuale passaggio alle RSU potrà avvenire se deciso dalle organizzazioni sindacali che rappresentino a livello nazionale la maggioranza del 50%+1. Diversamente, nel caso di RSA preesistenti al testo unico

¹¹⁸⁵ È da escludere, come si vedrà più avanti, che una legge sindacale che non dia attuazione all'art. 39 Cost. possa sancire anche l'efficacia *erga omnes* del contratto collettivo, salvo che non si tratti di contrattazione collettiva aziendale la cui efficacia, a ben vedere, non risulterebbe comunque estesa ad una "categoria" di lavoratori.

“significativamente” tali) che ai contenuti di un loro presunto diritto a negoziare contratti collettivi di ogni livello¹¹⁸⁶.

A fronte di ciò la successiva evoluzione regolamentare dell'ordinamento intersindacale, per quanto di notevole spessore, non pare oggettivamente in grado di offrire soluzioni connotate da quel grado di certezza che la rilevanza della questione impone¹¹⁸⁷.

Ed infatti, ove anche si ritenesse di superare i dubbi già sollevati in merito ad un possibile contrasto del testo unico con il “nuovo” art. 19 della legge n. 300 del 1970¹¹⁸⁸, volendo pur ottimisticamente ipotizzare una piena operatività dell'accordo 10 gennaio 2014 (a dire il vero, affatto scontata¹¹⁸⁹) resterebbero comunque da definire sia le regole di ingaggio per la negoziazione di contratti collettivi diversi dal contratto nazionale di lavoro (ma comunque applicati nell'unità produttiva, talvolta anche in via esclusiva) sia (soprattutto) il trattamento riservato ai soggetti estranei al campo di applicazione delle intese interconfederali.

Problema, quest'ultimo, che non riguarderà solo i datori di lavoro privi di una rappresentanza datoriale o le organizzazioni sindacali (dei lavoratori e dei datori di lavoro) che rifiutino l'adesione al testo unico ma anche, c'è da credere, quelle sigle che dopo aver aderito cercheranno comunque di sottrarsi all'accordo interconfederale¹¹⁹⁰ per possibili (forse, prevedibili) difficoltà di

¹¹⁸⁶ È del resto evidente come, anche a prescindere dal problema della individuazione dei sindacati “significativamente” rappresentativi, la sentenza della Corte Costituzionale n. 231 del 2013 abbia improvvisamente evidenziato l'inadeguatezza degli attuali orientamenti giurisprudenziali a contribuire ad un ordinato governo delle relazioni industriali. In primo luogo quella sentenza mette in seria discussione il principio dell'inesistenza di un diritto del sindacato a negoziare (per sua natura strettamente connesso con quello dell'insussistenza di un principio di parità di trattamento tra le organizzazioni sindacali) (Cass. n. 14511 del 2013; Cass. n. 212 del 2008; Cass. n. 6166 del 1998; Cass. n. 1504 del 1992 per la quale “il merito della decisione dell'azienda, cioè la scelta di non contrattare su quella piattaforma, appartiene all'area della libertà negoziale dell'imprenditore; come gli eventuali effetti dannosi, sul piano del proselitismo, subiti dal sindacato in conseguenza di quella scelta, risultano connaturali alle regole del conflitto”; Cass. n. 1677 del 1990; Cass. n. 1504 del 1992). Inoltre occorre anche segnalare come nel nuovo contesto normativo risulti di dubbia efficacia l'affermazione per la quale può essere considerata antisindacale l'esclusione di un sindacato dalla trattativa solo quando emerga un comportamento discriminatorio (Cass. n. 212 del 2008) o risulti un uso distorto da parte del datore della sua libertà negoziale, produttivo di un'apprezzabile lesione della libertà sindacale dall'organizzazione (Cass. n. 14511 del 2013) o di una obiettiva coartazione della libertà di azione della parte sindacale (Cass. n. 1677 del 1990). E ciò sia perché quanto affermato dalla giurisprudenza ora citata presuppone l'insussistenza di un diritto a negoziare sia perché, in ogni caso, non si tratta di principi dotati di quella chiarezza applicativa che ormai, dopo la sentenza della Corte Costituzionale, la questione della composizione dei tavoli di trattativa pretende.

¹¹⁸⁷ Con specifico riferimento all'esigenza di norme più chiare ed esplicite in materia di RSU, L. ZOPPOLI, op. cit.

¹¹⁸⁸ A. ZOPPOLI, op. cit., che pone in evidenza come il testo unico qualifichi le organizzazioni partecipanti alle trattative in modo più restrittivo rispetto alla legge, richiedendo a tal fine non solo il superamento della soglia del 5% ma anche il contributo alla definizione della piattaforma sulla base della quale prendono avvio le trattative. Il che, evidenzia l'Autore, renderebbe concreta l'ipotesi di organizzazioni sindacali che superano la soglia minima di rappresentatività senza poter accedere ai sensi del testo unico al titolo III della legge n. 300 del 1970 perché, ad esempio, la piattaforma da loro presentata non ha coalizzato un consenso sufficiente. L'osservazione è pertinente ma c'è da notare che rispetto al sindacato firmatario o aderente al testo unico questa limitazione avrebbe pure sempre una matrice volontaria. Mentre rispetto al sindacato estraneo al campo di applicazione dell'accordo interconfederale quella stessa restrizione risulterebbe, semplicemente, non opponibile.

¹¹⁸⁹ A titolo meramente esemplificativo, basti qui considerare che l'operatività del testo unico è comunque condizionata dalla implementazione di regolamentazioni attuative “politicamente” complesse che dovranno occuparsi, tra l'altro, della catalogazione dei contratti collettivi nazionali cui attribuire un codice (che è il presupposto per la definizione dell'ambito di misurazione della rappresentatività), delle modalità di definizione delle piattaforme, delle delegazioni trattanti e delle procedure di consultazione dei lavoratori.

¹¹⁹⁰ Esercitando un diritto di recesso che l'accordo stesso condiziona solo ad un breve preavviso, secondo una regola che non può che estendersi anche agli aderenti (oltre che ai primi firmatari).

convivenza con i primi firmatari cui l'accordo stesso sembra riservare un ruolo, per molti versi¹¹⁹¹, preminente.

Per non dire, infine, che se alla prova dei fatti l'accordo dovesse produrre risultati non coerenti con gli interessi specifici anche di una sola delle confederazioni originarie firmatarie ciò basterebbe a decretare, in soli quattro mesi¹¹⁹², la fine dell'esperimento.

Non è un caso, del resto, che anche tra coloro che dubitano della necessità di un intervento legislativo prevalga, almeno in questa prima tornata di dibattiti informali¹¹⁹³, la disponibilità a ragionare su un aggiornamento normativo mirato esclusivamente ad una puntualizzazione dei criteri di accesso alla legislazione di sostegno del titolo III della legge n. 300 del 1970, e nulla di più.

L'ipotesi, per quanto ad oggi non esposta in proposte organiche, è certamente interessante. Ma, anche a volersi porre il solo problema dell'accesso ai diritti sindacali in azienda, dopo il testo unico del 10 gennaio 2014 le soluzioni percorribili difficilmente potrebbero prescindere da un confronto con il tema della misurazione della rappresentatività sindacale e, quindi, anche dal problema del suo ambito di misurazione.

Ed infatti, per affrontare la questione dell'accesso al titolo III dello Statuto senza agire sulla leva della rappresentatività sindacale occorrerebbe probabilmente lavorare sul superamento delle rappresentanze sindacali aziendali e sulla conseguente imposizione della rappresentanza sindacale unitaria quale unica forma elettiva di rappresentanza in azienda¹¹⁹⁴.

È però sufficiente leggere il testo unico (che in presenza di RSA già costituite richiede per il passaggio alle RSU una decisione unitaria delle associazioni aderenti alle confederazioni firmatarie del protocollo 31 maggio 2013), e sapere quanto forte è la resistenza a costituire RSU in alcuni settori connotati da una elevata frammentazione della rappresentanza, per capire quanto

¹¹⁹¹ Si pensi, solo per fare due esempi: a) alla catalogazione dei contratti collettivi nazionali strumentale alla definizione dei perimetri di misurazione della rappresentatività sindacale, con evidenti conseguenze per le organizzazioni sindacali settoriali (e quindi significativamente rappresentative in specifiche categorie professionali) che rischierebbero di veder diluita la loro rappresentatività in aree contrattuali o bacini settoriali al di fuori della loro portata; b) alla questione della presentazione delle piattaforme, che potrebbe comportare l'avvio della trattativa su piattaforme presentate unitariamente dalle sole organizzazioni aderenti alla confederazione firmatarie producendo un possibile effetto di esclusione di altri sindacati che pure superano la soglia di rappresentatività del 5% dall'accesso alla legislazione di sostegno. Ove anche tale esclusione fosse legittima, perché di fatto accettata al momento dell'adesione al testo unico, risulterebbe difficile non pensare ad una immediata uscita di quel sindacato dal campo di applicazione del testo unico in considerazione del fatto che superando la soglia convenzionale di rappresentatività del 5% lo stesso sindacato avrebbe buone possibilità di ottenere in via giudiziale il riconoscimento del diritto a negoziare il contratto collettivo; c) ai criteri che governano il passaggio dalle RSA alle RSU; d) ai criteri di composizione del collegio di conciliazione e arbitrato, che riservano la designazione di firmatari originari.

¹¹⁹² Il testo unico, così dispone la sua clausola di chiusura, "potrà costituire oggetto di disdetta e recesso ad opera delle parti firmatarie, previo preavviso pari a quattro mesi".

¹¹⁹³ Mi riferisco ad alcuni degli interventi al convegno Regole della rappresentanza sindacale e vincoli costituzionali, tenutosi a Roma il 27 marzo 2014 presso il Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università degli Studi di Roma La Sapienza, di cui ancora non è stato possibile visionare il testo scritto.

¹¹⁹⁴ RSU che dovrebbe essere costituita esclusivamente su base elettiva per consentire l'accesso di tutti i sindacati (almeno di quelli che superano una soglia minima di consensi sul luogo di lavoro) alla legislazione di sostegno in misura proporzionale ai consensi ottenuti nelle unità produttive. Si tratterebbe di un intervento di forte razionalizzazione che potrebbe anche essere ulteriormente rafforzato prevedendo che la misurazione della rappresentatività del sindacato esterno all'azienda avvenga esclusivamente su base associativa (lasciando, cioè, alla componente elettiva l'esclusivo governo della rappresentanza in azienda). In alternativa si potrebbe anche ipotizzare di legittimare la costituzione di RSA nell'ambito di sindacati che superino una determinata soglia di rappresentatività all'interno dell'unità produttiva, ma anche in questo caso l'effetto che ne deriverebbe sarebbe assai diverso da quello che persegue il testo unico.

significativa sarebbe la contrapposizione delle organizzazioni sindacali confederali e, di conseguenza, quanto limitate siano le possibilità che un intervento legislativo di tale portata possa vedere la luce.

L'alternativa non potrebbe che muoversi nel solco già tracciato dal testo unico e, di conseguenza, dovrebbe preservare un doppio canale di rappresentanza sindacale in azienda, seppur alternativo (RSA o RSU), onde consentire in mancanza di RSU l'accesso alla legislazione di sostegno anche alle eventuali rappresentanze sindacali aziendali costituite nell'ambito di associazioni che superano una determinata soglia di rappresentatività e che, per tale ragione, hanno diritto di negoziare i contratti collettivi.

Il che, a ben vedere, presuppone che la rappresentatività sindacale sia comunque misurata quanto meno al fine di stabilire quando è possibile costituire RSA (nell'ambito del sindacato che ha negoziato il contratto collettivo applicato) e chi può assumere la determinazione di passare dal modello della RSA al modello della RSU.

In sostanza, il tentativo di ricondurre ordinatamente a sistema gli effetti della sentenza della Corte Costituzionale n. 231 del 2013 sembra inevitabilmente portare al punto di partenza e, cioè, dinanzi all'alternativa tra chi, da un lato, crede che l'ordinamento intersindacale abbia la capacità politica e tecnica di offrire un quadro di regole sufficientemente certe e stabili e chi, dall'altro, si arrende invece di fronte alla constatazione che il testo unico del 10 gennaio 2014 non può per sua natura garantire una generale esigibilità delle regole e, dunque, governare la misurazione della rappresentatività sindacale e gli effetti di questa misurazione¹¹⁹⁵, senza il sostegno di un intervento legislativo.

4. Il testo unico e i limiti di una regolamentazione interamente convenzionale.

Che il testo unico non possa, in se considerato, offrire le soluzioni che la competitività del sistema economico pretende lo si può intuire già dai dubbi sulla natura aperta o chiusa dell'accordo, alimentati da talune contraddizioni del testo già messe in evidenza dai primi commentatori¹¹⁹⁶.

Ma se anche l'intesa fosse aperta alla adesione di terzi, come alcune prime prassi applicative sembrano già dimostrare, resterebbe da capire se i meccanismi che la animano, come visto fortemente protesi a rafforzare il ruolo dei primi firmatari¹¹⁹⁷, siano realmente in grado di assicurare nel tempo una stabile convivenza all'interno del testo unico di tutte o almeno di gran parte delle organizzazioni sindacali (e, cioè, di assicurare la precondizione per il suo buon funzionamento)¹¹⁹⁸.

¹¹⁹⁵ B. CARUSO, op. cit., evidenzia anche come dall'attuale regolamentazione convenzionale emerga un'impropria commistione di elementi privatistici e pubblicistici giacché implicano il coinvolgimento di soggetti pubblici (INPS, CNEL) "per un'attività di certificazione che non potrebbe avere il crisma della certificazione pubblicistica, basandosi pur sempre su atti convenzionali di natura privatistica".

¹¹⁹⁶ F. CARINCI, *Il lungo cammino per Santiago della rappresentanza sindacale: (dal Tit. III dello Statuto dei lavoratori al Testo Unico sulla Rappresentanza 10 gennaio 2014)*, in corso di pubblicazione.

¹¹⁹⁷ Vedi nota 12.

¹¹⁹⁸ A parere di chi scrive l'accordo si presenta come uno schema aperto alle adesioni di terzi, come del resto sembra confermato da alcune prime risposte confindustriali alle richieste di adesione avanzate da sindacati non firmatari del testo unico (mi riferisco, ad esempio, all'adesione già manifestata da ANPAC e AVIA, sindacati rappresentativi nel settore del trasporto aereo), ove bene vengono ricordati agli aderenti anche i vincoli derivanti dall'adesione stessa. Ma oltre alle criticità emerse per effetto di alcune adesioni manifestate con "riserva" (mi riferisco, in particolare, a vicende già sottoposte al vaglio dell'autorità giudiziali come l'adesione di Cobas che

Ed infatti lo strumento convenzionale evidenzia almeno due criticità oggettive.

La prima è che, soprattutto in alcuni settori, il mondo della rappresentanza sindacale dei lavoratori si presenta in modo assai frammentato e pone in evidenza l'esistenza di sindacati, spesso rappresentativi, che operano al di fuori del sistema della rappresentanza confederale. Ove tali sindacati dovessero – per loro scelta o per imposizione altrui - restare (da subito, o anche in un secondo momento) fuori dal campo di applicazione del testo unico è chiaro che, almeno in questi settori, l'accordo non riuscirebbe a sciogliere i nodi che si ripropone di affrontare.

La seconda, forse ancora più rilevante perché di portata più generale, anche se mai approfonditamente indagata, è quella riconducibile ai limiti della rappresentanza datoriale ed alla possibilità di un datore di lavoro di ritenersi libero da qualsiasi impegno, a partire da quello fondamentale di accettare e rilevare il numero delle deleghe sindacali, solo perché non aderente alla associazione datoriale firmataria del testo unico.

Sommando queste due debolezze, e tenuto conto che le criticità segnalate potrebbero attenuarsi solo per effetto di una massiva adesione agli accordi interconfederali¹¹⁹⁹, si potrebbe in sintesi osservare che con il testo unico le confederazioni sindacali maggiormente rappresentative hanno inteso giustamente ritagliarsi un ruolo di governo dell'intero sistema delle relazioni industriali (bilanciando la natura aperta dell'accordo con l'introduzione di prerogative che sostengono il ruolo dei primi firmatari)¹²⁰⁰, di per se anche coerente con il peculiare valore che la Corte Costituzionale ha spesso riconosciuto a queste fondamentali strutture associative¹²⁰¹, che lo strumento conven-

ha comunque inteso esplicitare come la stessa adesione “non costituisce rinuncia ad agire in giudizio .. per fare accertare e dichiarare eventuali vizi di nullità, per contrarietà a norme di legge o di rango Costituzionali, delle disposizioni e previsioni contenute nell'Accordo Interconfederale”. Clausola, quest'ultima, che in sede di prima verifica giudiziale non è stata ritenuta idonea a limitare la portata dell'adesione con la conseguente emissione di un provvedimento che ha sospeso le operazioni elettorali per la costituzione della RSU che vedevano esclusi i Cobas proprio sul presupposto della mancata adesione al testo unico, Trib. Ivrea decreto 7 aprile 2014 ed ordinanza 28 aprile 2014), resta però il problema di fondo e cioè che il testo unico riserva solo ai primi firmatari alcuni fondamentali strumenti di governo dell'intesa (vedi nota n. 12). Circostanza, quest'ultima, che alla prova dei fatti, senza un intervento legislativo, potrebbe seriamente ostacolare una stabile estensione del campo soggettivo di applicazione dell'intesa restando così pregiudicata forse l'unica ipotesi evolutiva in grado di assicurare una reale effettività ai progressi dell'ordinamento intersindacale di impronta interconfederale (sull'importanza del meccanismo delle adesioni, seppur con riferimento all'accordo del 2011, A. MARESCA, op. cit., pag. 195). Non è qui in discussione il ruolo che l'accordo intende attribuire ai sindacali confederali quanto, piuttosto, l'idoneità dello strumento convenzionale a sostenerlo.

¹¹⁹⁹ Perché, come bene chiarito da R. DE LUCA TAMAJO con parole che sento di condividere profondamente, seppur nella specifica prospettiva delle regole che governano il rapporto tra contratti collettivi di diversi livelli, i rapporti tra “l'autonomia di un sistema regolamentare e delle sue interne regole di competenza regge fin quando tutti gli attori vi si riconoscano ed essa sia assistita dall'effettività; allorché la sfasatura rispetto ad alcuni dati di realtà spinge taluni membri a rifiutare le regole o ad uscire dal sistema, diviene inevitabile l'interferenza eteronoma” (*Modelli di “auto” e “etero” regolamentazione del rapporto tra contratti collettivi di diverso livello*, in *Il contributo di Mario Rusciano all'evoluzione teorica del diritto del lavoro*, Torino, 2013, pag. 147).

¹²⁰⁰ Vedi nota 12.

¹²⁰¹ Il riferimento è a quelle sentenze della Corte Costituzionale che nel tempo hanno in più occasioni ribadito il valore solidaristico della normativa di sostegno alla struttura sindacale confederale, di per sé capace di esprimere una sintesi di interessi e di favorirne l'aggregazione. In tal senso, in particolare, occorre ricordare Corte Cost. n. 334 del 1988 (ma si vedano anche Corte Cost. n. 54 del 1974; Corte Cost. n. 89 del 1995; Corte Cost. n. 30 del 1990) ove si legge di una “valorizzazione, in funzione solidaristica, del modello intercategoriale” e per la quale - con riferimento alla formulazione ante referendaria dell'art. 19 della legge n. 300 del 1970 – “il legislatore statuario ha indubbiamente compiuto una ben precisa opzione: consistente, da un lato, nel favorire un processo di aggregazione e di coordinamento degli interessi dei vari gruppi professionali, anche al fine di ricomporre, ove possibile, le spinte particolaristiche in un quadro unitario”. Concezione, quest'ultima, “coerente al complessivo disegno cui è informata la Carta costituzionale, nel quale anche l'art. 39 va inserito: e cioè, sia al principio solidaristico, specificamente enunciato nell'art. 2 e matrice di molte altre disposizioni costituzionali; sia al principio consacrato nel secondo comma dell'art. 3 che, promuovendo l'eguaglianza sostanziale tra i

zionale non può, per sua natura, adeguatamente sostenere¹²⁰².

5. L'intervento eteronomo e la modularità dei suoi possibili effetti.

Da qui, per l'appunto, la sempre più diffusa convinzione della necessità di un intervento legislativo che, ancora una volta per ragioni di pragmatismo, dovrebbe muoversi nel rispetto della vigente formulazione dell'art. 39 Cost. e senza la pretesa di darvi attuazione. Pretesa giustificabile per risolvere i problemi dell'efficacia soggettiva dei contratti collettivi ma molto probabilmente velleitaria anche in considerazione del fatto che richiederebbe una marcata deformazione del testo unico quanto meno per la necessità di eliminare la verifica elettiva della rappresentatività sindacale (che l'art. 39, quarto comma, Cost. come noto non considera)¹²⁰³.

Auspiciabilmente si dovrebbe trattare di un intervento poco invasivo ed il più possibile fedele alle intese raggiunte, ma non recessivo. Quindi una legge non disapplicabile da successivi accordi che persegua lo scopo di sostenere le intese già raggiunte con l'obiettivo minimo, primario ed essenziale, di generalizzare il criterio di misurazione della rappresentatività sindacale (essenzialmente quello già esposto nel testo unico) in tutti i settori e contesti produttivi. Ciò, bene inteso, anche salvaguardando il particolare meccanismo correttivo voluto dal testo unico per il quale nelle unità produttive ove non sono state costituite RSU il numero delle deleghe per i contributi sindacali è considerato due volte, sia ai fini della misurazione del dato associativo sia ai fini della misurazione del dato elettorale¹²⁰⁴.

Quanto invece agli effetti di tale misurazione, e cioè la rilevanza giuridica del dato di rappresentatività che emergerebbe, si possono quanto meno ipotizzare due diverse ipotesi di lavoro.

5.1. La prima, minimale, è quella che la legge esaurisca il suo effetto nella mera rilevazione di un dato di rappresentatività che l'autonomia collettiva sarebbe vincolata ad utilizzare per il funzionamento di tutte le intese che, secondo la libera valutazione delle parti, dovessero presupporlo. In sostanza gli effetti della misurazione rimarrebbero nella totale disponibilità delle parti sociali, cui resterebbe il compito di concordare le finalità della misurazione (e quindi anche i perimetri della misurazione) ed i conseguenti effetti convenzionali.

Semmai in questa ipotesi sarebbe utile specificare per legge che l'utilizzabilità dei dati sulla rappresentatività sindacale è demandata ad accordi interconfederali sottoscritti da confederazioni che raggiungono un'adeguata soglia di rappresentatività, da qualificare sia in termini quantitativi

lavoratori e la loro effettiva partecipazione all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese, addita anche alle organizzazioni sindacali di rendersi, per la loro parte, strumenti di tale partecipazione, oltre che di tutela dei diretti interessi economici dei lavoratori (cfr. sent. n. 15 del 1975)".

¹²⁰² Si rinvia sul punto al paragrafo 3 ed alle note n. 12 e 19.

¹²⁰³ Ad ogni modo, sulla compatibilità del dato di rappresentatività ponderata (deleghe e voti) con il principio costituzionale (art. 39, quarto comma, Cost.) di democrazia proporzionale riferito al numero degli iscritti ai fini dell'attività di rappresentanza negoziale si veda B. CARUSO, op. cit. In verità, presupponendo che la legge sindacale non intervenga sul tema dell'efficacia soggettiva (se non per quanto riguarda, forse, la contrattazione aziendale) un problema di compatibilità con l'art. 39 Cost. non si dovrebbe in ogni caso porre giacché nella disposizione costituzionale il riferimento alla rappresentanza proporzionale al solo numero degli iscritti resta esclusivamente funzionale all'estensione della efficacia *erga omnes* del contratto collettivo.

¹²⁰⁴ Correttivo che nella logica del testo unico è imposto dal fatto che la ponderazione tra dato associativo e dato elettorale è effettuata tramite una media semplice di questi due dati. Con la conseguenza che senza questo correttivo nei settori dove sono meno diffuse le RSU il dato elettorale finirebbe per assumere una portata assai più significativa del dato associativo.

che di equilibrata distribuzione in una pluralità di aree contrattuali. Ciò al fine di evitare che il dato reso disponibile dal legislatore costituisca l'occasione per una pericolosa disaggregazione del sistema delle relazioni industriali.

5.2. La seconda, invece, è quella di stabilire già nella legge almeno alcuni degli effetti applicativi della misurazione della rappresentatività sindacale. Muovendosi in questa prospettiva il dato rilevato della rappresentatività sindacale (sempre come ponderazione del dato associativo e del dato elettorale) dovrebbe, anzitutto, essere per legge valorizzato ai fini della determinazione della soglia di rappresentatività (5%) che garantisce il diritto di accesso alla negoziazione dei contratti collettivi lavoro (e, conseguentemente, anche l'accesso al titolo III dello Statuto).

Probabilmente non avrebbe alcun senso limitare una così pregiata funzionalità alla sola contrattazione collettiva nazionale ed, anzi, risulterebbe per molti versi apprezzabile, previa coerente ridefinizione del perimetro di misurazione, l'estensione di questo criterio di selezione agli attori negoziali di ogni forma di contrattazione di secondo livello (fatta eccezione, ovviamente, per il caso in cui la contrattazione aziendale sia direttamente gestita dalle rappresentanze sindacali costituite in azienda).

Senza snaturare il contenuto del testo unico, lo stesso dato di rappresentatività potrebbe inoltre essere efficacemente utilizzato anche per definire sempre in via legislativa fattispecie ancora piuttosto sfuggenti, ma assai rilevanti per via dei numerosi rinvii operati dall'ordinamento statale, come restano quelle di sindacato maggiormente rappresentativo o comparativamente più rappresentativo¹²⁰⁵.

Per ragioni di compatibilità con l'art. 39 Cost. la legge sindacale non dovrebbe invece occuparsi del pur rilevante problema dell'efficacia soggettiva dei contratti collettivi se non, forse, per quanto riguarda la sola contrattazione collettiva aziendale¹²⁰⁶.

Con la conseguenza che all'autonomia collettiva resterebbe in ogni caso il fondamentale compito di utilizzare la misurazione della rappresentatività sindacale per sancire convenzionalmente la vincolatività dell'accordo per il sindacato dissenziente che si sia contrattualmente vincolato al rispetto del criterio della maggioranza. Ma il testo unico, su questo punto, già dimostra un rassicurante livello di consapevolezza delle organizzazioni sindacali più rappresentative.

Semmai verrebbe da dire che lo stesso criterio di maggioranza dovrebbe convenzionalmente essere esteso anche alla contrattazione collettiva interconfederale giacché in questo modo, tra l'altro, si riuscirebbe anche a dare un nuovo impulso alle pratiche concertative il cui esito sostanziale resta inevitabilmente condizionato da un potere di veto di fatto. Ma della questione certamente non potrebbe e dovrebbe occuparsi la legge sindacale.

¹²⁰⁵ B. CARUSO, op. cit.

¹²⁰⁶ In senso contrario si muove la proposta di legge sindacale del gruppo DLM che invece presuppone la legittimità costituzionale di un intervento legislativo "che volesse ampliare l'efficacia giuridica dei contratti collettivi attraverso l'affermazione della loro obbligatorietà per tutti i datori di lavoro" sulla scorta di quanto affermato da Corte Cost. n. 309 del 1997. Di conseguenza in tale proposta si avanza l'ipotesi che tutti i datori di lavoro siano obbligati ad applicare trattamenti non inferiori a quelli previsti dai rispettivi contratti collettivi. In verità, senza voler qui entrare nel dettaglio, il principio affermato da Corte Cost. n. 309 del 1997 appare a chi scrive difficilmente applicabile al settore privato stante l'assenza di qualsiasi meccanismo di rappresentanza legale equiparabile a quello esercitato dall'ARAN nei confronti delle pubbliche amministrazioni.

6. L'ambito di misurazione della rappresentatività sindacale in una legge che limiti la sua portata alla sola rilevazione del dato.

Ove il legislatore optasse per un intervento "minimale" (5.1.), perché circoscritto alla sola rilevazione del dato e privo di disposizioni in merito ad ulteriori finalità applicative, la legge si dovrebbe astenere dalla predeterminazione di un perimetro di misurazione della rappresentatività e finirebbe dunque per rilevare un dato "assoluto", ottenuto mediante un semplice conteggio delle deleghe e dei voti ottenuti da ciascuna organizzazione sindacale, destinato ad alimentare un ipotetico archivio nazionale.

Ogni sindacato sarebbe titolare del diritto di beneficiare della trattenuta dei contributi sindacali da parte del datore di lavoro¹²⁰⁷ e verrebbe conseguentemente pesato – in virtù di un obbligo legale certamente vincolante per tutti i datori di lavoro - sia in termini di deleghe che di voti ottenuti in caso di costituzione delle rappresentanze sindacali unitarie (ovviamente, ove ricorrano le condizioni previste dagli accordi interconfederali per la costituzione di RSU e per la presentazione delle liste).

Spetterebbe però solo all'autonomia collettiva il compito di definire la finalità specifica della misurazione e, conseguentemente, anche il perimetro nel quale calcolare - in termini percentuali rispetto alla totalità dei lavoratori sindacalizzati in quello specifico ambito - la rappresentatività relativa di ciascun sindacato.

In sostanza, la ponderazione in termini percentuali del dato associativo e del dato elettorale¹²⁰⁸, e così anche la rilevazione del dato finale della rappresentatività relativa, potrebbe essere effettuata solo a seguito dell'individuazione, da parte dell'autonomia collettiva, della finalità e del perimetro della misurazione.

Volendo proiettare l'operatività di questo ipotetico modello nel testo unico (che esplicitamente orienta la misurazione della rappresentatività ai soli fini della contrattazione collettiva nazionale) il dato di rappresentatività in senso assoluto offerto dalla legge dovrebbe quindi essere disaggregato e nuovamente conteggiato per l'ambito di applicazione di ciascun contratto collettivo cui le organizzazioni sindacali firmatarie dell'accordo del 10 gennaio 2014 abbiano attribuito un codice identificativo.

L'operazione potrebbe risultare oggettivamente complessa in quanto in presenza di un'organizzazione firmataria di due contratti collettivi nazionali di lavoro non sarebbe agevole identificare la quota di deleghe e voti di pertinenza di ciascuna area contrattuale. Ond'è che, forse, i contratti collettivi dovrebbero essere contraddistinti da due codici.

¹²⁰⁷ Essendo a tal fine sufficiente una regolamentazione legislativa delle deleghe per i contributi sindacali che recepisca quanto già previsto dal testo unico, nella consapevolezza che già oggi tutte le organizzazioni sindacali sono titolari dei diritti di beneficiare del versamento dei contributi sindacali mediante lo strumento della cessione del credito (Cass. n. 13886 del 2012; Cass. n. 20723 del 2013).

¹²⁰⁸ Che nel testo unico è una ponderazione di valori già espressi in termini percentuali.

Il primo, attribuito dallo Stato, dovrebbe identificare ciascun contratto collettivo nazionale esistente senza distinzioni di sorta e dovrebbe essere comunicato dai datori di lavoro al momento della trasmissione dei dati utili alla misurazione della rappresentatività.

In questo modo l'archivio nazionale già presenterebbe un primo accoppiamento tra dati di rappresentatività ed un determinato contratto collettivo, destinato però a restare del tutto privo di rilevanza. Almeno fino a quando non sia la stessa autonomia collettiva ad indentificare i contratti collettivi (o le aree contrattuali) utili per la misurazione della rappresentatività sindacale, identificando mediante accordi interconfederali i contratti (o le aree contrattuali) con un secondo codice identificativo¹²⁰⁹ qualificante per il conteggio della rappresentatività relativa e per gli effetti convenzionali conseguenti.

È chiaro che una legge così costruita avrebbe il solo pregio di generalizzare la misurazione della rappresentatività ma lascerebbe aperti numerosi e rilevanti problemi applicativi. Se non altro perché gli effetti della misurazione della rappresentatività resterebbero interamente convenzionali e, come ora, non opponibili ai terzi.

7. L'ambito di misurazione della rappresentatività sindacale in una legge che regoli anche le modalità applicative del dato.

La questione del perimetro di misurazione della rappresentatività assumerebbe tutt'altra portata in un progetto di legge sindacale che, nei termini sopra esposti (vedi al n. 5.2.), non rinunciasse a governare anche gli effetti della misurazione della rappresentatività.

Nel testo unico la misurazione del dato associativo della rappresentatività è riferita alle organizzazioni sindacali aderenti alle confederazioni firmatarie dell'intesa (e delle precedenti) e, a voler ritenere che lo schema negoziale sia aperto, a tutte le ulteriori organizzazioni di categoria che "aderiscano o si obblighino a rispettare integralmente i contenuti" dell'accordo e che si dimostrino interessate alla misurazione.

In piena coerenza con la finalità esplicita del testo unico, ove chiaramente è concordato che la misura e certificazione della rappresentanza è effettuata ai fini della contrattazione collettiva di categoria, tale misurazione è riferita a "ciascun ambito di applicazione del CCNL". Il che, a ben vedere, vuol dire che la misurazione è riferita a tutti i sindacati comunque rappresentativi presso i datori di lavoro che applicano un determinato contratto collettivo nazionale di lavoro. L'ambito di applicazione del contratto collettivo nazionale è dunque inteso in senso soggettivo ed il problema che l'accordo interconfederale affronta e risolve è solo quello di individuare per quali contratti collettivi deve essere effettuata la misurazione della rappresentatività.

A tal riguardo l'accordo precisa che i soggetti firmatari del testo unico "procederanno a catalogare i contratti collettivi nazionali di categoria, attribuendo a ciascun contratto uno specifico codice che sarà comunicato anche al CNEL". Ed è questo il codice che ciascun datore di lavoro deve indicare unitamente ai dati della rappresentatività dei sindacati presenti nella sua azienda. Una volta ponderato il dato associativo con il dato elettorale, il risultato finale della misurazione sarà

¹²⁰⁹ Identificazione che il testo unico, come noto, demanda ad un accordo che dovrebbero sottoscrivere le organizzazioni sindacali che lo hanno firmato.

dunque riferito a ciascun contratto collettivo nazionale di lavoro, contraddistinto dal codice identificativo che le parti firmatarie del testo unico hanno inteso attribuirgli.

È dunque chiaro che le parti sociali hanno conservato il pieno dominio dei perimetri della rappresentanza con la legittima finalità, tra l'altro, di evitare il rischio di una proliferazione incontrollata di aree contrattuali concorrenti. E ciò non solo per quel che riguarda i contenuti della regolamentazione ma anche la misurazione della rappresentatività ed i conseguenti effetti.

Ora, nell'ambito di un impianto legislativo che orienti la misurazione della rappresentatività quanto meno ai fini della titolarità a negoziare il contratto collettivo nazionale appare inevitabile che sia lo stesso legislatore a selezionare i perimetri di rilevazione o, comunque, ad individuare i criteri strumentali alla loro individuazione.

8. La difficile praticabilità di una misurazione della rappresentatività rilevata per legge per ciascun contratto collettivo nazionale di lavoro esistente.

A tal fine l'ipotesi di lavoro più semplice, ed apparentemente più vicina all'essenza del principio di libertà dell'art. 39 Cost., sarebbe quella di prevedere che venga attribuito un codice identificativo a tutti i contratti collettivi nazionali di lavoro esistenti dando così vita, per ciascun ambito contrattuale inteso in senso soggettivo, ad un autonomo perimetro di misurazione della rappresentatività sindacale.

Le anomalie che ne potrebbero derivare sono però rilevanti ed anticipo subito che, almeno per quanto mi riguarda, il merito di averle messe in evidenza è di Franco Scarpelli anche se, una volta focalizzato il problema, non sempre siamo stati in accordo sulle possibili soluzioni tecniche.

In primo luogo, seguendo questa impostazione metodologica, si rischierebbe di non riuscire a conseguire l'obiettivo primario del testo unico, che è quello di fissare una regola utile a dirimere l'eventuale dissenso intersindacale.

Ed infatti, nel caso in cui le associazioni aderenti ai sindacati confederali maggiormente rappresentativi decidessero per loro dissensi interni di dare vita a distinti contratti collettivi nazionali di lavoro destinati a coesistere nel medesimo bacino produttivo (come già successo in alcuni settori), in ciò agevolati dalla forte frammentazione delle rappresentanze datoriali, il modello legislativo ora ipotizzato non avrebbe l'effetto di ricomporre una regolamentazione unitaria dei rapporti di lavoro del settore ma, al contrario, agevolerebbe invece negli stessi settori il radicamento di aree contrattuali separate all'interno delle quali la verifica della rappresentatività assumerebbe una rilevanza autonoma ed autoreferenziale. La forza centrifuga che ne deriverebbe avrebbe probabilmente un impatto dirompente anche sul mondo della rappresentanza datoriale, incentivando la moltiplicazione delle associazioni e la conseguente disgregazione del mondo della rappresentanza.

Ma vi è di più. Lasciando che la misurazione della rappresentatività si svolga nell'ambito di applicazione di ciascun contratto collettivo nazionale di lavoro, per le stesse ragioni appena esposte si rischierebbe anche di alimentare la diffusione di una contrattazione collettiva "pirata" e, quindi, la proliferazione di ambiti contrattuali nei quali potrebbe emergere una forte tendenza ad escludere la presenza di organizzazioni aderenti alle confederazioni maggiormente rappresentative. E ciò avrebbe un impatto significativo giacché, una volta definito l'ambito contrattuale, le organizzazioni sindacali operanti al suo interno verrebbero considerate rappresentative nel relativo

ambito contrattuale (quantomeno per la titolarità negoziale) in relazione al numero complessivo degli iscritti in quel perimetro e, quindi, anche a prescindere dall'esistenza di un dato di effettiva e concreta rappresentatività.

9. Due possibili criteri di selezione dell'ambito di misurazione della rappresentatività sindacale, per contratto collettivo e per settore.

Per correggere queste possibili anomalie (ove tali si ritenessero) occorrerebbe dunque individuare un percorso che definisca selettivamente gli ambiti di misurazione della rappresentatività, ad ogni effetto (dunque anche ai fini della rilevazione della soglia del 5%) o, quanto meno, ai fini della individuazione dei sindacati maggiormente o comparativamente più rappresentativi cui la legge demandata la regolamentazione collettiva di specifiche materie.

Nel fare ciò si possono seguire approcci metodologici profondamente diversi.

Da un lato si potrebbe tentare una catalogazione qualificata dei contratti collettivi nazionali, guardando poi all'ambito soggettivo di applicazione di ciascun contratto per effettuare una misurazione che nel metodo resti fedele a quanto già condiviso nel testo unico.

Dall'altro, invece, si potrebbe ragionare sulla predeterminazione di settori produttivi merceologicamente qualificati superando, in tal modo, l'identificazione del perimetro di verifica della rappresentatività sindacale con quello del campo di applicazione di un determinato contratto collettivo di lavoro.

10. Segue: la misurazione perimetrata per ambito soggettivo di applicazione di contratti collettivi selezionati.

Il primo approccio metodologico resta saldamente ancorato alla logica del testo unico perché tende ad una catalogazione selettiva dei contratti collettivi nazionali il cui ambito soggettivo di applicazione assurgerebbe, come previsto dall'accordo interconfederale, a perimetro di misurazione della rappresentatività sindacale.

Prima di entrare nel merito delle possibili modalità di catalogazione, va subito detto che un qualsiasi intervento legislativo in tal senso orientato non potrebbe produrre l'effetto di impedire che l'autonomia collettiva si eserciti liberamente (art. 39, primo comma, Cost.).

Piuttosto si tratterebbe di circoscrivere l'ambito di applicazione degli effetti della legge sindacale ai contratti collettivi selezionati con la conseguenza che negli ambiti contrattuali non contemplati – ma comunque liberamente determinati dall'autonomia collettiva – la rappresentatività sindacale non verrebbe misurata o, comunque, non produrrebbe effetti¹²¹⁰.

Passando all'elemento di maggiore complessità (che indubbiamente è quello dei criteri di catalogazione dei contratti collettivi nel cui ambito di applicazione effettuare la misurazione) le ipotesi di lavoro potrebbero essere almeno in astratto molteplici ma la decisione di fondo da prendere sarebbe in fondo chiara.

¹²¹⁰ Ove la legge sindacale non fosse applicabile, dunque, nulla vieterebbe la stipulazione di un contratto collettivo ma i soggetti firmatari non risulterebbero coinvolti nel procedimento di misurazione e non troverebbero applicazione gli effetti conseguenti.

Si può optare per un modello rigido fondato su criteri di catalogazione oggettivi ed autosufficienti, predeterminati dalla legge e dunque sottratti alla disponibilità dell'autonomia delle parti (10.1; 10.2; 10.3). Oppure demandare la classificazione dei contratti collettivi all'autonomia collettiva, emergendo però in questo caso la necessità ragionare sui soggetti legittimati a svolgere tale attività e sui rimedi in caso di una loro eventuale inerzia (10.4.).

10.1. Nella prima ipotesi la legge potrebbe individuare i contratti collettivi nazionali nel cui ambito di applicazione effettuare la misurazione della rappresentatività prendendo a riferimento una soglia minima di sindacalizzazione, rilevata (nell'ambito di applicazione di ciascun contratto) complessivamente rapportando il numero delle deleghe sindacali raccolte (non importa a favore di chi) con quello dei dipendenti occupati dai datori di lavoro che applicano quel contratto. È probabile, ma non è detto, che la presenza di un elevato tasso di sindacalizzazione costituisca un parametro in grado in qualche modo di comprovare l'esistenza di una rappresentatività sindacale effettiva. Ma è forse scontato che l'individuazione (ovviamente condivisa o, meglio, concertata) di questa soglia minima di sindacalizzazione (utile per qualificare il contratto collettivo nel cui ambito effettuare la misurazione) possa risultare, nei fatti, difficile se non impossibile.

10.2. È altrettanto difficile ipotizzare che in caso di contratti collettivi insistenti nel medesimo settore la prevalenza vada accordata a quello sottoscritto dalle associazioni più rappresentative giacché in questo caso, a ben vedere, l'automatismo del criterio si fermerebbe di fronte alla difficoltà di sapere quando e a che condizioni due distinti contratti collettivi entrino in comparazione avuto riguardo al loro campo oggettivo di applicazione.

10.3. Un'ulteriore ipotesi di indubbia praticità potrebbe essere quella di attribuire un codice esclusivamente ai contratti collettivi nazionali di lavoro sottoscritti da almeno una associazione aderente ad una confederazione sindacale maggiormente rappresentativa. La soluzione (che però richiederebbe quanto meno in via transitoria una definizione di confederazione maggiormente rappresentativa) avrebbe il pregio di contenere il rischio di diffusione della contrattazione collettiva nazionale "pirata" ma rischierebbe di non garantire affatto quel fondamentale processo di riconduzione ad unità, tramite il criterio della maggioranza, dell'azione sindacale. Anzi, in presenza di un dissenso interno alle organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative risulterebbe incentivata la spinta centrifuga alla proliferazione di aree contrattuali in modo non dissimile da quanto già segnalato nella precedente ipotesi di lavoro (vedi n. 8).

10.4. Non è un caso, del resto, se nei primi ragionamenti di dettaglio che emergono sulla legge sindacale va maturando un certo consenso sulla necessità di coinvolgere in questo delicato momento applicativo l'autonomia collettiva ed, in particolare, ma altrimenti non potrebbe essere¹²¹¹,

¹²¹¹ Anche per il valore che la Corte Costituzionale ha sempre inteso attribuire a questo specifico modello di rappresentanza e raccordo degli interessi (vedi nota 19).

le confederazioni maggiormente rappresentative. In fondo è anche una scelta di buon senso, se non altro perché riavvicina il contenuto della legge allo spirito del testo unico.

Nel progetto di lavoro DLM questo compito, che però sembra esteso all'individuazione dell'ambito di applicazione dei contratti collettivi (probabilmente in coerenza con il tentativo di quella proposta di estenderne l'efficacia soggettiva *erga omnes*), è affidato ad accordi sottoscritti da confederazioni cui aderiscano almeno due associazioni che superino la soglia del 5% di rappresentatività. La platea risulterebbe piuttosto ampia ed in caso di dissenso, infatti, la proposta prevede che l'accordo interconfederale che definisce l'ambito di misurazione della rappresentatività sia comunque vincolante per tutti se sottoscritto dalle confederazioni cui aderiscono la maggioranza delle suddette associazioni.

Pur non condividendo l'impostazione di fondo, ed in particolare il forte irrigidimento che si irradia su tutto l'impianto della proposta a partire dalla questione dell'efficacia soggettiva, il modello di legittimazione alla negoziazione dei perimetri della rappresentatività appare, in sé considerato, piuttosto pratico ed efficiente anche se qualche dubbio lo suscita il regime transitorio ai sensi del quale, in attesa dell'accordo, si fa riferimento a quanto previsto dagli ultimi contratti collettivi nazionali. Ipotesi, quest'ultima, che sembra riportare agli inconvenienti sopra evidenziati per il caso di una misurazione della rappresentatività estesa all'ambito di applicazione di ciascun contratto collettivo nazionale di lavoro esistente (vedi paragrafo 8).

Ma va comunque detto che un regime transitorio che ai fini della misurazione della rappresentatività e dei conseguenti effetti valorizzi tutti i contratti collettivi nazionali esistenti certamente costituirebbe un forte e positivo impulso al rapido perfezionamento degli accordi interconfederali, con la conseguenza di indurre le parti ad una rapida individuazione degli ambiti di misurazione della rappresentatività.

A voler seguire questa strada le soluzioni alternative certo non mancherebbero, sia per quanto concerne la qualificazione delle confederazioni sindacali maggiormente rappresentative legittimate (a regime) a modulare i perimetri della rappresentatività, sia per quanto riguarda la più spinosa questione del regime transitorio che, in qualche modo, potrebbe comunque contemplare anche l'ipotesi (in verità non proprio auspicabile) di intervento di un soggetto terzo (nel caso in cui non sia possibile raggiungere un accordo).

11. Segue: la misurazione perimetrata per settori produttivi.

Il secondo approccio metodologico che si potrebbe seguire fa riferimento ai settori produttivi e certamente risulterebbe piuttosto innovativo. A volerlo seguire ci si allontanerebbe dall'impostazione del testo unico, più per gli strumenti utilizzati che per gli effetti voluti (che, anzi, a prima vista rafforzerebbero le organizzazioni confederali), ma probabilmente si riuscirebbe a preservare una maggiore flessibilità delle dinamiche della contrattazione collettiva.

Senza che vi siano equivoci con la fattispecie di "categoria professionale" di cui all'art. 2070 c.c., e quindi certamente non al fine di definire o delimitare in senso oggettivo l'ambito di applicazione di un contratto collettivo di diritto comune, la misurazione della rappresentatività potrebbe essere guidata dalla predeterminazione di settori individuati sulla base di un criterio di omogeneità delle attività produttive coinvolte.

L'individuazione dei settori andrebbe sempre demandata agli accordi sottoscritti dalle confederazioni maggiormente rappresentative e, in mancanza di intese, potrebbe essere affidata ad un decreto governativo che tenga conto dei contenuti oggettivi delle attività produttive ed anche della tradizionale ripartizione della contrattazione collettiva nazionale.

All'interno di ciascun settore produttivo, contraddistinto da un proprio codice identificativo, andrebbe poi rilevata, in termini percentuali rispetto al numero complessivo degli iscritti nel settore, la rappresentatività ponderata (deleghe e voti) di ciascuna organizzazione sindacale.

Le implicazioni di questo metodo non sarebbero irrilevanti, anche considerato che la predeterminazione di settori produttivi non potrebbe certo costituire un limite ai principi di libertà sindacale (art. 39 Cost.) e di iniziativa economica privata (art. 41 Cost.) e, dunque, non implicherebbe affatto la necessaria coincidenza tra un settore ed un singolo contratto collettivo nazionale (anzi, sarebbe probabile il contrario, per ciascun settore ci sarebbero più contratti collettivi) né potrebbe precludere al datore di lavoro la facoltà di scegliere il contratto collettivo da applicare.

Proprio al fine di garantire il rispetto di questi principi costituzionali, e ricordato che la misurazione resta funzionale alla contrattazione collettiva (nazionale, ma non solo), l'utilizzo concreto del dato della rappresentatività richiederebbe che tutte le associazioni datoriali firmatarie di contratti collettivi nazionali di lavoro siano contraddistinte dal medesimo codice del settore produttivo nel quale intendono esercitare la loro attività di rappresentanza.

Si tratterebbe di un accoppiamento pienamente rimesso alla libera valutazione di ciascuna associazione datoriale nel rispetto dei soli vincoli statutari interni e, ancor prima, delle intese (immagino soprattutto informali) raggiunte con le controparti sindacali con le quali quell'associazione intende coltivare una negoziazione.

Prendendo a riferimento i contratti collettivi applicati, in via di fatto o per vincolo associativo, anche ciascun datore di lavoro dovrebbe poi essere identificato con il medesimo codice dell'associazione datoriale firmataria del contratto in concreto utilizzato (non importa come, se in via di fatto o come conseguenza del vincolo associativo) e comunicherà quel codice unitamente alla trasmissione dei dati sulla rappresentatività sindacale. Ciò al fine di consentire l'accoppiamento del dato della rappresentatività sindacale con un (qualsiasi) contratto collettivo e, dunque, anche con il settore di riferimento¹²¹².

È plausibile che così operando a ciascun codice di settore finisca per corrispondere un dato di rappresentatività rilevato per ambito di applicazione di più contratti collettivi sottoscritti da diverse associazioni datoriali che abbiano scelto di svolgere la loro attività di rappresentanza nel medesimo settore produttivo.

¹²¹² In ossequio al principio di libertà che contraddistingue questo percorso potrebbe accadere che un datore di lavoro decida di applicare un CCNL sottoscritto da una federazione rappresentativa in un settore oggettivamente diverso, restando conseguentemente contraddistinto da un codice di settore non congruo rispetto al tipo di attività in concreto svolta. Se i lavoratori di questa azienda fossero iscritti ad associazioni firmatarie del contratto collettivo applicato non si porrebbe ovviamente alcun problema nella misurazione della rappresentatività. Se invece in quella stessa azienda i lavoratori fossero iscritti ad associazioni sindacali rappresentative in settori coerenti con il tipo di attività produttiva, ma non coerenti rispetto al contratto collettivo applicato, la conseguenza risulterebbe praticamente irrilevante. Ed infatti, il datore di lavoro dovrebbe comunque comunicare i dati della rappresentatività rilevata aggregandoli, per il tramite del contratto collettivo applicato, al settore. Con la conseguenza che le deleghe rilasciate in quell'azienda finirebbero per essere del tutto irrilevante ai fini della contrattazione collettiva del settore giacché pare del tutto improbabile che l'associazione sindacale che le ha ricevute possa raggiungere una soglia di rappresentatività del 5% in un settore che non le è proprio.

Ma per effetto di una misurazione della rappresentatività perimetrata sul settore produttivo tutte le associazioni datoriali identificate con il medesimo codice (di settore) che avviino la negoziazione di un contratto collettivo nazionale di lavoro saranno obbligate ad accettare la partecipazione al tavolo negoziale delle organizzazioni sindacali che superino, nel settore di riferimento, la soglia minima di rappresentatività del 5%.

Il rischio di aree contrattuali “pirata” o comunque autoreferenziali risulterebbe così, già per effetto della legge, fortemente ridimensionato se non proprio escluso. Infatti, i sindacati maggiormente rappresentativi nel settore avrebbero certamente diritto di partecipare alle trattative con tutte le associazioni datoriali operanti nel settore e di accedere, conseguentemente, anche alla legislazione di sostegno dell’attività sindacale nei luoghi di lavoro.

All’effetto legale appena descritto si potrebbe virtuosamente aggiungere, con qualche modesto adeguamento, l’effetto convenzionale già previsto dal testo unico in merito alla soglia di maggioranza del 50%+1 richiesta per la sottoscrizione del contratto producendosi in questo modo una forte spinta alla ricomposizione delle tendenze centrifughe.

Se quella soglia del 50%+1 fosse sempre in via convenzionale trasferita dall’ambito soggettivo di applicazione del contratto collettivo al settore risulterebbe piuttosto facile ricomporre anche l’eventuale dissenso interno alle federazioni che operano nell’ambito delle tradizionali confederazioni sindacali. Ed infatti, pure in presenza di due contrattazioni collettive nazionali concorrenti nello stesso settore, il sindacato vincolato alle regole del testo unico dovrebbe necessariamente accettare l’applicazione di quello, tra i due contratti collettivi nazionali di lavoro, che registra l’adesione delle sigle sindacali che rappresentano più del 50%+1 dei lavoratori sindacalizzati nel settore. Ciò con la conseguenza pratica che quell’associazione, salvo porsi in contrasto con l’accordo interconfederale, non dovrebbe essere legittimata a sottoscrivere un diverso contratto collettivo nazionale di lavoro.

Riforma del mercato del lavoro e giudizi sui licenziamenti individuali: prime evidenze*

Cristina Giorgiantonio

1. Introduzione	406
2. Il dibattito e le motivazioni sottese alla riforma	406
3. I recenti interventi del legislatore	408
4. Alcune valutazioni	412
4.1. La nuova disciplina sui licenziamenti	412
4.2. Il nuovo rito speciale	415
5. Possibili implicazioni di <i>policy</i>	422
6. Conclusioni	424
Bibliografia	425
Appendice	433
Tav. 1 – Disciplina dei licenziamenti prima e dopo la riforma	433
Tav. 2 – Rito del lavoro: andamento dell'intera procedura in primo grado	434
Tav. 3 – Rito Fornero: andamento dell'intera procedura in primo grado	435
Tav. 4 – Rito Fornero: principali profili di contrasto	436
Allegato: provvedimenti esaminati	443

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 210/2014

1. Introduzione

Con la l. 28 giugno 2012, n. 92 (*Disposizioni in materia di riforma del mercato del lavoro in una prospettiva di crescita* – c.d. riforma Fornero) è stato riformato il mercato del lavoro italiano, con gli obiettivi principali di operare un ribilanciamento tra flessibilità in uscita e flessibilità in entrata e un riordino, nella direzione dell'universalizzazione delle tutele, degli ammortizzatori sociali.

La riforma ridisegna la disciplina dei licenziamenti individuali, con le finalità – da un lato – di aumentare la flessibilità in uscita, circoscrivendo l'ambito della tutela reintegratoria; dall'altro, di accelerare la definizione delle relative controversie, affette da croniche lungaggini, dettando nuove regole di diritto processuale, in particolare con l'introduzione di un nuovo procedimento speciale (c.d. rito Fornero).

Il lavoro si propone di descrivere e analizzare i principali interventi adottati in materia di licenziamenti, valutandone la rispondenza alle finalità a essi sottesi. Data la recente entrata in vigore della riforma (18 luglio 2012), è stato possibile effettuare solo un'analisi preliminare del concreto funzionamento delle misure introdotte: le evidenze a oggi disponibili sono, infatti, limitate e rappresentate prevalentemente dalle prime decisioni rese dai giudici del lavoro in materia e pubblicamente accessibili (175 provvedimenti in tutto) e dalle linee guida interpretative sul nuovo rito adottate da 4 sedi giudiziarie.

Il lavoro è così articolato: il secondo paragrafo fornisce una descrizione del dibattito e dell'assetto precedente l'entrata in vigore della riforma, cercando di evidenziarne le principali criticità; il terzo paragrafo si sofferma sinteticamente sulle misure adottate dal legislatore italiano; il quarto paragrafo si concentra sul novellato art. 18 dello Statuto dei lavoratori e sul nuovo rito e, sulla base dell'analisi delle prime decisioni rese dai Tribunali in materia, fornisce prime valutazioni circa il suo funzionamento; il quinto paragrafo propone alcune linee di intervento integrative e possibili misure correttive; il sesto raccoglie le conclusioni.

2. Il dibattito e le motivazioni sottese alla riforma

Numerose analisi, provenienti sia dall'ambito accademico, sia da organismi internazionali (come la BCE o l'OCSE), sebbene non unanimemente condivise, hanno evidenziato l'eccessiva rigidità del mercato del lavoro italiano, con conseguenze negative in punto di variabilità ciclica dell'occupazione, della durata della disoccupazione e del tasso di *turn over*¹²¹³. Un aspetto particolarmente critico era rappresentato dalla disciplina dei licenziamenti individuali, ritenuta eccessivamente limitativa della flessibilità in uscita.

Più in dettaglio, nel regime antecedente alla riforma Fornero, l'art. 18 della l. 20 maggio 1970, n. 300 (c.d. Statuto dei lavoratori) prevedeva – per le imprese con 15 dipendenti e oltre – l'obbligo

¹²¹³ Cfr., tra gli altri, Hijzen e altri (2013); Elsby e altri (2009); Ichino (2012); OCSE (2011a); OCSE (2011b); BCE (2011); BCE (2007); Commissione Europea (2006). Va, tuttavia, notato che le evidenze empiriche basate su dati tendono generalmente a non rilevare effetti economicamente rilevanti del grado di protezione dell'impiego sulla dinamica dimensionale delle imprese (cfr. Schivardi e Torrini (2008); Garibaldi, Pacelli e Borgarello (2004)). Altri lavori hanno, inoltre, mostrato empiricamente come un maggior grado di regolamentazione del rapporto d'impiego o di litigiosità non necessariamente corrispondano a una maggiore rigidità del mercato del lavoro in termini economici (Galdon-Sanchez e Guell (2000); Fraise, Kramarz e Prost (2009)).

per il datore di lavoro di reintegrare il lavoratore nel posto di lavoro, laddove il giudice accertasse l'illegittimità del licenziamento. Il datore di lavoro era, altresì, tenuto a corrispondere un'indennità, stabilita dal giudice, commisurata alla retribuzione di fatto dal giorno del licenziamento sino a quello dell'effettiva reintegrazione e comunque non inferiore a cinque mensilità (cfr. Tav. 1 in Appendice)¹²¹⁴.

Secondo le analisi citate, tale assetto, diverso da quello previsto per le imprese con meno di 15 dipendenti, nelle quali il datore di lavoro – in caso di illegittimità del licenziamento – ha facoltà, invece di riassumere il prestatore di lavoro, di corrispondergli un'indennità di importo compreso fra un minimo di 2,5 e un massimo di sei mensilità dell'ultima retribuzione di fatto¹²¹⁵, rendeva particolarmente onerose le conseguenze economiche per le aziende interessate dall'applicazione dell'art. 18 in caso di un'eventuale decisione sfavorevole al datore di lavoro, costituendo un forte disincentivo ad assumere i lavoratori con contratti a tempo indeterminato.

Secondo alcuni studi, peraltro, la situazione sarebbe stata ulteriormente esacerbata dall'eccessiva ampiezza del sindacato del giudice, le cui decisioni tenderebbero a riflettere le condizioni correnti del mercato del lavoro, incorporando un'esigenza di tutela del lavoratore attraverso la salvaguardia del posto di lavoro, che introdurrebbe di fatto una rigidità nella scelte imprenditoriali di gestione del personale in base all'andamento del ciclo economico¹²¹⁶.

Condizionatamente a un esito sfavorevole, l'onerosità era – poi – ascrivibile in larga misura alla durata del relativo giudizio, in genere particolarmente lunga. Nonostante le cause devolute ai giudici del lavoro¹²¹⁷, compresi – quindi – i giudizi relativi ai licenziamenti, seguano già da anni un *iter* procedurale speciale, che – almeno sulla carta – dovrebbe caratterizzarsi per estrema celerità, elevato grado di concentrazione delle varie fasi processuali e limitato formalismo¹²¹⁸ (cfr. Tav. 2 in Appendice), anche la giustizia del lavoro è affetta dalle croniche lungaggini che affliggono la giustizia civile in Italia, ormai ampiamente documentate da numerose analisi¹²¹⁹. Si consideri che la durata media dei giudizi relativi a controversie di lavoro nel 2011 in primo grado è stata pari a 683 giorni; in secondo grado a 817. Si registrano, inoltre, divari territoriali particolarmente

¹²¹⁴ Il datore di lavoro era, inoltre, tenuto a versare i contributi assistenziali e previdenziali maturati nello stesso periodo. Era, infine, facoltà del lavoratore di chiedere, in sostituzione della reintegrazione nel posto di lavoro, un'indennità pari a quindici mensilità.

¹²¹⁵ Cfr. l'art. 8 della l. 15 luglio 1966, n. 604, come modificato dalla l. 11 maggio 1990, n. 108.

¹²¹⁶ Cfr. Ichino e altri (1998). Lo studio analizza solo casi di licenziamento disciplinare. Tuttavia, secondo gli autori, le evidenze raccolte suggerirebbero implicitamente che, anche in presenza di motivi economici, il datore di lavoro che procedesse al licenziamento potrebbe incorrere in una decisione contraria del giudice e sostenere l'onere dell'indennizzo e, se di dimensioni superiori ai 15 addetti, del reintegro nel posto di lavoro.

¹²¹⁷ Tutti i giudizi in materia di rapporti di lavoro (ad eccezione del pubblico impiego non privatizzato) e quelli in materia di previdenza e assistenza obbligatorie. In primo grado è competente il Tribunale in funzione di giudice del lavoro. Vi è la possibilità di ricorrere in secondo grado di fronte alla Corte d'appello competente per territorio e in terzo e ultimo grado di fronte alla Suprema Corte di cassazione.

¹²¹⁸ Cfr. artt. 413-441 del codice di procedura civile – c.p.c., così come novellati dalla l. 11 agosto 1973, n. 533, che ha sostituito tutto il Titolo IV del c.p.c. Le principali caratteristiche di tale rito possono essere così sintetizzate: *i*) la competenza per materia di un giudice monocratico; *ii*) la previsione di termini stringenti in funzione acceleratoria; *iii*) il rigido sistema di preclusioni e decadenze ancorato agli atti introduttivi del giudizio, con l'obiettivo di avere un processo effettivamente concentrato e caratterizzato da rapporti immediati tra giudice, parti e difensori; *iv*) la tendenziale concentrazione dell'attività difensiva e istruttoria in poche udienze; *v*) la previsione di ordinanze anticipatorie di condanna. Su tali temi si rinvia a Giorgiantonio (2010); De Angelis (2007).

¹²¹⁹ Cfr., ad esempio, Bianco e altri (2007); Marchesi (2008); Carmignani e Giacomelli (2009).

marcati. In primo grado si delinea una netta spaccatura fra i distretti di Corte d'appello del Nord Italia, che si caratterizzano per durate dei processi nettamente inferiori rispetto al dato medio nazionale (in particolare, Torino, Milano e Trento)¹²²⁰, e quelli del Sud, che – invece – presentano durate medie marcatamente superiori (con punte massime a Messina, Bari e Catania¹²²¹; cfr. Fig. 1 in Appendice). Il secondo grado di giudizio è caratterizzato, invece, da un andamento molto più a macchia di leopardo: si individuano, infatti, distretti di Corte d'appello del Sud con durate ben al di sotto del dato medio nazionale (ad esempio, Potenza, Caltanissetta e Reggio Calabria)¹²²² e distretti di Corte d'appello del Centro-Nord con durate ben superiori (ad esempio, Bologna e Trieste¹²²³; cfr. Fig. 2 in Appendice).

Si segnala, peraltro, come il contenzioso pendente di fronte ai giudici del lavoro sia composto per oltre il 50 per cento da cause di previdenza e assistenza (nel 2011 il 56 per cento dei sopravvenuti), con punte ancor più elevate nei distretti di Corte d'appello del Centro-Sud (cfr. Fig. 3 in Appendice)¹²²⁴. Il loro numero sembra influenzare in modo non trascurabile la durata dei giudizi di lavoro¹²²⁵: come mostrato dalla Fig. 4 in Appendice, i distretti di Corte d'appello che si caratterizzano per le durate più significative dei processi di fronte al giudice del lavoro sono anche quelli dove è maggiore l'incidenza delle cause sopravvenute in materia di assistenza e previdenza obbligatorie¹²²⁶.

3. I recenti interventi del legislatore

Anche sulla base delle sollecitazioni ricevute a livello internazionale, la riforma Fornero ha introdotto alcune misure (in vigore dal 18 luglio 2012) tese a ovviare alle problematiche in precedenza descritte, secondo due principali linee direttrici tra loro strettamente interconnesse: da un lato, il perseguimento di una maggiore flessibilità in uscita attraverso la revisione della disciplina dei licenziamenti individuali, circoscrivendo il perimetro della tutela reintegratoria e introducendo dei "tetti" massimi all'indennità da corrispondere al lavoratore; dall'altro, il contenimento della durata dei giudizi concernenti i licenziamenti, in particolare attraverso l'introduzione di un rito speciale per tali controversie¹²²⁷.

¹²²⁰ Con durate medie pari rispettivamente a 245, 247 e 276 giorni.

¹²²¹ Con durate medie pari rispettivamente a 1.411, 1.277 e 1.088 giorni.

¹²²² Con durate medie pari rispettivamente a 410, 657 e 674 giorni.

¹²²³ Con durate medie pari rispettivamente a 1.370 e 968 giorni.

¹²²⁴ Nel 2011 a Messina l'incidenza delle cause di previdenza e assistenza obbligatorie sul totale dei sopravvenuti è stata pari al 73 per cento, a Bari al 67,8 per cento, a Potenza al 65,1 per cento e a Catania al 59,2 per cento.

¹²²⁵ Senza contare che, come denunciato dallo stesso Istituto Nazionale per la Previdenza Sociale – INPS, in molti casi sembrerebbe trattarsi di forme di ricorso "opportunistico" alla giustizia, motivato da fini speculativi e di strumentalizzazione dei percorsi giudiziari. Cfr. INPS (2011); Mastrapasqua (2010); Giorgiantonio (2012).

¹²²⁶ Invece, la durata di tali cause – salvo alcune eccezioni – non si discosta significativamente da quella dei giudizi di lavoro. Cfr. Fig. 5 e 6 in Appendice: il dato medio in primo grado coincide con quello delle cause di lavoro; la durata media in grado di appello è superiore di appena 8 giorni.

¹²²⁷ Cfr. Fornero (2013). E l'obbligo di esperimento di una procedura preventiva di conciliazione nei casi di licenziamento per giustificato motivo oggettivo. Si precisa come varie norme della riforma Fornero possano essere riconducibili alla finalità di accelerare la definizione delle controversie relative ai licenziamenti: ad esempio, il comma 37 dell'art. 1 della l. 28 giugno 2012, n. 92, che – modificando l'art. 2 della l. 15 luglio 1966, n. 604 – ha imposto la specificazione dei motivi già nella comunicazione del licenziamento; così come il comma 38 del medesimo art. 1, che ha abbreviato il termine per la proposizione dell'azione di impugnativa del recesso da 270

a) *La nuova disciplina sui licenziamenti individuali*. La riforma opera un importante intervento sul regime dei licenziamenti individuali¹²²⁸ effettuati in base all'art. 18 dello Statuto dei lavoratori. Il nuovo impianto contempla, sostanzialmente, tre regimi sanzionatori dei licenziamenti illegittimi, a seconda che il giudice accerti: *i*) la natura discriminatoria o il motivo illecito determinante del licenziamento (licenziamenti c.d. discriminatori); *ii*) l'inesistenza del giustificato motivo soggettivo o della giusta causa adottati dal datore di lavoro (licenziamenti c.d. soggettivi o disciplinari); *iii*) l'inesistenza del giustificato motivo oggettivo addotto dal datore di lavoro (licenziamenti c.d. oggettivi o economici: cfr. Tav. 1 in Appendice)¹²²⁹.

Laddove sia accertata la natura discriminatoria del licenziamento¹²³⁰, le tutele coincidono sostanzialmente con il pregresso regime dell'art. 18: il giudice deve disporre la reintegrazione del dipendente nel posto di lavoro, con diritto a un'indennità commisurata all'ultima retribuzione globale di fatto maturata dal giorno del licenziamento sino a quello dell'effettiva reintegrazione, dedotto quanto percepito – nel periodo di estromissione – per lo svolgimento di altre attività lavorative, oltre al versamento dei contributi previdenziali e assistenziali a carico del datore di lavoro¹²³¹.

Nel caso di licenziamenti privi del giustificato motivo soggettivo o della giusta causa, le alternative sono fra: *i*) il regime di reintegrazione, unitamente ad un risarcimento del danno, che comunque non può eccedere le 12 mensilità¹²³², e contribuzione previdenziale fino all'effettiva reintegra, che si applica in caso di inesistenza del fatto contestato al lavoratore ovvero riconducibilità dello stesso alle condotte punibili con una sanzione minore alla luce delle tipizzazioni di giustificato motivo soggettivo e di giusta causa previste dai contratti collettivi nazionali del lavoro (CCNL) applicabili; *ii*) la tutela obbligatoria, che si fonda sull'erogazione di un'indennità onnicomprensiva

a 180 giorni (cfr. la nuova formulazione dell'art. 6, comma 2, della l. 15 luglio 1966, n. 604). Giova, inoltre, segnalare come – negli ultimi anni – siano stati presentati numerosi progetti di legge aventi la comune finalità di contenere la durata dei giudizi concernenti i licenziamenti e, più in generale, le cause di lavoro (cfr., in particolare, i disegni di legge presentati nel corso della XV Legislatura AS 1047 (Salvi-Treu) e AS 1163 (Sacconi), e il testo deliberato l'8 maggio 2007 dalla Commissione ministeriale istituita con d.M. 28 novembre 2006 (c.d. Progetto Foglia)). Tuttavia, con l'eccezione di qualche timida apertura recata dalla l. 4 novembre 2010, n. 183 (c.d. Collegato lavoro: in particolare, le disposizioni sull'arbitrato per le controversie di lavoro (art. 31) e quelle relative alla previsione di termini di decadenza per l'impugnazione dei licenziamenti da parte del lavoratore (art. 32), per un commento delle quali si rinvia a Giorgiantonio (2011)), essi sono perlopiù rimasti lettera morta, anche perché parziali e spesso oggetto di critica da parte degli operatori del settore.

¹²²⁸ Introduce anche alcune modifiche alla disciplina dei licenziamenti collettivi, prevalentemente in funzione di raccordo con la nuova disciplina sui licenziamenti individuali intimati in base all'art. 18 dello Statuto dei lavoratori. Cfr. Tosi (2012); Lambertucci (2013).

¹²²⁹ Cfr. Carinci (2012).

¹²³⁰ La legge (cfr. art. 18, comma 1, dello Statuto dei lavoratori) riconduce a tale tipologia i casi di nullità del licenziamento perché *i*) discriminatorio ai sensi dell'art. 3 della l. 11 maggio 1990, n. 108; *ii*) ovvero intimato in concomitanza col matrimonio ai sensi dell'art. 35 del codice delle pari opportunità tra uomo e donna, di cui al d.lgs. 11 aprile 2006, n. 198; *iii*) o in violazione dei divieti di licenziamento di cui all'art. 54, commi 1, 6, 7 e 9, del testo unico delle disposizioni legislative in materia di tutela e sostegno della maternità e della paternità, di cui al d.lgs. 26 marzo 2001, n. 151, e successive modificazioni; *iv*) ovvero perché riconducibile ad altri casi di nullità previsti dalla legge o determinato da un motivo illecito determinante ai sensi dell'art. 1345 del codice civile. In tali casi si prescinde dal requisito dimensionale del datore di lavoro, applicandosi il medesimo regime sanzionatorio anche alle aziende con meno di 15 dipendenti.

¹²³¹ Il lavoratore può chiedere, in sostituzione della reintegrazione, il pagamento di un'indennità pari a 15 mensilità di retribuzione, la cui richiesta determina la risoluzione del rapporto di lavoro.

¹²³² Nella determinazione del risarcimento del danno il giudice deve dedurre quanto il lavoratore ha percepito, nel periodo di estromissione, per lo svolgimento di altre attività lavorative, nonché quanto avrebbe potuto percepire dedicandosi con diligenza alla ricerca di una nuova occupazione. In ogni caso, rimane ferma la possibilità per il lavoratore di chiedere, in sostituzione della reintegrazione, l'erogazione di 15 mensilità. Cfr. art. 18, comma 4, dello Statuto dei lavoratori.

compresa tra le 12 e le 24 mensilità, e che trova – invece – applicazione negli altri casi di accertata illegittimità del licenziamento per giusta causa o giustificato motivo soggettivo¹²³³.

Infine, anche in caso di licenziamento per giustificato motivo oggettivo sussiste l'alternativa tra reintegrazione e sola tutela risarcitoria: *i*) è prevista la reintegrazione e il risarcimento del danno fino all'effettiva reintegra, ma con il tetto delle 12 mensilità, se risulta ingiustificato il licenziamento intimato per inidoneità fisica o psichica del lavoratore, ovvero prima della scadenza del periodo c.d. di comporto a causa della malattia o infortunio in cui versa il lavoratore, ovvero se viene accertata "la manifesta insussistenza del fatto posto alla base del licenziamento per giustificato motivo oggettivo"¹²³⁴; *ii*) nelle altre ipotesi di illegittimità del licenziamento, il giudice dichiara risolto il rapporto di lavoro con effetto dalla data del licenziamento e dispone il pagamento, in favore del lavoratore, di un'indennità risarcitoria onnicomprensiva modulata tra 12 e 24 mensilità di retribuzione¹²³⁵.

b) Introduzione di un rito speciale per le controversie in materia di licenziamento. La riforma introduce un rito *ad hoc* (c.d. rito Fornero), per le controversie sull'impugnazione dei licenziamenti intimati in base all'art. 18 dello Statuto dei lavoratori¹²³⁶, avente finalità di ulteriore accelerazione e semplificazione rispetto all'ordinario processo del lavoro. In primo grado, il procedimento si svolge essenzialmente in due fasi: *i*) una prima fase, necessaria e a carattere sommario con istruttoria deformalizzata¹²³⁷, che costituisce la maggiore novità della procedura, volta ad assicurare una tutela urgente del lavoratore e che si conclude con un provvedimento (ordinanza) immediatamente esecutivo, non sospendibile o revocabile se non con la sentenza che definisce il giudizio; *ii*) una seconda fase, eventuale, che prende l'avvio con l'opposizione – nelle forme del rito del

¹²³³ Il giudice determina l'ammontare dell'indennità 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, con onere di specifica motivazione a tale riguardo. Cfr. art. 18, comma 5, dello Statuto dei lavoratori.

¹²³⁴ In tale ultima, ipotesi dispone la reintegrazione del lavoratore è solo una facoltà per il giudice, non un obbligo. Nella determinazione del risarcimento del danno il giudice deve dedurre quanto il lavoratore ha percepito, nel periodo di estromissione, per lo svolgimento di altre attività lavorative, nonché quanto avrebbe potuto percepire dedicandosi con diligenza alla ricerca di una nuova occupazione. In ogni caso, rimane ferma la possibilità per il lavoratore di chiedere, in sostituzione della reintegrazione, l'erogazione di 15 mensilità. Cfr. art. 18, comma 7, dello Statuto dei lavoratori.

¹²³⁵ Ai fini della determinazione dell'indennità tra il minimo e il massimo previsti, il giudice tiene conto, oltre ai criteri previsti in caso di illegittimità del licenziamento disciplinare, delle iniziative assunte dal lavoratore per la ricerca di una nuova occupazione e del comportamento delle parti nell'ambito della procedura preventiva di conciliazione di cui all'art. 7 della l. 15 luglio 1966, n. 604, e successive modificazioni. Cfr. art. 18, comma 7, dello Statuto dei lavoratori.

¹²³⁶ E l'eventuale connessa qualificazione formale del rapporto di lavoro sottostante (cfr. art. 1, comma 47, della l. 28 giugno 2012, n. 92). Restano, viceversa, escluse tutte le domande che abbiano un contenuto diverso e che non siano fondate sugli stessi fatti costitutivi. Il rito Fornero è applicabile "alle controversie instaurate successivamente alla data di entrata in vigore" (18 luglio 2012) della legge stessa (cfr. art. 1, comma 67, della l. 28 giugno 2012, n. 92). Le regole che integrano il nuovo procedimento speciale riprendono elementi da vari procedimenti, senza assumere il modello di nessuno di essi in modo integrale. Vi è affinità strutturale con la procedura di repressione della condotta antisindacale dell'art. 28 dello Statuto dei lavoratori; in alcuni tratti della disciplina riecheggia il procedimento sommario di cognizione disciplinato dagli artt. 702-bis – 702-quater c.p.c.; la disciplina dell'istruttoria ripropone formule dei procedimenti cautelari delineati dall'art. 669-bis e ss. c.p.c. Ne scaturisce un procedimento ibrido, che mette insieme varie componenti, ma si distingue, connotandosi per una sua autonomia. Cfr. Curzio (2012).

¹²³⁷ Il ricorso introduttivo del giudizio non deve osservare i requisiti e le formalità di cui all'art. 414 c.p.c., previste per il rito del lavoro ordinario. All'esito dell'udienza, per la quale si prevede che – omessa ogni formalità non essenziale al contraddittorio – il giudice provveda unicamente agli atti di istruzione ritenuti indispensabili alla definizione della causa, viene emessa l'ordinanza di accoglimento o di rigetto. Cfr. art. 1, commi 49 e 50, della l. 28 giugno 2012, n. 92.

lavoro, anch'esso maggiormente deformalizzato¹²³⁸ – avverso la decisione di accoglimento o rigetto che conclude la fase sommaria (cfr. Tav. 3 in Appendice). Le finalità acceleratorie emergono prevalentemente dalla tempistica prevista per la fase sommaria: il giudice è, infatti, tenuto a fissare l'udienza preliminare entro 40 giorni dal deposito del ricorso introduttivo e l'eventuale opposizione contro il provvedimento che definisce tale fase deve essere proposta entro 30 giorni dalla sua notifica (o dalla sua comunicazione, se anteriore: cfr. Tav. 3 in Appendice).

Anche per la fase di appello e per il giudizio in Cassazione sono previsti termini in funzione acceleratoria¹²³⁹. La riforma ha, inoltre, previsto che alla trattazione delle controversie governate dal rito Fornero siano riservati particolari giorni nel calendario delle udienze (c.d. corsie preferenziali). Sulla fissazione di tali udienze specificamente dedicate devono vigilare i capi degli uffici giudiziari¹²⁴⁰.

c) Introduzione della procedura preventiva di conciliazione. Con intenti chiaramente deflattivi del contenzioso giudiziario, la riforma ha previsto l'obbligo di esperire una procedura preventiva di conciliazione di fronte alla Direzione Territoriale del Lavoro (DTL) competente in caso di licenziamenti per giustificato motivo oggettivo¹²⁴¹. Nell'ambito della procedura conciliativa, che deve concludersi entro 20 giorni (salvo richiesta di sospensione, non superiore a 15 giorni), le parti – anche assistite da un avvocato – devono esaminare possibili soluzioni alternative al recesso, compresa la risoluzione consensuale del rapporto. Quest'ultima consente al lavoratore di fruire dell'Assicurazione sociale per l'impiego (ASpl), che – a decorrere dal 1° gennaio 2013 – ha sostituito l'indennità di disoccupazione. In mancanza di un accordo, decorso il termine di legge (20 giorni, più l'eventuale sospensione), il datore di lavoro può intimare il licenziamento, i cui effetti retroagiscono alla data di avvio della procedura, salvo il diritto del lavoratore al preavviso e alla relativa indennità sostitutiva¹²⁴². In base alla nuova formulazione dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori (comma 6), in caso di mancato rispetto della procedura di conciliazione, il lavoratore licenziato ha diritto a un'indennità risarcitoria onnicomprensiva tra 6 e 12 mensilità di retribuzione globale di fatto¹²⁴³. È, invece, esclusa la reintegrazione, salvo che il licenziamento sia illegittimo anche per ragioni sostanziali: in questo caso, si applicano le sanzioni previste per la violazione più grave.

¹²³⁸ Infatti, in base all'art. 1, comma 57, della l. 28 giugno 2012, n. 92, "all'udienza, il giudice, sentite le parti, omissa ogni formalità non essenziale al contraddittorio, procede nel modo che ritiene più opportuno agli atti di istruzione ammissibili e rilevanti richiesti dalle parti, nonché disposti d'ufficio, ai sensi dall'articolo 421 del codice di procedura civile [...]".

¹²³⁹ In particolare, si è previsto che il giudice d'appello, "sentite le parti, omissa ogni formalità non essenziale al contraddittorio, procede nel modo che ritiene più opportuno agli atti di istruzione ammessi" e che la Corte di Cassazione fissa l'udienza di discussione non oltre sei mesi dalla proposizione del ricorso (art. 1, comma 63).

¹²⁴⁰ Cfr. art. 1, commi 65 e 66, della l. 28 giugno 2012, n. 92.

¹²⁴¹ Intimati da un datore di lavoro che abbia i requisiti dimensionali per l'applicazione dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori: cfr. l'art. 1, comma 40, della l. 28 giugno 2012, n. 92, che ha introdotto il nuovo art. 7 della l. 15 luglio 1966, n. 604 e la circolare del Ministero del lavoro del 16 gennaio 2013, n. 3, recante chiarimenti operativi su ambito ed effetti della procedura ex art. 7 della l. 15 luglio 1966, n. 604. Più in dettaglio, il datore di lavoro deve inviare – alla DTL e, per conoscenza, al lavoratore – una comunicazione che evidenzii i motivi del previsto licenziamento ed eventuali misure di assistenza alla sua ricollocazione. La DTL deve convocare le parti per un esame congiunto innanzi alla commissione provinciale di conciliazione entro 7 giorni (termine perentorio) dalla ricezione della richiesta.

¹²⁴² Il periodo di eventuale lavoro svolto, in costanza della procedura, si considera come preavviso lavorato.

¹²⁴³ In sostanza, il mancato rispetto della procedura comporta il diritto del lavoratore al pagamento dell'indennità, anche in ipotesi di licenziamento sostanzialmente legittimo.

4. Alcune valutazioni

Al fine di fornire riscontri preliminari circa l'applicazione del novellato art. 18 dello Statuto dei lavoratori e il funzionamento del nuovo rito speciale, sono state esaminate le prime decisioni rese in materia dai giudici del lavoro. Più in dettaglio, il campione oggetto di analisi consta di tutti i provvedimenti resi pubblici dai Tribunali sui loro siti e di quelli pubblicati sui quotidiani e sulle riviste specializzate¹²⁴⁴.

In totale, sono stati raccolti 175 provvedimenti emanati da 42 Tribunali italiani: Ancona, Arezzo, Bari, Bergamo, Bologna, Brescia, Brindisi, Campobasso, Como, Cosenza, Forlì, Frosinone, Genova, Latina, Lecce, Lucera, Mantova, Milano, Modena, Napoli, Padova, Palermo, Perugia, Piacenza, Ravenna, Reggio Calabria, Rieti, Roma, Rossano, Santa Maria Capua Vetere, Siena, Siracusa, Taranto, Terni, Torino, Torre Annunziata, Trento, Treviso, Varese, Vicenza, Vigevano e Voghera (cfr. Allegato in Appendice). Si stima che il campione rappresenti circa l'1 per cento dei giudizi per estinzione del rapporto di lavoro in I grado instaurati dopo l'entrata in vigore della riforma¹²⁴⁵.

Con specifico riferimento al funzionamento del nuovo rito sono state, inoltre, oggetto di analisi tutte le linee guida adottate da alcune sedi giudiziarie, volte a fornire indicazioni operative su come applicare la nuova procedura (in totale, 4 documenti approvati dalle sedi di Firenze, Monza, Rieti e Venezia)¹²⁴⁶.

4.1. La nuova disciplina sui licenziamenti

Le evidenze disponibili circa l'applicazione del nuovo art. 18 dello Statuto dei lavoratori sono piuttosto limitate: nell'ambito dei 175 provvedimenti oggetto di analisi solo 58 ne hanno fatto applicazione¹²⁴⁷. Questi ultimi sono stati analizzati secondo tre principali parametri: i) riconoscimento

¹²⁴⁴ In particolare: *Sole24Ore*, *Guida al lavoro*, *Massimario del Diritto del Lavoro*, *Rivista Italiana del Diritto del Lavoro* (ultimo dato raccolto: dicembre 2013). Dei 175 provvedimenti censiti 41 sono pubblicati per estratto.

¹²⁴⁵ Tale stima è stata effettuata sulla base dei dati sui giudizi per estinzione del rapporto di lavoro relativi al 2006, ultimo anno per il quale le rilevazioni curate dall'ISTAT consentono una disaggregazione dei procedimenti in materia di lavoro per oggetto della controversia, assumendo che il peso proporzionale rispetto al totale di tali cause in primo grado sia rimasto invariato (l'ultimo dato disponibile sul totale di tali cause in primo grado è relativo al 2012). Tale modalità di calcolo verosimilmente sovrastima il campione, in quanto è presumibile che il peso relativo dei giudizi per licenziamento sul totale delle cause in materia di lavoro sia aumentato nel corso degli ultimi anni in considerazione delle difficoltà scaturenti dall'attuale contesto di crisi economico-finanziaria. Si tenga, in ogni caso, presente che il dato relativo ai giudizi per estinzione del rapporto di lavoro non comprende solo le cause relative ai licenziamenti intimati sulla base dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori, ma ogni tipologia di controversia che abbia ad oggetto l'estinzione del rapporto di lavoro, comprese – ad esempio – quelle che vedano coinvolte imprese che occupano fino a 15 dipendenti (pertanto non soggette all'applicazione dell'art. 18) o che riguardino casi di licenziamento collettivo.

¹²⁴⁶ La presente analisi non si sofferma, invece, sul funzionamento della nuova procedura preventiva di conciliazione, che si svolge al di fuori del circuito giurisdizionale e sulla quale non sono allo stato disponibili evidenze puntuali. Tuttavia, il fatto che la nuova procedura sia prodromica rispetto al licenziamento, debba essere attivata su iniziativa del datore di lavoro e preveda incentivi di carattere economico per aziende e lavoratori per addivenire alla risoluzione consensuale del rapporto di lavoro dovrebbe determinarne un successo maggiore rispetto alle esperienze maturate in precedenza (la procedura di conciliazione obbligatoria e preventiva rispetto al ricorso in Tribunale era stata resa poi meramente facoltativa a partire dal 2010 dall'art. 31 della l. 4 novembre 2010, n. 183: cfr. Giorgiantonio (2011)).

¹²⁴⁷ Il nuovo art. 18 è, infatti, applicabile ai soli licenziamenti intimati dopo l'entrata in vigore della riforma (quindi, a partire dal 18 luglio 2012). I restanti 117 provvedimenti in alcuni casi hanno fatto applicazione dell'art. 18 nella sua pregressa formulazione (in quanto il licenziamento era stato intimato prima dell'entrata in vigore della riforma); in altri non hanno applicato il nuovo art. 18, rigettando la pretesa per ragioni procedurali (ad esempio, carenza del requisito dimensionale, insussistenza del *periculum in mora*, ecc.: cfr. par. 4.2).

o meno della tutela reintegratoria; *ii*) prospettazione della domanda, in via principale, dell'accertamento della natura discriminatoria del licenziamento; *iii*) presenza di orientamenti interpretativi contrastanti circa l'applicazione delle tutele previste dall'art. 18 dello Statuto dei lavoratori.

i) *Ampiezza della tutela reintegratoria*. Nell'ambito dei 58 provvedimenti che hanno fatto applicazione del nuovo art. 18, in 38 casi il licenziamento è stato intimato per ragioni disciplinari, in 20 per motivi di natura oggettiva¹²⁴⁸.

In 9 dei 58 casi esaminati il licenziamento è stato dichiarato legittimo, non dandosi quindi luogo né alla tutela reintegratoria, né a quella risarcitoria (con risultato analogo a quello che si sarebbe determinato nel vigore del pregresso art. 18).

Nell'ambito dei 49 provvedimenti che hanno accertato l'illegittimità del licenziamento, in 8 casi è stata ritenuta la natura discriminatoria del licenziamento, con conseguente applicazione del medesimo regime di tutele previsto dal pregresso art. 18, confermato dalla riforma Fornero per tale tipologia di licenziamenti¹²⁴⁹. I restanti 41 provvedimenti hanno riconosciuto l'illegittimità del licenziamento intimato per ragioni disciplinari (27 casi) o oggettive (14): la tutela reintegratoria è stata disposta in 27 casi (dei quali 20 relativi a ipotesi di licenziamento disciplinare e 7 a ipotesi di licenziamento per giustificato motivo oggettivo), accordandosi nei restanti 14 la sola tutela risarcitoria (7 relativi a ipotesi di licenziamento per ragioni oggettive, 7 a fattispecie di licenziamento disciplinare).

Sembra pertanto registrarsi, coerentemente con le finalità della riforma, una parziale riduzione dell'ampiezza della tutela reintegratoria (circa un terzo dei casi nei quali è stata riscontrata l'illegittimità del licenziamento, al netto delle ipotesi di licenziamento discriminatorio). Tuttavia, tale riduzione pare interessare prevalentemente i licenziamenti illegittimi per ragioni oggettive (per i quali è stata disposta la sola tutela indennitaria nella metà dei casi) e molto meno i licenziamenti disciplinari illegittimi (che rappresentano il 65 per cento del campione e per i quali – anche nel vigore del nuovo regime – la reintegrazione nel posto di lavoro è stata disposta in nei tre quarti dei casi).

ii) *Licenziamento discriminatorio*. Sembra prospettarsi un ampliamento dei casi di domanda, in via principale, dell'accertamento della natura discriminatoria del licenziamento, per beneficiare del regime di reintegrazione piena, e – in subordine – di altre ipotesi di licenziamento ingiustificato. Ciò è avvenuto in più di un terzo dei casi oggetto di esame (18) e la natura discriminatoria del licenziamento è stata ritenuta sussistente solo in 8 casi. Si segnala in proposito come l'esame di tale domanda possa comportare l'espletamento di una complessa attività istruttoria da parte del giudice per appurarne la fondatezza o meno (in termini sia di analisi documentale, sia di assunzione di testimonianze), con conseguente aggravio della procedura anche in termini di durata.

iii) *Orientamenti interpretativi contrastanti sul nuovo art. 18*. Il nuovo art. 18 dello Statuto dei lavoratori sembra sollevare alcune difficoltà interpretative, foriere di incertezze per aziende e lavoratori, specie per quel che concerne l'ampiezza da attribuire alla tutela reintegratoria¹²⁵⁰.

¹²⁴⁸ La netta prevalenza dei casi di licenziamento disciplinare (quasi il doppio di quelli per ragioni oggettive) sembrerebbe confermare l'effetto deflattivo della nuova procedura preventiva di conciliazione, che riguarda i soli licenziamenti per giustificato motivo oggettivo.

¹²⁴⁹ Si includono i casi di licenziamento orale (2) e quelli intimati in violazione di norme imperative (1).

¹²⁵⁰ Cfr. Barbieri e Dalfino (2013); Carinci (2013); Tursi (2012); Rivero (2012); Perulli (2012); Vallebona (2012); Mazzotta (2012).

L'ipotesi più controversa è quella de licenziamento disciplinare, nell'ambito della quale – peraltro – si è registrata la minore riduzione dell'ampiezza della tutela reintegratoria. Secondo la maggior parte delle sedi giudiziarie (Bologna, Bergamo, Napoli, Ravenna, Taranto), nei casi di licenziamento per ragioni soggettive illegittimo, l'insussistenza del fatto contestato – con conseguente applicabilità della tutela reintegratoria – andrebbe valutata in modo ampio: pertanto, il fatto dovrebbe ritenersi insussistente in mancanza degli elementi materiali e oggettivi (effettivo comportamento del lavoratore) o di quelli soggettivi (quali la colpa)¹²⁵¹. Secondo altre sedi (Milano, Voghera), invece, il fatto contestato dovrebbe ritenersi sussistente in presenza anche dei soli elementi materiali¹²⁵².

Inoltre, considerata la tendenziale genericità delle fattispecie disciplinari contemplate dai contratti collettivi, emerge la difficoltà di comprendere quando il fatto, che non integri gli estremi della giusta causa o del giustificato motivo soggettivo, rientri "tra le condotte punibili con una sanzione conservativa sulla base delle previsioni dei contratti collettivi ovvero dei codici disciplinari applicabili" e, quindi, debba comportare la reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro. Le sedi giudiziarie di Bologna e di Milano (quest'ultima, però, con alcune eccezioni) ritengono l'infrazione disciplinare comunque riconducibile a una delle fattispecie – ampie, se non del tutto generiche – contemplate dai contratti collettivi, omettendo una specifica motivazione con riferimento alle disposizioni dei contratti stessi¹²⁵³. Viceversa, il Tribunale di Voghera e quello di Ancona sembrano riferirsi, secondo una *ratio* di certezza giuridica, alla necessità di un'espressa tipizzazione della condotta tra quelle per le quali è prevista una sanzione conservativa nel contratto collettivo¹²⁵⁴. L'adesione alla prima soluzione ermeneutica prospettata renderebbe oggi probabilmente di fatto quasi inapplicabile la tutela indennitaria di cui al comma 5 dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori, stante la genericità dei contratti collettivi; la seconda – per converso – ridurrebbe al minimo l'ambito di applicazione della sanzione reintegratoria.

In relazione all'ipotesi di licenziamento per giustificato motivo oggettivo, l'aspetto più dibattuto concerne la sanzione per il mancato adempimento – da parte del datore di lavoro – del c.d. obbligo di *repechage*¹²⁵⁵. Secondo alcune sedi (Bologna, Perugia, Taranto, Brindisi), nei casi di

¹²⁵¹ Valutata in rapporto di proporzionalità con la sanzione. Cfr. Trib. Bologna, Ord., 15 ottobre 2012, Est. Marchesini; 7 ottobre 2013, Est. Marchesini; Trib. Bergamo, Ord., 18 aprile 2013; Trib. Napoli, Ord., 26 febbraio 2013, Est. Amendola; Trib. Ravenna, Ord., 18 marzo 2013, Est. Rivero; Trib. Taranto, Ord., 3 giugno 2013, Est. Magazzino.

¹²⁵² Cfr. Trib. Milano, Ord., 28 gennaio 2013, Est. Lualdi; 23 aprile 2013, Est. Porcelli; 18 aprile 2013, Est. Lualdi; Trib. Voghera, Ord., 18 marzo 2013, Est. Dossi. V., però, *contra* Trib. Milano, Ord., 30 gennaio 2013, Est. Gasparini.

¹²⁵³ Cfr. Trib. Milano, Ord., 24 gennaio 2013; 20 marzo 2013; Trib. Bologna, Ord., 25 settembre 2012, Est. Coco; 15 ottobre 2012, Est. Marchesini; App. Bologna 23 aprile 2013, Est. Brusati. Nelle prime due pronunzie citate non si menziona quale sia il corrispondente addebito previsto dal contratto collettivo; nella quarta e nella quinta, si tratta di un'ipotesi di "lieve insubordinazione nei confronti dei superiori. V., però, *contra* Trib. Milano, Ord., 23 aprile 2013, Est. Porcelli, che – pur in presenza di un licenziamento disciplinare illegittimo – non accorda la tutela reintegratoria in quanto le previsioni del CCNL di riferimento sono troppo generiche per stabilire se c'è sanzione conservativa o meno.

¹²⁵⁴ Cfr. Trib. Voghera, Ord., 14 marzo 2013, Est. Dossi, rispetto a una fattispecie di inadempimento da parte di una guardia giurata delle procedure di segnalazione di eventuali furti; Trib. Ancona, Ord., 31 gennaio 2013, Est. Sbrano. V., anche, Trib. Bari, Ord., 4 giugno 2013, Est. Ariola, che argomenta l'interpretazione analogica delle previsioni del CCNL.

¹²⁵⁵ Vale a dire la dimostrazione di non poter impiegare ragionevolmente il dipendente interessato in altre mansioni equivalenti o, in mancanza, anche in mansioni deteriori. Cfr. Trib. Bologna, Ord., 19 novembre 2012, Est. Coco; Trib. Perugia, Ord., 14 marzo 2013, Est. Claudiani; Trib. Taranto, Ord., 16 gennaio 2013, Est. Sodo; Trib. Brindisi, Ord., 28 febbraio 2013, Est. Toni, seppure entro limiti ben circoscritti.

licenziamento per motivo oggettivo illegittimo, la manifesta insussistenza del fatto – con conseguente applicabilità della tutela reintegratoria – andrebbe valutata anche con riferimento all'adempimento di tale obbligo. Secondo altre sedi (Milano, Roma, Varese), invece, il suo mancato assolvimento – pur determinando l'illegittimità del licenziamento – non comporterebbe la tutela reintegratoria, ma il solo risarcimento del danno¹²⁵⁶.

Giova rilevare come tali conflitti interpretativi potrebbero non trovare rapidamente una composizione da parte della giurisprudenza della Suprema Corte di Cassazione, nell'esercizio della propria funzione di uniforme interpretazione del diritto (c.d. nomofilachia): nel 2011 la durata media nel distretto di Corte d'appello dove i processi del lavoro vengono definiti in minore tempo (Torino), considerando tutti e tre i gradi di giudizio, è stata pari a quasi 5 anni (56 mesi); la durata media nazionale a più di 7 anni (88 mesi); la sola durata del giudizio in Cassazione a 3 anni (36 mesi). Senza contare che il disegno dei meccanismi di definizione giudiziale dei conflitti interpretativi in Cassazione è particolarmente complesso e articolato: cosa che potrebbe ulteriormente allungare la tempistica necessaria e determinare ulteriori incertezze¹²⁵⁷.

In sintesi, pur con tutte le cautele dovute all'esiguità del campione, i primi riscontri disponibili sembrano testimoniare una parziale riduzione dell'ampiezza della tutela reintegratoria, che – unitamente alla previsione di "tetti" massimi all'indennità da corrispondere al lavoratore in caso di illegittimità del licenziamento (disciplinare o economico)¹²⁵⁸ – appare, in linea con la finalità di aumentare la flessibilità in uscita sottesa alla riforma Fornero, circoscrivendo il rischio economico gravante sull'impresa. Tuttavia, la riduzione dell'ampiezza della tutela reintegratoria sembra interessare prevalentemente l'area del licenziamento per ragioni oggettive e molto meno i casi di licenziamento disciplinare, che rappresentano la quota più significativa del campione (65 per cento) e nell'ambito dei quali tale tutela continua a essere applicata in oltre i tre quarti dei casi. Inoltre, si segnala l'insorgere di numerosi contrasti interpretativi che rischiano di determinare una riduzione "a macchia di leopardo" dell'area della tutela reale e di alimentare l'incertezza per aziende e lavoratori e – quindi – anche il contenzioso, in un ambito quale quello giuslavoristico che ne è già fortemente interessato.

4.2. Il nuovo rito speciale

A differenza dell'applicazione del nuovo art. 18 dello Statuto dei lavoratori, è stato possibile valutare il funzionamento del rito speciale per i licenziamenti sulla base dell'intero campione dei

¹²⁵⁶ Cfr. Trib. Milano, Ord., 28 novembre 2012, Est. Casella; Trib. Roma, Ord., 8 agosto 2013, Est. Pagliarini; Trib. Varese, Ord., 4 settembre 2013, Est. Fumagalli.

¹²⁵⁷ Di regola, è – infatti – necessario che insorga un conflitto fra le singole sezioni della Corte (che, quindi, dovranno decidere alcuni giudizi), prima dell'intervento della Corte stessa a Sezioni Unite al fine di uniformare l'interpretazione delle norme interessate (cfr. art. 374 c.p.c.).

¹²⁵⁸ La riforma opportunamente diversifica il limite massimo dell'indennità a seconda che essa si accompagni o meno alla tutela reintegratoria: nel primo caso esso è inferiore (12 mensilità) in considerazione del fatto che al dipendente viene, in ogni caso, assicurata la tutela più intensa possibile, rappresentata dalla reintegrazione nel posto di lavoro; nel secondo esso è maggiore (si va da un minimo di 12 a un massimo di 24 mensilità) dato che, pur in presenza di un licenziamento illegittimo, non è prevista la tutela reintegratoria.

provvedimenti raccolti (175)¹²⁵⁹, oltre che delle linee guida emanate dai Tribunali di Firenze, Monza, Rieti e Venezia.

L'analisi condotta si è concentrata sui seguenti profili: *i*) tempistica della nuova procedura; *ii*) rapporti con i giudizi connessi; *iii*) presenza di orientamenti interpretativi contrastanti circa l'applicazione del nuovo rito.

i) Tempistica della nuova procedura. Il nuovo rito prevede una tempistica piuttosto stringente, in particolare per la fase necessaria a carattere sommario che, nelle intenzioni del legislatore, dovrebbe essere definita entro 40 giorni dalla proposizione del ricorso (cfr. Tav. 2 in Appendice) e tendenzialmente chiudere il processo.

Proprio in relazione a tale fase è stato possibile svolgere un'analisi più puntuale, dato che la maggior parte dei provvedimenti censiti (148) sono ad essa relativi. Nell'ambito di tali provvedimenti, solo per 38 è stato possibile risalire alla data di proposizione del ricorso (dato che ne contenevano l'espressa menzione): l'analisi mostra come – benché il termine di 40 giorni non sia stato mai esattamente rispettato – in media intercorrano circa 99 giorni tra la data di proposizione del ricorso e quella di adozione del provvedimento¹²⁶⁰.

Tale dato – considerate le lungaggini della giustizia del lavoro e la recente entrata in vigore della riforma – sembra testimoniare complessivamente un buon funzionamento dello strumento dal punto di vista della tempistica. Esso va, però, letto congiuntamente con quello sull'effettiva definizione della pretesa, sempre a livello di fase sommaria, avvenuta nella metà dei casi. Infatti, solo in 18 casi l'ordinanza ha definitivamente concluso la fase sommaria, decidendo nel merito (accogliendo o respingendo il ricorso). Nei restanti 20 sono stati, infatti, affrontati solo aspetti di carattere procedurale, con rinvio a un'udienza successiva per il merito (13 casi) o con declaratoria di inammissibilità o improcedibilità (totale o parziale) del ricorso (7 casi).

Sul punto è, in ogni caso, opportuno precisare come – considerando tutte le 148 ordinanze emanate al termine della fase sommaria del rito Fornero (quindi, sia quelle che indicano la data di proposizione del ricorso, sia quelli che non la esplicitano), solo in poco più della metà dei casi (84) l'ordinanza ha concluso la fase sommaria, decidendo effettivamente il merito della controversia.

¹²⁵⁹ Si precisa, infine, come dei 175 provvedimenti censiti solo 159 siano stati emanati sulla base del rito Fornero. I restanti 16 – nonostante siano state adottati sulla base di procedimenti differenti – rilevano comunque ai fini della presente indagine, in quanto hanno affrontato problematiche attinenti all'ambito di applicazione del nuovo rito e alla sua compatibilità con la richiesta di altre forme di tutela. Cfr. Trib. Bari, Ord., 17 ottobre 2012, Est. Tarantino; Trib. Lecce, Ord., 27 novembre 2012, Est. Ferreri; 20 dicembre 2012, Est. Santo; Trib. Perugia, Ord., 9 novembre 2012, Est. Medoro; 15 gennaio 2013, Est. Claudiani; Trib. Santa Maria Capua Vetere, Ord., 12 febbraio 2013, Est. Cervelli; Trib. Ravenna, Ord., 18 marzo 2013, Est. Rivero; Trib. Bologna, Ord., 25 settembre 2012, Est. Coco; Trib. Rossano, Ord., 5 novembre 2012, Est. Manera; Trib. Forlì, Ord., 19 dicembre 2012, Est. Angelini, che – emanate in base al procedimento d'urgenza *ex art. 700 c.p.c.* – hanno valutato la compatibilità della tutela cautelare offerta da tale procedimento con il rito Fornero; Trib. Bologna, Ord., 27 novembre 2012, Est. De Meo; Trib. Milano, Ord., 19 giugno 2013, Est. Buffone; 11 luglio 2013, Est. Crugnola, 11 ottobre 2013, Est. Bichi; Trib. Monza, Ord., 27 luglio 2013, Est. Lombardi che hanno valutato la possibilità o meno che il giudice che ha deciso la fase sommaria del nuovo rito, decida anche la fase eventuale a cognizione piena, respingendo o accogliendo le istanze di ricusazione presentate dalle parti in causa; Trib. Napoli, Sentenza, 25 settembre 2013, Est. Coppola, che – emanata sulla base dell'ordinario rito del lavoro – ha affermato l'alternatività tra quest'ultimo e il rito Fornero.

¹²⁶⁰ Si registrano, in ogni caso, significative oscillazioni tra Tribunali del Nord e del Sud della Penisola: nel Tribunale di Milano (7 ordinanze) la durata media della fase sommaria è stata pari a 77 giorni; nel Tribunale di Bari (8 provvedimenti) la durata media di tale fase è stata pari a 165 giorni.

Nei restanti casi, o è stato disposto il rinvio a un'udienza successiva (30 casi) o una declaratoria di inammissibilità o improcedibilità (totale o parziale) del ricorso, con necessità di introdurre un nuovo giudizio (34 casi).

Un altro aspetto significativo è rappresentato dal fatto che, dato il carattere sommario della cognizione nella fase necessaria, i provvedimenti analizzati, che hanno affrontato il merito della controversia o che comunque hanno valutato l'ammissibilità di mezzi di prova o di determinati accertamenti, hanno affermato che l'istruttoria deve essere limitata a quei soli mezzi necessari a consentire al giudice la formazione di un giudizio di mera verosimiglianza sulla fondatezza della domanda del lavoratore¹²⁶¹.

Pertanto, risultano incompatibili con questa struttura accertamenti istruttori più approfonditi, e – per questo – più complessi da effettuare, che pure sono ricorrenti nelle cause di licenziamento o di qualificazione del rapporto, data la delicatezza degli interessi in gioco¹²⁶². Si tratta di mezzi di prova idonei a incidere profondamente sul giudizio di mera verosimiglianza iniziale: è, dunque, presumibile che gli incentivi della parte risultata soccombente ad assumerli nella fase eventuale a cognizione piena saranno piuttosto elevati. Tale fase, pertanto, da meramente eventuale potrebbe diventare nei fatti "necessitata", costituendo una sorta di "grado zero" di giudizio, contrariamente agli intenti del legislatore.

È ancora presto per avere una stima dei casi nei quali si siano effettivamente esperite le ulteriori fasi di giudizio, successive a quella sommaria. Non mancano, però, evidenze della proposizione di ricorsi in opposizione alle ordinanze che hanno definito la fase sommaria: nel campione sono presenti 5 ordinanze relative a istanze di ricasazione del giudice designato per decidere sull'opposizione¹²⁶³, 4 sentenze di Tribunale¹²⁶⁴ e 7 provvedimenti di Corte d'appello¹²⁶⁵.

Ad ogni modo, il fatto che in alcuni giudizi si sia già giunti alla definizione della controversia in fase di appello¹²⁶⁶, nonostante la riforma sia entrata in vigore da meno di 18 mesi, sembrerebbe essere sintomatico di un'accelerazione – almeno parziale – rispetto ai tempi registrati nel regime

¹²⁶¹ Cfr., ad esempio, Trib. Milano, Ord., 17 settembre 2012, Est. Lualdi; 22 settembre 2012, Est. Greco; 15 ottobre 2012, Est. Casella; Trib. Piacenza, Ord., 12 novembre 2012, Est. Picciau; Trib. Genova, Ord., 16 novembre 2012, Est. Barengli.

¹²⁶² Si pensi, a titolo esemplificativo, alla consulenza tecnica d'ufficio o alla prova delegata, o a tutte quelle variabili attività istruttorie che possono verificarsi nelle cause di licenziamento o di qualificazione del rapporto, come – ad esempio – il disconoscimento di scrittura privata o la presentazione di querela di falso. Cfr., tra gli altri, Scognamiglio (2013). Si segnala, poi, come si sia anche affermato in giurisprudenza (cfr., ad esempio, Trib. Taranto, Ord., 30 novembre 2012, Est. Magazzino) che, nella fase a cognizione sommaria del nuovo rito per l'impugnazione dei licenziamenti di cui alla l. 28 giugno 2012, n. 92, le domande riconvenzionali e le domande di garanzia e/o di risarcimento danni formulate dal convenuto nei confronti delle altre parti, ancorché basate su fatti costitutivi identici a quelli che fondano la domanda di reintegrazione nel posto di lavoro, sono inammissibili, ma possono essere riproposte nell'eventuale fase di opposizione. Nello stesso senso v., anche, Trib. Bari, Ord., 15 ottobre 2013, Est. Colucci.

¹²⁶³ Cfr. Trib. Bologna, Ord., 27 novembre 2012, Est. De Meo; Trib. Milano, Ord., 19 giugno 2013, Est. Buffone; 11 luglio 2013, Est. Crugnola.

¹²⁶⁴ Cfr. Trib. Milano, Sentenza, 15 febbraio 2013, Est. Greco; 17 maggio 2013, Est. Vilardo; 17 maggio 2013, Est. Scarzella; Trib. Siena, Sentenza, 16 agosto 2013, Est. Cammarosano.

¹²⁶⁵ Cfr. App. Bologna 23 aprile 2013, Est. Brusati; 21 maggio 2013, Est. Brusati; App. Brescia 19 settembre 2013, Est. Nuovo; App. Milano 10 aprile 2013, Est. Pattumelli; 23 maggio 2013, Est. Cincotti; 3 giugno 2013, Est. Sbordone; 13 dicembre 2013, Est. Pizzi.

¹²⁶⁶ Per nessuno dei provvedimenti di Corte d'appello analizzati è stato possibile risalire alla data di effettiva proposizione del ricorso, per stabilire la durata esatta del giudizio a quella fase.

previgente alla riforma anche laddove si esperiscano le ulteriori fasi di giudizio, successive a quella sommaria.

ii) Rapporti con i giudizi connessi. Un profilo particolarmente critico sono risultati i rapporti con i giudizi connessi¹²⁶⁷. Nelle cause nelle quali si impugna il licenziamento è, infatti, frequentissima la proposizione di domande plurime (come, ad esempio, la domanda subordinata di pagamento del trattamento di fine rapporto o dell'indennità sostitutiva del preavviso). Con l'entrata in vigore del rito Fornero tali domande devono essere trattate separatamente da quella di licenziamento, comportando delle duplicazioni di controversie finora introdotte unitariamente, nonché il sorgere di delicatissimi problemi di rapporti tra procedimenti¹²⁶⁸. Si consideri che solo nel campione di provvedimenti che hanno definito la fase sommaria, tale duplicazione si è verificata in circa il 40 per cento dei casi (57 su 148).

Si tratta chiaramente di conseguenze contrarie agli intenti del legislatore e dalle quali la giustizia del lavoro potrebbe risultare ulteriormente appesantita.

iii) Orientamenti interpretativi contrastanti. L'analisi delle linee guida adottate dalle sedi giudiziarie di Firenze, Monza, Rieti e Venezia e del campione di decisioni rese in materia dai giudici del lavoro segnala l'emergere di orientamenti profondamente contrastanti (anche all'interno del medesimo Tribunale) su aspetti di rilievo significativo (cfr. Tav. 3 in Appendice), confermando le perplessità già sollevate in tal senso in ambito dottrinario¹²⁶⁹.

In primo luogo, la giurisprudenza è divisa circa la facoltatività o meno del rito Fornero. Sebbene la maggior parte dei Tribunali (Bari, Bologna, Foggia, Genova, Mantova, Milano, Monza, Perugia, Reggio Calabria, Rieti, Torino, Venezia, Vicenza)¹²⁷⁰ ritenga che il ricorso al rito Fornero per l'impugnazione dei licenziamenti ex art. 18 dello Statuto dei lavoratori sia obbligatorio, non mancano

¹²⁶⁷ Infatti, si è configurato un procedimento con regole speciali all'interno del processo lavoro, che – peraltro – già di per sé costituisce un rito speciale. Sotto questo profilo la legge si pone in controtendenza con l'esigenza, largamente sentita, di ridurre il numero dei procedimenti speciali (proliferati a dismisura negli ultimi tempi) e di semplificare i riti, che ha portato il legislatore – meno di un anno prima – a emanare il d.lgs. 1° settembre 2011, n. 150 (*"Disposizioni complementari al codice di procedura civile in materia di riduzione e semplificazione dei procedimenti civili di cognizione, ai sensi dell'art. 54 della legge 18 giugno 2009, n. 69 – Semplificazione dei riti"*). Infatti, negli ultimi anni il sistema della giustizia civile era stato interessato dall'introduzione episodica, in alternativa al giudizio di cognizione ordinaria, di numerosi riti speciali, a seconda del tipo di materia da trattare (fallimentare, giuslavoristica, locatizia e così via) che – lungi dal migliorare le *performance* del sistema della giustizia civile – avevano ridotto l'agilità nella gestione e nella conclusione dei processi, determinando l'insorgere di numerose questioni di rito, la cui risoluzione era prodromica all'esame nel merito delle controversie (in proposito cfr. Costantino (2005); Proto Pisani (2006); Giorgiantonio (2010)). Con il d.lgs. 1° settembre 2011, n. 150 si è cercato di ovviare a tali criticità, disponendosi la riconduzione dei vari riti speciali esperibili nel processo di cognizione a tre principali tipologie: *i*) rito di cognizione ordinaria, *ii*) rito del lavoro e *iii*) rito di cognizione sommaria.

¹²⁶⁸ Cfr. De Angelis (2012); Tosi (2012); Dalfino (2013).

¹²⁶⁹ Cfr., tra gli altri, Barbieri e Dalfino (2013); Scognamiglio (2013); Rivero (2013); Stanchi (2013); Leone e Torrice (2012); Curzio (2012); De Angelis (2012); Mazzotta (2012); Tosi (2012).

¹²⁷⁰ Cfr. Trib. Genova, Ord., 9 gennaio 2013, Est. Ravera; Trib. Terni, Ord., 14 dicembre 2012, Est. Piantadosi; Trib. Perugia, Ord., 8 ottobre 2012, Est. Gambaracci; 23 ottobre 2012, Est. Medoro; 9 novembre 2012, Est. Medoro; 15 gennaio 2013, Est. Claudiani; Trib. Mantova, Ord., 28 settembre 2012, Est. Bettini; Trib. Roma, Ord., 14 marzo 2013; Trib. Voghera, Ord., 18 marzo 2013, Est. Dossi; Trib. Bologna, Ord., 25 settembre 2012, Est. Coco; Trib. Torre Annunziata, Ord., 8 febbraio 2013, Est. Rocco; Trib. Padova, Ord., 7 febbraio 2013, Est. Dosi; Trib. Rieti, linee guida; Trib. Torre Annunziata, Ord., 5 dicembre 2012, Est. Rizzo; Trib. Reggio Calabria, Ord., 6 febbraio 2013, Sicari; Trib. Foggia, Ord., 23 maggio 2013, Est. Di Pumpo; Trib. Milano, Ord., 24 dicembre 2012, Est. Perillo; Trib. Vicenza, Ord., 4 marzo 2013, Est. Bianchi; Trib. Bari, Ord., 26 novembre 2012, Est. Mastrorilli; 29 novembre 2012, Est. Calia; 7 gennaio 2013, Est. Calia; 14 gennaio 2013, Est. Vernia; 22 marzo 2013, Est. Tarantino; 23 marzo 2013, Est. Tarantino. V., però, *contra* Trib. Bari, Ord., 19 giugno 2013, Est. Colucci.

sedi secondo le quali tale ricorso sarebbe meramente facoltativo. È questo il caso del Tribunale di Firenze, che – con le linee guida approvate il 17 ottobre 2012 – ne ha espressamente sancito la facoltatività¹²⁷¹. Anche il Tribunale di Napoli, in alcuni provvedimenti, ha affermato la facoltatività di tale rito¹²⁷². Altre sedi giudiziarie (Piacenza e Roma), poi, hanno affermato che – in presenza di un accordo tra le parti – la fase sommaria del rito Fornero può essere omessa, per passare direttamente alla fase a cognizione piena¹²⁷³.

Altro profilo controverso è rappresentato dalla sorte del giudizio, laddove la parte chieda la tutela reale e – invece – il giudice ritenga che vi siano solo i presupposti per la tutela obbligatoria (vale a dire, quando emerga che il datore di lavoro non ha più di 15 dipendenti e, come tale, non è soggetto all'applicazione dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori). Infatti, secondo alcune sedi giudiziarie (Arezzo, Bari, Forlì, Napoli, Perugia, Reggio Calabria, Rieti, Venezia), bisognerebbe convertire il rito Fornero in rito ordinario¹²⁷⁴; secondo altre (Bologna, Padova, Siracusa) si applicherebbe comunque il rito Fornero¹²⁷⁵; secondo altre ancora (Firenze, Monza, Torino), la domanda sarebbe inammissibile senza conversione del rito (e, quindi, bisognerebbe instaurare *ex novo* il giudizio)¹²⁷⁶.

La giurisprudenza appare divisa anche in ordine all'esatta individuazione delle controversie che rientrano nel rito speciale in quanto abbiano ad oggetto la "qualificazione del rapporto"¹²⁷⁷. Secondo alcune sedi (Milano, Roma), infatti, non rientrano in questa definizione le controversie per le quali si chieda la costituzione del rapporto di lavoro alle dipendenze di un soggetto diverso da quello che formalmente è datore di lavoro (per esempio, appalto o somministrazione)¹²⁷⁸; rientrano – invece – nella nozione (e, quindi, nel nuovo rito) le controversie nelle quali le parti del rapporto coincidano con quelle della controversia (per esempio, causa avente a oggetto la trasformazione in lavoro subordinato di un contratto autonomo). Questa lettura sembra, tuttavia, poco condivisa in altre sedi (Genova), che stanno trattando sulla base del rito Fornero anche

¹²⁷¹ Osservando che "sarebbe illogico obbligare la parte, che eventualmente abbia più istanze di tutela, a proporre più cause moltiplicando i processi".

¹²⁷² Cfr. Trib. Napoli, Sentenza, 25 settembre 2013, Est. Coppola.

¹²⁷³ Cfr. Trib. Piacenza, Ord., 16 gennaio 2013, Est. Picciau; Trib. Roma, Ord., 28 novembre 2012, Est. Sorgi; 13 febbraio 2013, Est. Pucci.

¹²⁷⁴ Trib. Arezzo, Ord., 22 novembre 2012, Est. Salcerini; Trib. Bari, Ord., 26 novembre 2012, Est. Mastrorilli; 7 gennaio 2013, Est. Calia; 15 gennaio 2013, Est. Colucci; 23 marzo 2013, Est. Tarantino; 28 maggio 2013, Est. Vernia; 18 giugno 2013, Est. Ariola; 19 giugno 2013, Est. Colucci; Trib. Venezia, linee guida; Trib. Reggio Calabria, Ord., 19 novembre 2012, Est. Morabito; Trib. Rieti, linee guida; Trib. Forlì, Ord., 14 dicembre 2012, Est. Angelini; Trib. Napoli, Ord., 26 ottobre 2012, Est. Spina.

¹²⁷⁵ Cfr. Trib. Bologna, Ord., 22 marzo 2013, Est. Sorgi; Trib. Padova, Ord., 16 ottobre 2012, Est. Perrone; Trib. Siracusa, Ord., 24 dicembre 2012.

¹²⁷⁶ Cfr. linee guida del Tribunale di Monza; Trib. Torino, Ord., 26 gennaio 2013, Est. Fierro; Trib. Firenze, linee guida approvate il 17 ottobre 2012.

¹²⁷⁷ A mente dell'art. 1, comma 47, della riforma Fornero, il nuovo rito è applicabile alle controversie aventi a oggetto l'impugnativa dei licenziamenti nelle ipotesi regolate dall'art. 18 della l. 20 maggio 1970, n. 300, anche quando devono essere risolte "questioni relative alla qualificazione del rapporto di lavoro".

¹²⁷⁸ Cfr. Trib. Milano, Ord., 5 ottobre 2012, Est. Scarzella; 25 ottobre 2012, Est. Scarzella; 27 marzo 2013, Est. Casella; Trib. Roma, Ord., 31 ottobre 2012, Est. Vetrutto.

contenziosi relativi all'imputazione dei rapporti di lavoro in capo a terzi, senza eccepire la loro inammissibilità¹²⁷⁹.

Si registrano significative oscillazioni, poi, per quel che concerne la sorte processuale delle domande che, pur non rientrando nell'ambito di applicazione del rito Fornero, siano state comunque introdotte con tale rito. Secondo un primo orientamento interpretativo (sedi giudiziarie di Arezzo, Firenze, Foggia, Frosinone, Milano, Monza, Torino), infatti, tali domande sarebbero inammissibili, con necessità – quindi – di proporre, in relazione alle stesse, un altro ricorso (secondo le modalità del rito "ordinario" del lavoro)¹²⁸⁰. Altre sedi (Genova, Napoli, Palermo, Perugia, Piacenza, Rieti, Taranto, Venezia) consentono il "passaggio" al rito del lavoro, optando per la c.d. conversione del rito¹²⁸¹, senza necessità – pertanto – di proporre un nuovo ricorso¹²⁸². Del tutto peculiare la posizione dei Tribunali di Bari, di Roma e di Palermo, nell'ambito dei quali si registrano pronunzie sia in un senso (inammissibilità), sia nell'altro (conversione del rito)¹²⁸³.

Altra questione piuttosto controversa è la possibilità per lo stesso giudice di definire sia la fase necessaria a carattere sommario, sia quella eventuale a cognizione piena: si evidenzia, infatti, un *trade-off* tra esigenze di speditezza ed economia processuale, che militerebbero a favore della trattazione di entrambe le fasi da parte dello stesso giudice, e il principio di terzietà del magistrato giudicante, declinato anche dall'art. 52, comma 1, n. 4, c.p.c., che impone al giudice di astenersi se ha conosciuto della stessa causa come magistrato "in altro grado del processo"¹²⁸⁴. Alcune sedi

¹²⁷⁹ Cfr. Trib. Genova, Ord., 21 novembre 2012, Est. Parodi.

¹²⁸⁰ Cfr. Trib. Milano, Ord., 1 ottobre 2012, Est. Lualdi; 2 ottobre 2012, Est. Gasparini; 5 ottobre 2012, Est. Scarzella; 5 ottobre 2012, Est. Perillo; 6 ottobre 2012; 15 ottobre 2012, Est. Gasparini; 15 ottobre 2012, Est. Porcelli; 16 ottobre 2012, Est. Lualdi; 18 ottobre 2012, Est. Taraborrelli; 22 ottobre 2012, Est. Mariani; 23 ottobre 2012; 23 ottobre 2012, Est. Colosimo; 25 ottobre 2012, Est. Scarzella; 22 novembre 2012; 28 marzo 2013, Est. Lualdi; Trib. Firenze, linee guida del 17 ottobre 2012; Trib. Arezzo, Ord., 22 novembre 2012, Est. Salcerini; Trib. Torino, Ord., 16 novembre 2012, Est. Fierro; 26 gennaio 2013, Est. Fierro; Trib. Monza, linee interpretative approvate il 30 ottobre 2012; Trib. Foggia, Ord., 16 ottobre 2012, Est. Mancini; Trib. Frosinone, Ord., 4 dicembre 2013, Est. Gregori. L'azione intrapresa con il nuovo rito, anche se inammissibile, purché tempestivamente attuata, è idonea a impedire la decadenza di cui all'art. 32 del Collegato Lavoro.

¹²⁸¹ Applicando analogicamente l'art. 4 del d.lgs. 1° settembre 2011, n. 150. In caso di cumulo di domande (vale a dire, quando solo alcune delle domande proposte dalla parte possono essere trattate con il rito Fornero), il giudice dovrebbe prima disporre la separazione delle domande, stabilendo la formazione di un nuovo fascicolo di ufficio e una nuova iscrizione a ruolo per le domande separate; nella stessa ordinanza dovrebbe, poi, disporre la conversione del rito (fissando l'udienza ex art. 420 c.p.c.).

¹²⁸² Cfr. Trib. Genova, Ord., 29 gennaio 2013, Est. Ravera; Trib. Venezia, linee guida; Trib. Bologna, Ord., 5 dicembre 2012, Est. Marchesini; Trib. Palermo, Ord., 15 gennaio 2013, Est. Barone; Trib. Piacenza, Ord., 19 novembre 2012, Est. Picciau; 16 gennaio 2013, Est. Picciau; Trib. Rieti, linee guida; Trib. Taranto, Ord., 30 novembre 2012, Est. Magazzino; Trib. Siracusa, Ord., 4 giugno 2013, Est. Parisi.

¹²⁸³ Cfr., nel senso dell'inammissibilità, Trib. Bari, Ord., 15 ottobre 2013, Est. Colucci; Trib. Roma, Ord., 31 ottobre 2012, Est. La Marra; 8 novembre 2012; 14 gennaio 2013, Est. Valle; 14 gennaio 2013, Est. Nunziata; 20 febbraio 2013, Est. Redavid; Trib. Palermo, Ord., 11 aprile 2013, Est. Soffientini. Per la conversione del rito v., invece, Trib. Bari, Ord., 7 gennaio 2013, Est. Calia; 14 gennaio 2013, Est. Vernia; 14 gennaio 2013, Est. Vernia; 15 gennaio 2013, Est. Colucci; 27 maggio 2013, Est. Vernia; Trib. Roma, Ord., 31 ottobre 2012, Est. Pucci; 12 novembre 2012, Est. Falato; 28 novembre 2012, Est. Sordi; 29 novembre 2012, Est. Barboncini; 21 febbraio 2013, Est. Leone; Trib. Palermo, Ord., 15 gennaio 2013, Est. Barone.

¹²⁸⁴ Come puntualizzato dalla Corte Costituzionale (cfr. sentenza 15 ottobre 1999, n. 387), "l'espressione «altro grado» non può avere un ambito ristretto al solo diverso grado del processo, secondo l'ordine degli uffici giudiziari, come previsto dall'ordinamento giudiziario, ma deve ricomprendere con un'interpretazione conforme a Costituzione anche la fase che, in un processo civile, si succede con carattere di autonomia, avente contenuto impugnatorio, caratterizzata (per la peculiarità del giudizio di opposizione di cui si discute) da pronuncia che attiene al medesimo oggetto e alle stesse valutazioni decisorie sul merito dell'azione proposta nella prima fase, ancorché avanti allo stesso organo giudiziario". Su questi temi si rinvia a Stanchi (2013); Tosi (2012); Dalfino (2013).

(Bologna, Genova, Monza, Piacenza, Rieti, Roma)¹²⁸⁵ prediligono le prime, argomentando la possibilità di trattazione da parte dello stesso giudice sulla base della diversità dell'oggetto della cognizione (nella prima fase meramente sommaria, nella seconda piena). Secondo altre sedi (Bari, Firenze, Siena, Torino, Venezia)¹²⁸⁶, invece, ciò sarebbe inammissibile, dato che lo stesso giudice non può trattare un procedimento attinente al medesimo oggetto considerato e alle stesse valutazioni espresse nella fase sommaria. Altre sedi ancora (Milano) registrano pronunzie sia in un senso, sia nell'altro¹²⁸⁷.

Molto variegati sono, infine, gli orientamenti circa la compatibilità o meno del rito Fornero con i provvedimenti cautelari e urgenti disciplinati dall'art. 700 c.p.c. Alcune sedi giudiziarie (Perugia, Ravenna, Roma, Santa Maria Capua Vetere)¹²⁸⁸ ammettono in linea di principio tale compatibilità. Altre sedi l'ammettono, purché – però – l'esame del requisito del *periculum* tenga conto del fatto che l'ordinamento mette a disposizione del lavoratore un rito, la cui fase sommaria si caratterizza per una particolare celerità (Firenze, Venezia)¹²⁸⁹ o solo in presenza di un *periculum in mora* particolarmente stringente (Bari, Forlì, Rossano, Torino)¹²⁹⁰. Altre sedi (Bologna, Lecce, Milano, Monza), infine, ritengono il nuovo rito Fornero incompatibile con la tutela d'urgenza ex art. 700 c.p.c., in virtù dell'esclusività ed esaustività del primo procedimento¹²⁹¹.

Come già segnalato (cfr. par. 4.1), a causa delle lungaggini giudiziarie e del disegno dei meccanismi procedurali di definizione dei conflitti interpretativi insorti in sede giurisprudenziale, tali questioni potrebbero non trovare rapidamente una composizione da parte della giurisprudenza della Suprema Corte di Cassazione, nell'esercizio della propria funzione di uniforme interpretazione del diritto.

In sintesi, i primi riscontri disponibili circa il funzionamento del rito Fornero sembrano testimoniare una parziale accelerazione dei giudizi sui licenziamenti individuali in linea con le finalità della riforma. Tuttavia, tale accelerazione si sta verificando a fronte di una consistente duplicazione di giudizi prima introdotti unitariamente (circa il 40 per cento dei casi), con inevitabile ulteriore appesantimento della giustizia del lavoro, che versa già in condizioni critiche. Inoltre, come già evidenziato in relazione al nuovo art. 18, si segnala l'emergere di orientamenti interpretativi profondamente contrastanti (anche all'interno del medesimo Tribunale) su aspetti di rilievo significativo

¹²⁸⁵ Cfr. Trib. Piacenza, Ord., 12 novembre 2012, Est. Picciau; Trib. Bologna, Ord., 27 novembre 2012, Est. De Meo; Trib. Monza, linee interpretative.

¹²⁸⁶ Cfr. Trib. Firenze, linee guida; Trib. Venezia, linee guida; Trib. Siena, Sentenza, 16 agosto 2013, Est. Cammarosano, che ha rimesso la questione alla Corte Costituzionale.

¹²⁸⁷ Cfr. Trib. Milano, Ord., 17 settembre 2012, Est. Lualdi; 19 giugno 2013, Est. Buffone; Sentenza, 17 maggio 2013, Est. Scarzella; Ord., 11 ottobre 2013, Est. Bichi secondo le quali lo stesso giudice potrebbe trattare entrambe le fasi. *Contra v.*, però, Trib. Milano, Ord., 11 luglio 2013; App. Milano 13 dicembre 2013, Est. Pizzi secondo le quali il giudice che ha deciso la fase sommaria dovrebbe astenersi da quella a cognizione piena.

¹²⁸⁸ Cfr., ad esempio, Trib. Ravenna, Ord., 18 marzo 2013, Est. Rivero; Trib. Santa Maria Capua Vetere, Ord., 12 febbraio 2013, Est. Cervelli.

¹²⁸⁹ Cfr. Trib. Firenze, linee guida del 17 ottobre 2012.

¹²⁹⁰ Cfr., Trib. Bari, Ord., 17 ottobre 2012, Est. Tarantino; Trib. Rossano, Ord., 5 novembre 2012, Est. Manera; Trib. Forlì, Ord., 19 dicembre 2012, Est. Angelini.

¹²⁹¹ Cfr. Trib. Bologna, Ord., 25 settembre 2012, Est. Coco; Trib. Monza, linee interpretative del 30 ottobre 2012; Trib. Lecce, Ord., 27 novembre 2012, Est. Ferreri. *V.*, però, Trib. Lecce, Ord., 20 dicembre 2012, Est. Santo, che fa riferimento alla sussistenza di un *periculum in mora* particolarmente stringente.

nell'applicazione del nuovo procedimento, con conseguente aumento dell'incertezza e dell'instabilità del quadro normativo.

5. Possibili implicazioni di *policy*

L'analisi effettuata suggerisce, pur a fronte di alcuni esiti coerenti con le finalità della riforma, l'esistenza di criticità non esclusivamente riconducibili a problemi di iniziale implementazione e messa a regime delle nuove norme, che potrebbero limitare l'efficacia in concreto delle misure adottate e aumentare la complessità del sistema. Per mitigare tali problematiche potrebbero essere considerati gli interventi di seguito indicati.

i) Adeguato monitoraggio delle misure introdotte. È fondamentale assicurare un adeguato monitoraggio degli effetti della riforma. Accanto alle iniziative già intraprese dal Ministero del Lavoro e delle Politiche sociali e dal Ministero della Giustizia, in ottemperanza a quanto previsto dall'art. 1, comma 2, della l. 28 giugno 2012, n. 92¹²⁹², sarebbe importante assicurare una maggiore trasparenza e accessibilità dei provvedimenti emanati dai singoli Tribunali, attraverso – ad esempio – la creazione di banche dati *on line* che, come già realizzato nell'ambito della giustizia amministrativa¹²⁹³, rendano pubblicamente consultabili i provvedimenti adottati, consentendo – tra le altre cose – l'individuazione più immediata dei profili controversi.

Sarebbe, altresì, auspicabile il rafforzamento dei canali di comunicazione istituzionale tra gli uffici giudiziari e i Ministeri competenti (quello della Giustizia e quello del Lavoro e delle Politiche sociali), in particolare dei flussi informativi concernenti le tipologie e i dati quantitativi relativi al contenzioso, al fine – tra l'altro – di segnalare le caratteristiche dei giudizi in essere e gli aspetti più problematici.

ii) Superamento dei contrasti interpretativi. Al fine di ridurre l'incertezza che sta caratterizzando l'applicazione della riforma, si potrebbero introdurre dei chiarimenti, in alcuni casi sul piano legislativo, in altri attraverso circolari interpretative dei Ministeri competenti, per assicurare soluzioni uniformi, quanto meno relativamente alle principali questioni oggetto di contrasto in precedenza segnalate.

In particolare, per quel che concerne l'applicazione del nuovo art. 18 dello Statuto dei lavoratori, con riferimento al licenziamento per ragioni economiche, potrebbe essere chiarito che il mancato assolvimento dell'obbligo di *repechage* non comporta la tutela reintegratoria; relativamente al licenziamento per motivi disciplinari, potrebbero circoscriversi le possibilità da parte del giudice di ricorso alle previsioni del contratto collettivo nazionale del lavoro per accordare la tutela reintegratoria, prevedendo – in particolare – che la condotta per la quale è prevista una sanzione conservativa debba essere espressamente tipizzata dal CCNL.

¹²⁹² A mente del quale, "al fine di monitorare lo stato di attuazione degli interventi e delle misure di cui alla presente legge e di valutarne gli effetti sull'efficienza del mercato del lavoro, sull'occupabilità dei cittadini, sulle modalità di entrata e di uscita nell'impiego, è istituito presso il Ministero del lavoro e delle politiche sociali, in collaborazione con le altre istituzioni competenti, un sistema permanente di monitoraggio e valutazione basato su dati forniti dall'Istituto nazionale di statistica (ISTAT) e da altri soggetti del Sistema statistico nazionale (Sistan). Al sistema concorrono altresì le parti sociali attraverso la partecipazione delle organizzazioni maggiormente rappresentative sul piano nazionale dei datori di lavoro e dei lavoratori".

¹²⁹³ Cfr. <http://www.giustizia-amministrativa.it/>.

iii) *Misure correttive del nuovo rito speciale.* Per mitigare le criticità emerse andrebbe, poi, valutata l'opportunità di introdurre alcune misure correttive del nuovo procedimento speciale. In primo luogo, andrebbe valutata l'eliminazione della fase sommaria del rito Fornero, che rischia di portare a 4 i gradi di giudizio (ricorso in fase sommaria, opposizione nella fase a cognizione piena, reclamo in appello e ricorso in cassazione), con contestuale immediato accesso alla fase a cognizione piena. La finalità acceleratoria propria della fase sommaria del rito Fornero potrebbe essere ugualmente perseguita con un ampliamento delle possibilità di ricorso alla tutela cautelare atipica, che consente di assicurare provvisoriamente gli effetti della decisione sul merito¹²⁹⁴. Tale forma di tutela accelerata può, infatti, essere richiesta congiuntamente nell'ambito del ricorso principale che introduce la causa a cognizione piena, senza necessità della doppia fase di giudizio. In questo modo, inoltre, si limiterebbero le dichiarazioni di inammissibilità o improcedibilità della domanda per i casi nei quali – pur invocandosi la tutela reintegratoria sulla base dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori – la controversia richieda accertamenti complessi, ad esempio relativi all'effettiva dimensione del datore di lavoro.

Tale modifica, da un lato, sarebbe in linea con alcune recenti interpretazioni giurisprudenziali, che hanno riconosciuto che la fase sommaria del rito Fornero può essere omessa, per passare direttamente alla fase a cognizione piena¹²⁹⁵; dall'altro, consentirebbe, di superare in radice buona parte dei contrasti interpretativi insorti tra i diversi Tribunali circa l'applicazione del nuovo rito, relativi in prevalenza ai rapporti tra fase sommaria e fase a cognizione piena¹²⁹⁶.

Sempre al fine di gestire in maniera più adeguata i casi di duplicazione dei giudizi andrebbe, altresì, considerata la previsione di meccanismi di raccordo tra il nuovo procedimento speciale e il processo ordinario, consentendo il "passaggio" da un rito all'altro (c.d. conversione del rito), laddove siano introdotte con il rito Fornero domande che andrebbero trattate con il rito del lavoro e viceversa, evitando la necessità di proporre un nuovo ricorso e i connessi ulteriori appesantimenti procedurali.

iv) *Ulteriori interventi deflattivi dei giudizi pendenti di fronte al giudice del lavoro.* Condivisibile appare, inoltre, la finalità di deflazionare il numero dei processi, attraverso l'introduzione di strumenti di risoluzione stragiudiziale delle (potenziali) controversie, quali la nuova procedura preventiva di conciliazione in caso di licenziamenti per giustificato motivo oggettivo. La congestione dei giudizi sembra rappresentare un aspetto fondamentale nel determinare l'eccessiva durata delle cause di lavoro¹²⁹⁷.

¹²⁹⁴ Prevedendo – ad esempio – che, per le controversie relative ai licenziamenti intimati sulla base dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori, la concessione dei provvedimenti atipici d'urgenza non sia subordinata alla sussistenza del requisito, previsto in via generale dall'art. 700 c.p.c., del pregiudizio imminente e irreparabile (c.d. *periculum in mora*) o che tale requisito possa essere valutato con minor rigore. Cfr. Vallebona (2007); Rivero (2013); Mazzotta (2012); Giorgiantonio (2012).

¹²⁹⁵ Cfr. Trib. Piacenza, Ord., 16 gennaio 2013, Est. Picciau; Trib. Roma, Ord., 28 novembre 2012, Est. Sorgi.

¹²⁹⁶ Si pensi, ad esempio, ai conflitti circa la possibilità per lo stesso giudice di decidere sia la fase sommaria, sia quella eventuale a cognizione piena o relativi alla compatibilità del nuovo rito con la richiesta dei provvedimenti d'urgenza ex art. 700 c.p.c.

¹²⁹⁷ Un'ulteriore disaggregazione dei dati, che consenta di catturare la durata per fasi processuali (in particolare, dall'iscrizione a ruolo della causa alla data della prima udienza e da quest'ultima data alla definizione della causa) e di separare il peso dei giudizi sui licenziamenti da quello delle altre cause di lavoro, è disponibile solo fino al 2006 (a partire dal 2007 l'ISTAT ha, infatti, cessato di effettuare tali rilevazioni). Tali evidenze segnalavano, in primo luogo, un intervallo molto lungo tra l'iscrizione a ruolo della causa e la data della

Potrebbero – dunque – essere presi in considerazione ulteriori interventi tesi a una più ampia razionalizzazione del contenzioso devoluto ai Tribunali del lavoro, specie per quel che concerne i giudizi in materia di previdenza e assistenza obbligatorie¹²⁹⁸, che sembrano influenzare in misura significativa la durata dei processi di fronte al giudice del lavoro (cfr. paragrafo 2). In tal senso, si potrebbero considerare: *a*) l'armonizzazione della disciplina delle procedure contenziose amministrative in materia previdenziale e la loro articolazione in un unico grado, anche attraverso l'uniformazione dei termini e il rafforzamento della fase istruttoria¹²⁹⁹; *b*) la condivisione con il sistema giustizia (limitatamente alle informazioni oggettive e neutrali) del patrimonio informatizzato di dati e notizie attinenti ai contenziosi già sviluppato dall'INPS; *c*) la creazione di un canale di comunicazione istituzionale verso i Ministeri competenti e gli uffici giudiziari, finalizzato – tra l'altro – alla segnalazione delle caratteristiche del contenzioso in essere¹³⁰⁰.

Inoltre, sarebbe opportuna l'effettiva implementazione e valorizzazione dell'arbitrato nelle controversie di lavoro, già previsto dal c.d. Collegato lavoro (l. 4 novembre 2010, n. 183, in particolare l'art. 31) e allo stato non ancora operativo¹³⁰¹.

6. Conclusioni

L'analisi teorica e le evidenze a oggi disponibili, limitate e preliminari data la recente entrata in vigore della riforma, mostrano – coerentemente con le finalità a essa sottese – una riduzione, seppur circoscritta, dell'ampiezza della tutela reintegratoria (che sta interessando soprattutto il licenziamento per giustificato motivo oggettivo) e una parziale accelerazione dei giudizi sui

prima udienza (nel 2006 più del 30 per cento dell'intera durata: 255 giorni su 805 di durata media a livello nazionale), effetto presumibilmente dell'elevato carico pendente, che si ripercuoteva negativamente sulla durata dei giudizi, fin dalle primissime fasi.

¹²⁹⁸ Negli ultimi anni l'INPS, in collaborazione con dieci tribunali, ha già realizzato interventi di riassetto organizzativo e funzionale per limitare il contenzioso e contrastare forme pretestuose di ricorso alla giustizia, emanando a ottobre 2011 – anche per consentire la piena operatività di alcuni strumenti introdotti dal legislatore con finalità deflattive del contenzioso in materia di previdenza e assistenza (cfr. l'art. 38, comma 1, del d.l. 6 luglio 2011, n. 98, convertito con modificazioni dalla l. 15 luglio 2011, n. 111 e l'art. 16, comma 9, del d.l. 9 febbraio 2012, n. 5, convertito con modificazioni dalla l. 4 aprile 2012, n. 35) – una circolare (11 ottobre 2011, n. 132, operativa dal 1° gennaio 2012) al fine di uniformare la gestione del contenzioso amministrativo e giudiziario in tutte le sue sedi secondo le prassi individuate con i dieci tribunali pilota. Essa punta – tra l'altro – a valorizzare *a*) il ricorso a procedure informatiche a fini di semplificazione e di una più efficace interazione fra la fase amministrativa e quella giudiziaria; *b*) la definizione più tempestiva dei ricorsi amministrativi e l'adozione di interventi in autotutela; *c*) iniziative di sviluppo formativo del personale amministrativo su conoscenze normative, operative e procedurali; *d*) la semplificazione delle relazioni tra le due unità organizzative centrali per la gestione del contenzioso amministrativo e giudiziario e le singole Avvocature dell'ente. Cfr. Giorgiantonio (2012).

¹²⁹⁹ Muovono in questa direzione, ad esempio, alcune delle proposte recate dal Progetto Foglia.

¹³⁰⁰ Ad esempio, la tempestiva segnalazione che una certa tipologia di cause sta crescendo in modo anomalo in particolari distretti può consentire alle istituzioni giudiziarie di reagire tempestivamente, almeno sotto il profilo organizzativo. La formalizzazione di tali flussi informativi concernenti le tipologie e i dati quantitativi relativi al contenzioso sarebbe particolarmente rilevante per prevenire il formarsi di cause seriali. Infatti, sulla base di iniziative opportunamente coordinate, in caso di controversie in materia di previdenza e assistenza obbligatorie, riguardanti anche potenzialmente un numero consistente di soggetti e aventi a oggetto questioni analoghe, da un lato, le amministrazioni interessate potrebbero promuovere incontri con i Ministeri competenti e anche con gli istituti di patronato che hanno fornito assistenza nelle medesime controversie, al fine di chiarire gli aspetti delle questioni in discussione e individuare, laddove possibile, ipotesi di soluzione. Inoltre, in un'ottica di valorizzazione della funzione di uniforme interpretazione del diritto svolta dalla Corte di Cassazione, tali informazioni potrebbero aiutare la Sezione filtro (istituita dalla l. 18 giugno 2009, n. 69 e deputata al vaglio dell'ammissibilità dei ricorsi presentati innanzi alla Suprema Corte di cassazione), che esamina – in buona sostanza – tutti i ricorsi che vengono presentati in cassazione, a individuare quelli che meritano una trattazione immediata, e – quindi – *in primis* quelli suscettibili di creare filoni di cause analoghe o seriali, contestualmente inviandoli alla Sezione competente, segnalandone l'urgenza nella definizione. È evidente come un intervento immediato della Corte, che statuisca sulla specifica tipologia di controversia prima che si formi il contenzioso seriale di fronte ai giudici di merito, potrebbe svolgere un'importante funzione deflattiva per le eventuali ulteriori cause. Cfr. Giorgiantonio (2012).

¹³⁰¹ Con esclusione dei giudizi relativi ai licenziamenti. Su questi temi si rinvia a Giorgiantonio (2011).

licenziamenti individuali. Tuttavia, evidenziano anche l'esistenza di aspetti di criticità, non esclusivamente riconducibili a problemi di iniziale implementazione e messa a regime delle nuove norme, che potrebbero limitare l'efficacia in concreto delle misure adottate e aumentare la complessità del sistema.

In particolare, si evidenzia un consistente aumento dell'incertezza e dell'instabilità del quadro normativo, dato l'emergere di orientamenti interpretativi contrastanti (anche all'interno del medesimo Tribunale) su aspetti di rilievo significativo, per quel che concerne sia l'applicazione del novellato art. 18 dello Statuto dei lavoratori, sia i profili procedurali del nuovo rito. Inoltre, si assiste a una duplicazione di giudizi prima introdotti unitariamente, con inevitabile ulteriore appesantimento della giustizia del lavoro.

È necessario un adeguato monitoraggio degli effetti della riforma, che assicuri una maggiore trasparenza e accessibilità delle informazioni relative al concreto funzionamento delle misure introdotte, anche attraverso la creazione di banche dati *on line* per la raccolta dei provvedimenti emanati dai singoli Tribunali, come già realizzato per la giustizia amministrativa. Sarebbe, altresì, auspicabile il rafforzamento dei canali di comunicazione istituzionale tra gli uffici giudiziari e i Ministeri competenti, al fine – tra l'altro – di segnalare le caratteristiche dei giudizi in essere e gli aspetti più problematici.

Per mitigare le criticità già emerse andrebbe, inoltre, considerata l'opportunità di:

- i) chiarire – a livello legislativo – le principali questioni oggetto di contrasto nell'interpretazione dei Tribunali;
- ii) eliminare la fase sommaria del nuovo rito speciale, con una contestuale valorizzazione del ricorso alla tutela cautelare atipica, e introdurre meccanismi di raccordo tra tale rito e il processo ordinario del lavoro;
- iii) garantire la deflazione dei giudizi pendenti di fronte al giudice del lavoro, in particolare tramite una decongestione dei processi in materia di assistenza e previdenza, la cui frequenza è spesso endemica.

Bibliografia

Albi, P. (2012), *Il licenziamento individuale per giustificato motivo oggettivo dopo la riforma Monti-Fornero*, in *Working papers del Centro studi di Diritto del Lavoro Europeo "Massimo D'Antona"*, n. 152.

Barbieri, M. e D. Dalfino (2013), *Il licenziamento individuale nell'interpretazione della legge Fornero*, Bari, 2013.

Bianco, M., S. Giacomelli, C. Giorgiantonio, G. Palumbo e B. Szëgo (2007), *La durata (eccessiva) dei procedimenti civili in Italia: offerta, domanda o rito?*, in *Rivista di politica economica*, vol. 97, fasc. 9-10, pp. 3-53.

BCE (2007), *Banca Centrale Europea – Bollettino mensile*, Gennaio.

BCE (2011), *Banca Centrale Europea – Bollettino mensile*, Settembre.

Caponi, R. (2012), *La corsia preferenziale per alcune cause di lavoro rallenta le altre in assenza delle adeguate risorse*, in *Guida al diritto* n. 18, 28 aprile.

- Carinci, F. (2013), *Il nodo gordiano del licenziamento disciplinare*, in *Il lavoro nella giurisprudenza*, n. 1, pp. 5-16.
- Carinci, F. (2012), *Il legislatore e il giudice: l'imprevidente innovatore e il prudente conservatore (in occasione di Trib. Bologna, ord., 15 ottobre 2012)*, in *Argomenti di diritto del lavoro*, n. 4-5, pp. 773-784.
- Carmignani, A. e S. Giacomelli (2009), *La giustizia civile in Italia: i divari territoriali*, in *Questioni di economia e finanza* n. 40, Banca d'Italia.
- Commissione Europea (2006), *Libro Verde – Modernizzare il diritto del lavoro per rispondere alle sfide del XXI secolo*, 22 novembre.
- Costantino, G. (2005), *Le riforme della giustizia civile nella XIV Legislatura*, in *Rivista di diritto processuale*, 15-36.
- Curzio, P. (2012), *Il nuovo rito per i licenziamenti*, in *Working papers del Centro studi di Diritto del Lavoro Europeo "Massimo D'Antona"*, n. 158.
- Dalfino, D. (2013), *L'impugnativa del licenziamento secondo il c.d. «rito Fornero»: questioni interpretative*, in *Foro italiano*, V, cc. 6-12.
- De Angelis, L. (2012), *Art. 18 dello Statuto dei lavoratori e processo: prime considerazioni*, in *Working papers del Centro studi di Diritto del Lavoro Europeo "Massimo D'Antona"*, n. 152.
- De Angelis, L. (2010), *Collegato lavoro e diritto processuale: considerazioni di primo momento*, in *Working papers del Centro studi di Diritto del Lavoro Europeo "Massimo D'Antona"*, n. 111.
- De Angelis, L. (2007), *Rilievi critici al Progetto Foglia di riforma del processo del lavoro*, in *Working papers del Centro studi di Diritto del Lavoro Europeo "Massimo D'Antona"*, n. 59.
- De Luca Tamajo, R. (2000), *La disciplina del licenziamento individuale tra conservazione «miope» e tentativi di riforma*, in *Il diritto del mercato del lavoro*, p. 517 e ss.
- Del Punta, R. (2013), *I problemi del nuovo art. 18*, mimeo.
- Del Punta, R. (2010), *Diritto del lavoro*, III ed., Milano.
- Elsby, M., B. Hobijn e A. Şahin (2009), *Unemployment Dynamics in the OECD*.
- Favalli, G. e F. Rotondi (2005), *Manuale pratico di diritto del lavoro*, II ed., Padova.
- Fornero, E. (2013), *Reforming labor markets: reflections of an economist who (unexpectedly) became the Italian Minister of Labor*, in *IZA Journal of European Labor Studies*, 2:20.
- Fraisse, H., F. Kramarz e C. Prost (2009), *Labor Court Inputs, Judicial Cases Outcomes and Labor Flows: Identifying Real EPL*, in *Working papers* n. 256, Banque de France.
- Galdon-Sanchez, J. e M. Guell (2000), *Let's go to court! Firing costs and dismissal conflicts*, in *Working Papers* n. 823, Princeton University, Department of Economics, Industrial Relations Section.
- Garibaldi P., L. Pacelli e A. Borgarello (2004), *Employment Protection Legislation and the Size of Firms*, in *Giornale degli Economisti e Annali di Economia*.

- Giorgiantonio, C. (2012), *Accelerazione dei giudizi sui licenziamenti: possibili linee di intervento*, mimeo, Banca d'Italia.
- Giorgiantonio, C. (2011), *Collegato Lavoro: il difficile equilibrio tra flessibilità e tutela del contraente debole*, mimeo, Banca d'Italia.
- Giorgiantonio, C. (2010), *Le riforme del processo civile italiano tra adversarial system e case management*, in *Questione giustizia*, n. 1, pp. 107-140.
- Hijzen, A., L. Mondauto e S. Scarpetta (2013), *The Perverse Effects of Job-security Provisions on Job Security in Italy: Results from a Regression Discontinuity Design*, in *OECD Social, Employment and Migration Working Papers*, n. 151
- Ichino, P. (2012), *La riforma dei licenziamenti e i diritti fondamentali dei lavoratori*, consultabile su <http://www.pietroichino.it/wp-content/uploads/2012/05/Licenziamenti-11V12.pdf>.
- Ichino, A., P. Ichino e M. Polo (1998), *L'influenza delle condizioni del mercato del lavoro regionale sulle decisioni dei giudici in materia di licenziamento*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, pp. 19-47.
- INPS (2011), *Relazione annuale del Presidente*, 25 maggio.
- Lambertucci, P. (2013), *La disciplina dei licenziamenti collettivi nella legge 28 giugno 2012, n. 92 in materia di riforma del mercato del lavoro: prime riflessioni*, in *Argomenti di diritto del lavoro*, pp. 242-263.
- Leone, M. e A. Torrice (2012), *Il nuovo processo per i licenziamenti ex art. 18 legge 18 maggio 1970 n. 300*, mimeo.
- Malanetto, P. (2007), *Crisi della giustizia del lavoro e prospettive di riforma del processo: l'apporto dell'analisi empirica. Il caso del Tribunale di Torino*, in *Diritto delle Relazioni Industriali*, p. 388 e ss.
- Marchesi, D. (2008), *L'enforcement delle regole. Problemi di efficienza della giustizia civile, riforme intraprese e riforme possibili*, in *I Temi dei Rapporti Trimestrali ISAE*.
- Mastrapasqua, A. (2010), *Intervento al XXX Congresso Associazione Nazionale Magistrati*, Roma, 26 novembre.
- Mazzotta, O. (2012), *I nodi irrisolti del nuovo art. 18 dello Statuto dei lavoratori*, in *Working papers del Centro studi di Diritto del Lavoro Europeo "Massimo D'Antona"*, n. 159.
- Panico, G. (2013), *Prime riflessioni sulle modifiche all'art. 18 e sul nuovo rito per i licenziamenti*, in *Il lavoro nella giurisprudenza*, n. 2, pp. 137-147.
- Perulli, A. (2012), *Fatto e valutazione giuridica del fatto nella nuova disciplina dell'art. 18 St. lav. Ratio e aporie dei concetti normativi*, in *Argomenti di diritto del lavoro*, pp. 785-802.
- Proto Pisani, A. (2006), *Dai riti speciali alla differenziazione del rito ordinario*, in *Foro italiano*, V, cc. 85-89.
- OCSE (2011a), *Rapporto Italia – Sintesi. Valutazioni e raccomandazioni*, www.oecd.org.
- OCSE (2011b), *Employment Outlook – L'Italia a confronto con altri paesi*, www.oecd.org.

Riverso, R. (2013), *Indicazioni operative sul rito Fornero (con una divagazione minima finale)*, in *Il lavoro nella giurisprudenza*, n. 1, pp. 17-23.

Riverso, R. (2012), *Alla ricerca del fatto nel licenziamento disciplinare*, mimeo.

Schivardi, F. e R. Torrini (2008), *Identifying the effects of firing restrictions through size-contingent differences in regulation*, in *Labour Economics*, fasc. 15, pp. 482-511.

Scognamiglio, P. (2013), *Le controversie di licenziamento nella riforma Fornero*, in *Guida al lavoro. Il Punto*, n. 2, marzo.

Stanchi, A. (2013), *Il processo, Lewis Carroll e il Rito Fornero: i diritti fondamentali della procedural due process law nello "sguardo di Alice"*, in *Il lavoro nella giurisprudenza*, n. 4, pp. 345-355.

Tosi, P. (2012), *L'improbabile equilibrio tra rigidità "in entrata" e flessibilità "in uscita" nella legge n. 92/2012 di riforma del mercato del lavoro*, in *Argomenti di diritto del lavoro*, n. 4-5, pp. 813-843.

Tursi, A. (2012), *Il nuovo articolo 18 post-riforma Fornero alla prima prova giudiziaria: una norma di applicazione impossibile?*, in *Diritto delle Relazioni Industriali*, n. 4, pp. 1133-1143.

Vallebona, A. (2012), a cura di, *L'ingiustificatezza qualificata del licenziamento*, in *Colloqui giuridici sul lavoro*, n. 1, dicembre.

Vallebona, A. (2007), *I disegni di riforma del processo del lavoro*, in *Diritto delle Relazioni Industriali*, p. 362 e ss.

Appendice

Tav. 1 – Disciplina dei licenziamenti prima e dopo la riforma

Tipologia di licenziamento	Disciplina prima della riforma	Disciplina dopo la riforma
<p><i>Licenziamento discriminatorio</i> (Si tratta del licenziamento a causa dell'attività sindacale, la partecipazione a uno sciopero, oppure dovuto a motivi politici, religiosi, razziali o di sesso)</p>	<p>L'art. 18 condannava il datore di lavoro (qualunque fosse il numero di dipendenti) alla riassunzione del dipendente, al risarcimento di un minimo di 5 mensilità e al versamento dei contributi arretrati.</p>	<p>La riforma non modifica la disciplina.</p>
<p><i>Licenziamento disciplinare</i> (Si tratta del licenziamento:</p> <ul style="list-style-type: none"> • per giusta causa, cioè condotte di particolare gravità che pregiudicano definitivamente il rapporto di fiducia tra azienda e lavoratore (ad es., il rifiuto di lavorare, l'insubordinazione, il furto in azienda, ecc.) o • per giustificato motivo soggettivo, cioè condotte meno gravi ma che rendono difficile la prosecuzione del rapporto di lavoro (ad es., violazioni disciplinari) 	<p>Quando il giudice riteneva che questi requisiti non sussistessero, dichiarava l'illegittimità del licenziamento e ordinava la reintegrazione del dipendente nel suo posto di lavoro.</p>	<p>I requisiti del licenziamento disciplinare restano sostanzialmente gli stessi. Ma se tali requisiti mancano – e dunque il licenziamento è illegittimo – invece che reintegrare il dipendente, il datore di lavoro è obbligato a un risarcimento economico pari alla retribuzione da 12 a 24 mesi. Se si accerta che il dipendente non ha commesso il fatto che ha dato origine al licenziamento o che esso è punito con una sanzione conservativa dal CCNL, il giudice dispone la reintegrazione e un'indennità pari alla retribuzione dovuta dal momento del licenziamento.</p>
<p><i>Licenziamento economico</i> (Si tratta del licenziamento per giustificato motivo oggettivo, cioè non dipendente dalla condotta del lavoratore ma da "ragioni inerenti all'attività produttiva" (ad es., chiusura dell'attività, automazione della produzione, <i>outsourcing</i> ecc.)).</p>	<p>Anche in questo caso l'insussistenza del requisito valido faceva scattare la reintegrazione.</p>	<p>Come per i licenziamenti disciplinari, se il giudice stabilisce l'inesistenza dei presupposti, obbliga il datore di lavoro a un risarcimento da 12 a 24 mensilità. La reintegra è possibile in caso di manifesta insussistenza del fatto che ha determinato il licenziamento.</p>

Tav. 2 – Rito del lavoro: andamento dell'intera procedura in primo grado

	Termini ordi- nari (giorni)	Termini eventuali (giorni)	Totale (giorni)	
			<i>Solo termini ordinari</i>	<i>Termini ordinari ed eventuali</i>
Termine ordinario (tra il deposito del ricorso e la fissazione della prima udienza: art. 415, comma 3, c.p.c.)	60		60	60
Fissazione dell'eventuale udienza istruttoria (art. 420, comma 6, c.p.c.)		10		10
Fissazione dell'eventuale seconda udienza istruttoria (art. 420, comma 8, c.p.c.)		A discrezione del giudice		-
Deposito note difensive (art. 429, comma 2, c.p.c.)		10		10
Udienza di discussione e pronuncia della sentenza (art. 429, comma 2, c.p.c.)		Udienza immedia- tamente succes- siva alla scadenza del termine per il deposito delle note difensive		-
Deposito sentenza (art. 430 c.p.c.)	15		15	15
Totale (giorni)			75	95

Tav. 3 – Rito Fornero: andamento dell'intera procedura in primo grado

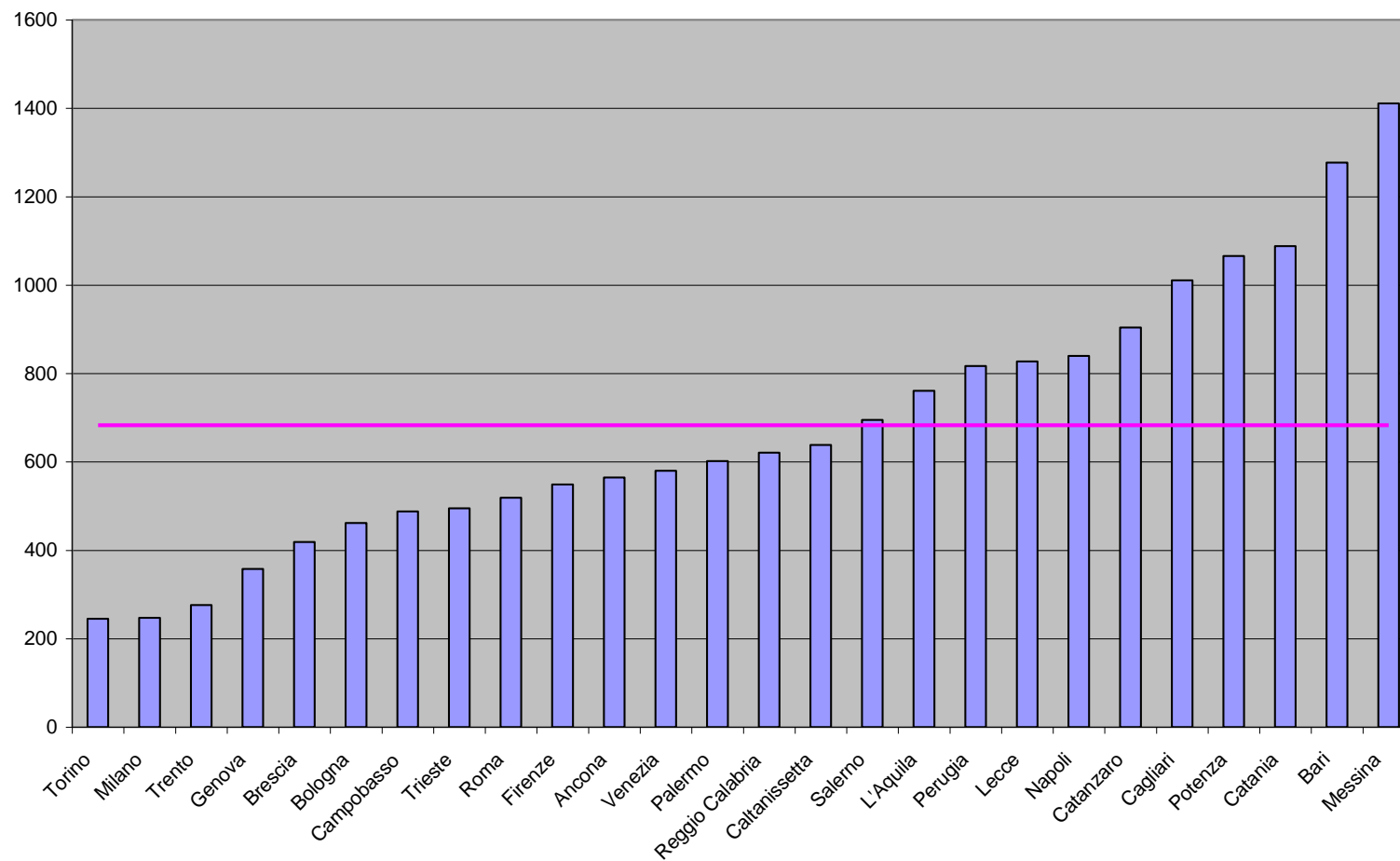
		Termini ordinari (giorni)	Termini eventuali (giorni)	Totale (giorni)	
				<i>Solo termini ordinari</i>	<i>Termini ordinari ed eventuali</i>
Fase necessaria (a carattere sommario)	Termine ordinario tra il deposito del ricorso e la fissazione della prima udienza (art. 1, comma 45, della l. 28 giugno 2012, n. 92)	40		40	40
	Fissazione dell'eventuale udienza istruttoria (art. 1, comma 49, della l. 28 giugno 2012, n. 92, che richiama l'art. 421 c.p.c.)		10		10
	Proposizione del ricorso in opposizione (termine decorrente dalla notifica del provvedimento o dalla sua comunicazione, se anteriore: art. 1, comma 51, della l. 28 giugno 2012, n. 92)	30		30	30
	Termine ordinario tra il deposito del ricorso e la fissazione della prima udienza (art. 1, comma 51, della l. 28 giugno 2012, n. 92)	60		60	60
Fase eventuale (a cognizione piena)	Fissazione dell'eventuale udienza istruttoria (art. 1, comma 49, della l. 28 giugno 2012, n. 92, che richiama l'art. 421 c.p.c.)		10		10
	Deposito note difensive (art. 1, comma 57, della l. 28 giugno 2012, n. 92)		10		10
	Udienza di discussione e pronuncia della sentenza (art. 1, comma 57, della l. 28 giugno 2012, n. 92)		Udienza immediatamente successiva alla scadenza del termine per deposito note difensive		-
	Deposito sentenza (art. 1, comma 57, della l. 28 giugno 2012, n. 92)	10		10	
Totale (giorni)				<i>Fase necessaria:40</i> <i>Fase eventuale: 100</i> <i>Entrambe le fasi:140</i>	<i>Fase necessaria:50</i> <i>Fase eventuale: 120</i> <i>Entrambe le fasi:170</i>

Tav. 4 – Rito Fornero: principali profili di contrasto

Tribunali	Obbligatorietà del ricorso al rito	Sorte del giudizio qualora emerga che il datore di lavoro non ha più di 15 dipendenti	Sorte processuale delle domande diverse da quelle proprie del rito introdotto	Possibilità di assegnare allo stesso giudice rito sommario e opposizione in I grado	Possibilità di ricorrere alla procedura d'urgenza (ex art. 700 c.p.c.)
Bari	Si (benché l'orientamento non sia univoco)	Conversione del rito Fornero in rito ordinario	Orientamenti contrastanti (in alcuni casi inammissibilità, in altri conversione del rito)	No	Si, però solo in presenza di un <i>periculum in mora</i> molto stringente
Bologna	Si	Si applica il rito Fornero	Conversione del rito Fornero in rito ordinario	Si	No
Firenze (linee guida)	No	Inammissibilità	Inammissibilità	No	Si, purché l'esame del requisito del <i>periculum</i> consideri che esiste un rito con fase sommaria di particolare celerità
Genova	Si	Conversione del rito Fornero in rito ordinario	Conversione del rito Fornero in rito ordinario	Si	Si, però solo in presenza di un <i>periculum in mora</i> molto stringente
Milano	Si	Conversione del rito Fornero in rito ordinario	Inammissibilità	Si	No
Monza (linee guida)	Si	Inammissibilità	Inammissibilità	Si	No
Perugia	Si	Conversione del rito Fornero in rito ordinario	Conversione del rito Fornero in rito ordinario	Si	Si, se ne ritiene l'astratta compatibilità
Rieti (linee guida)	Si	Conversione del rito Fornero in rito ordinario	Conversione del rito Fornero in rito ordinario	Si	Si, purché l'esame del requisito del <i>periculum</i> consideri che esiste un rito con fase sommaria di particolare celerità
Roma	Si (però, secondo alcuni giudici, in presenza di un accordo tra le parti la fase sommaria può essere omessa)	Orientamenti contrastanti (in alcuni casi inammissibilità, in altri conversione del rito)	Orientamenti contrastanti (in alcuni casi inammissibilità, in altri conversione del rito)	Si	Si, se ne ritiene l'astratta compatibilità
Torino	Si	Inammissibilità	Inammissibilità	No	Si, però solo in presenza di un <i>periculum in mora</i> molto stringente
Venezia (linee guida)	Si	Conversione del rito Fornero in rito ordinario	Conversione del rito Fornero in rito ordinario	No	Si, purché l'esame del requisito del <i>periculum</i> consideri che esiste un rito con fase sommaria di particolare celerità

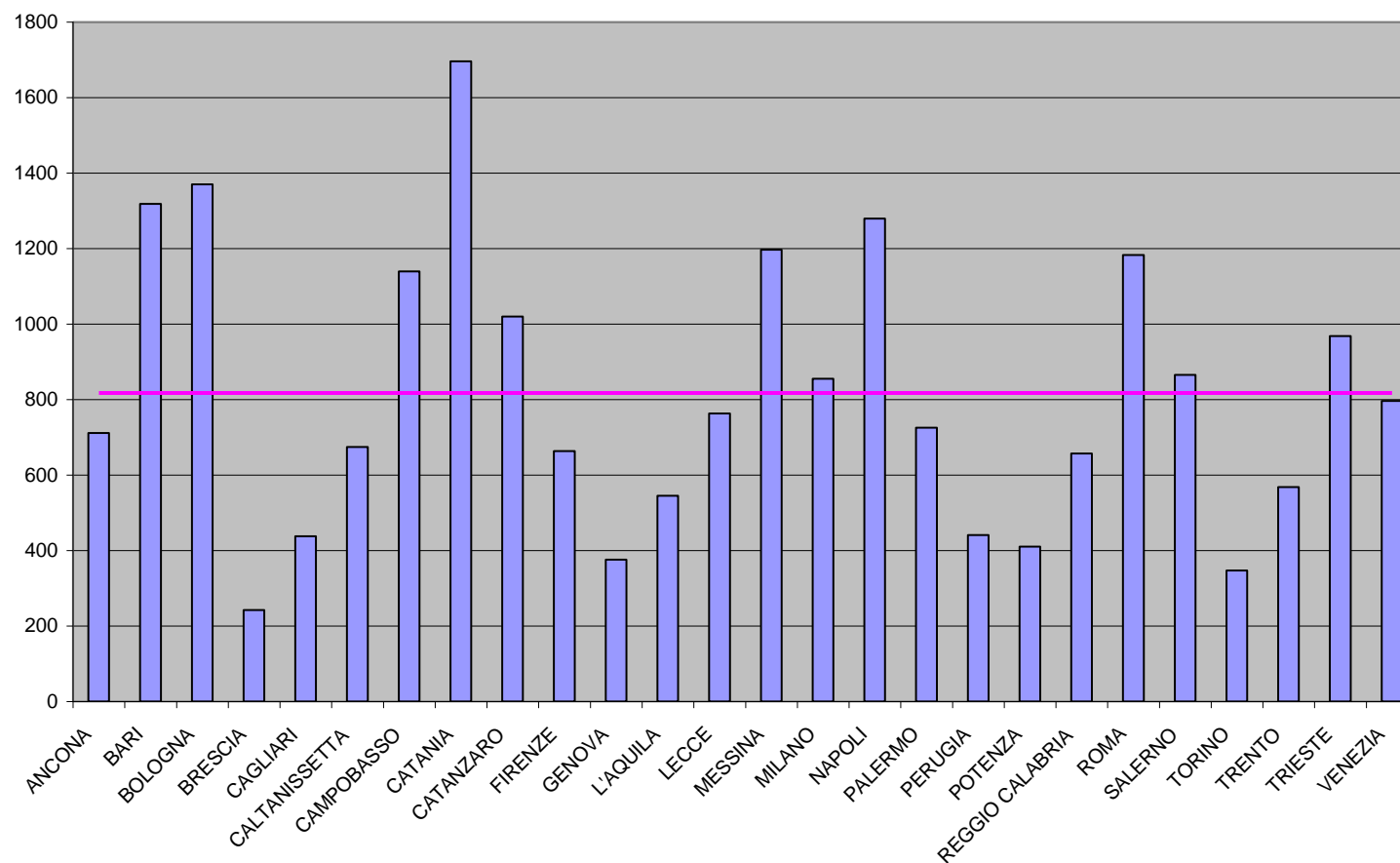
Note: sono stati presi in considerazione i Tribunali di dimensioni maggiori, per i quali si disponeva di un numero più consistente di provvedimenti o che avessero emanato linee guida.

Fig. 1 – Durata stimata dei processi in materia di lavoro (non pubblico impiego) nel 2011 (primo grado)



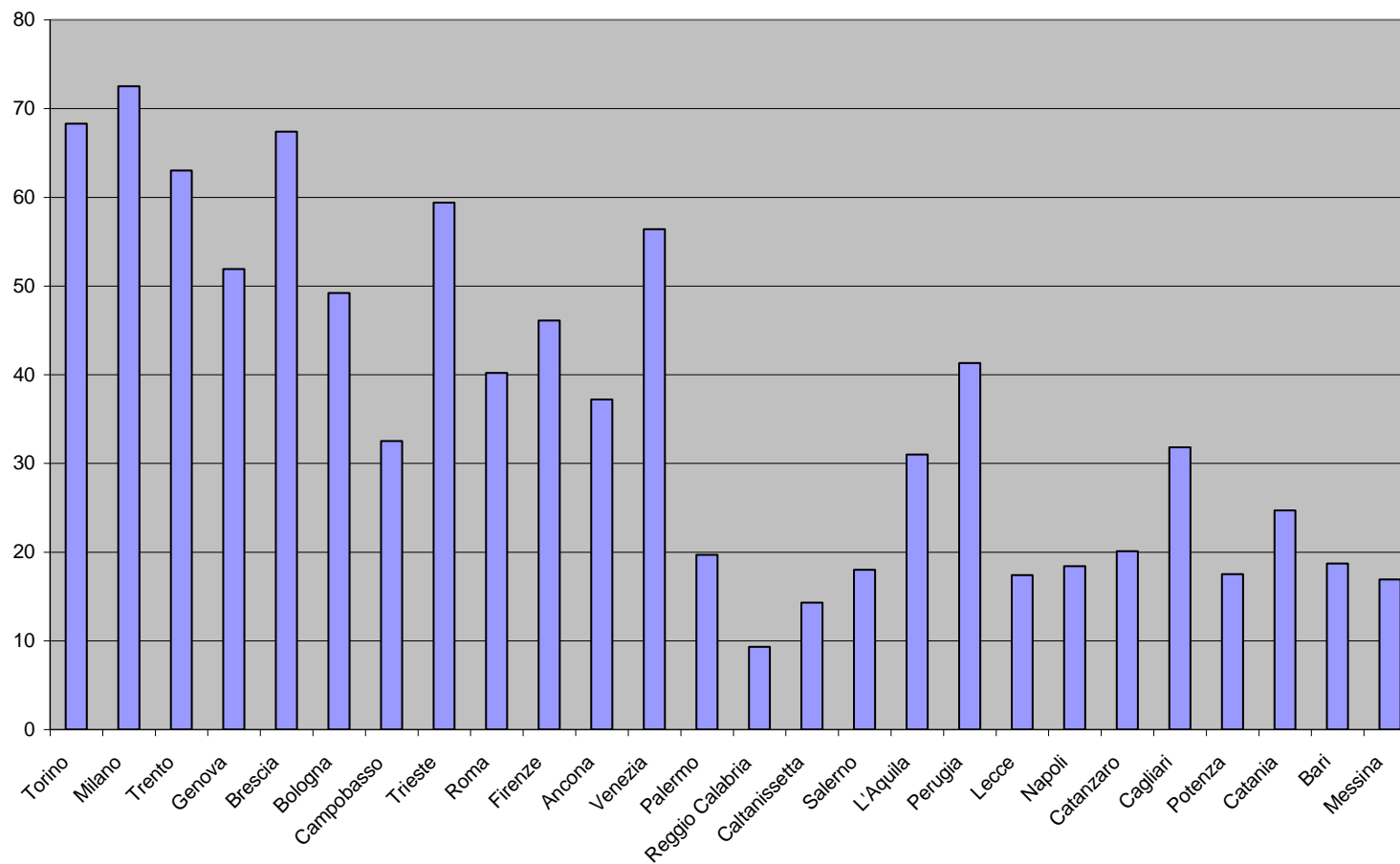
Fonte: elaborazioni su dati Ministero della Giustizia.

Fig. 2 – Durata stimata dei processi in materia di lavoro (non pubblico impiego) nel 2011 (secondo grado)



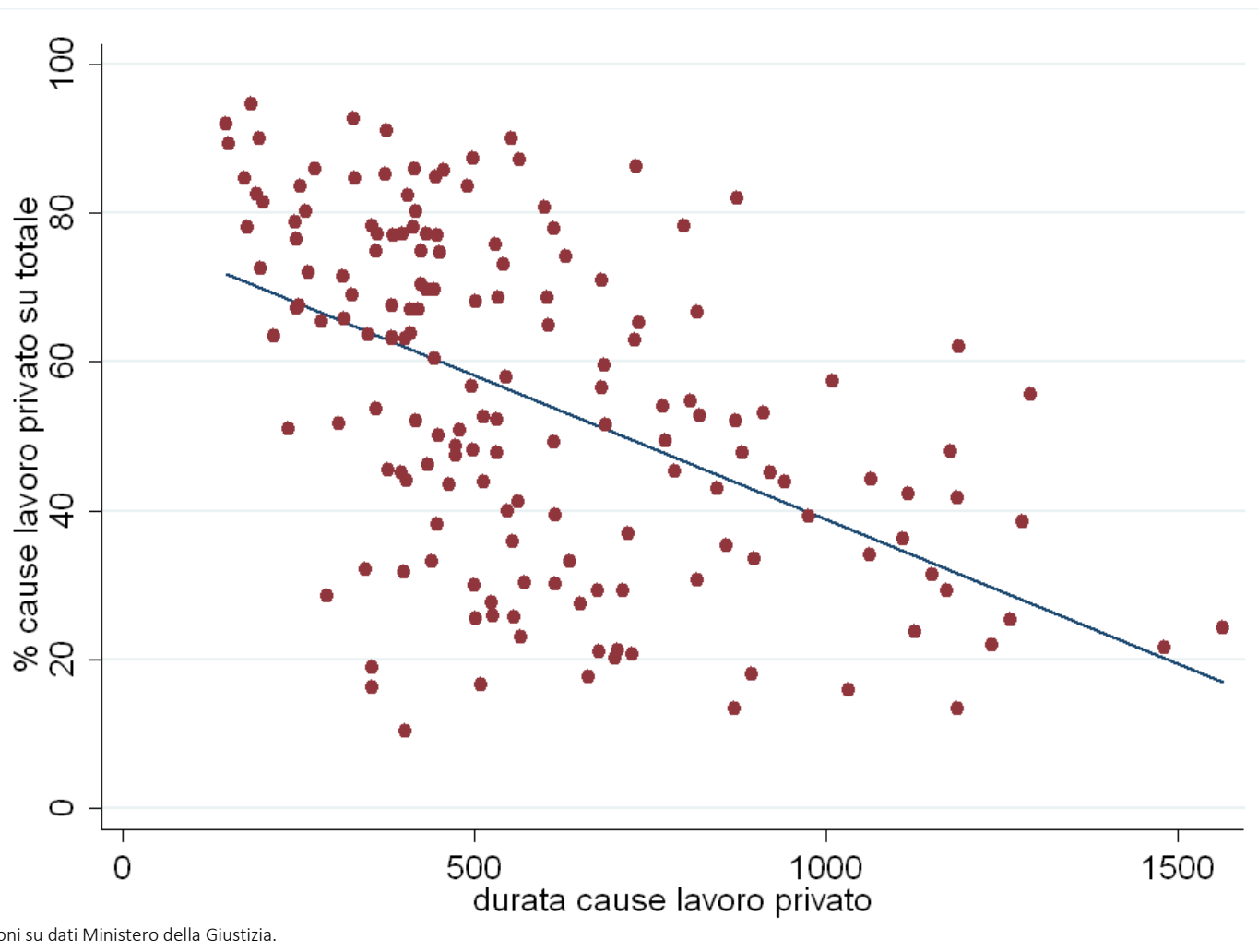
Fonte: elaborazioni su dati Ministero della Giustizia.

Fig. 3 – Incidenza dei procedimenti sopravvenuti in materia di lavoro (non pubblico impiego) sul totale dei sopravvenuti in materia di lavoro, previdenza e assistenza nei Tribunali nel 2011 (valori percentuali, dati distrettuali)



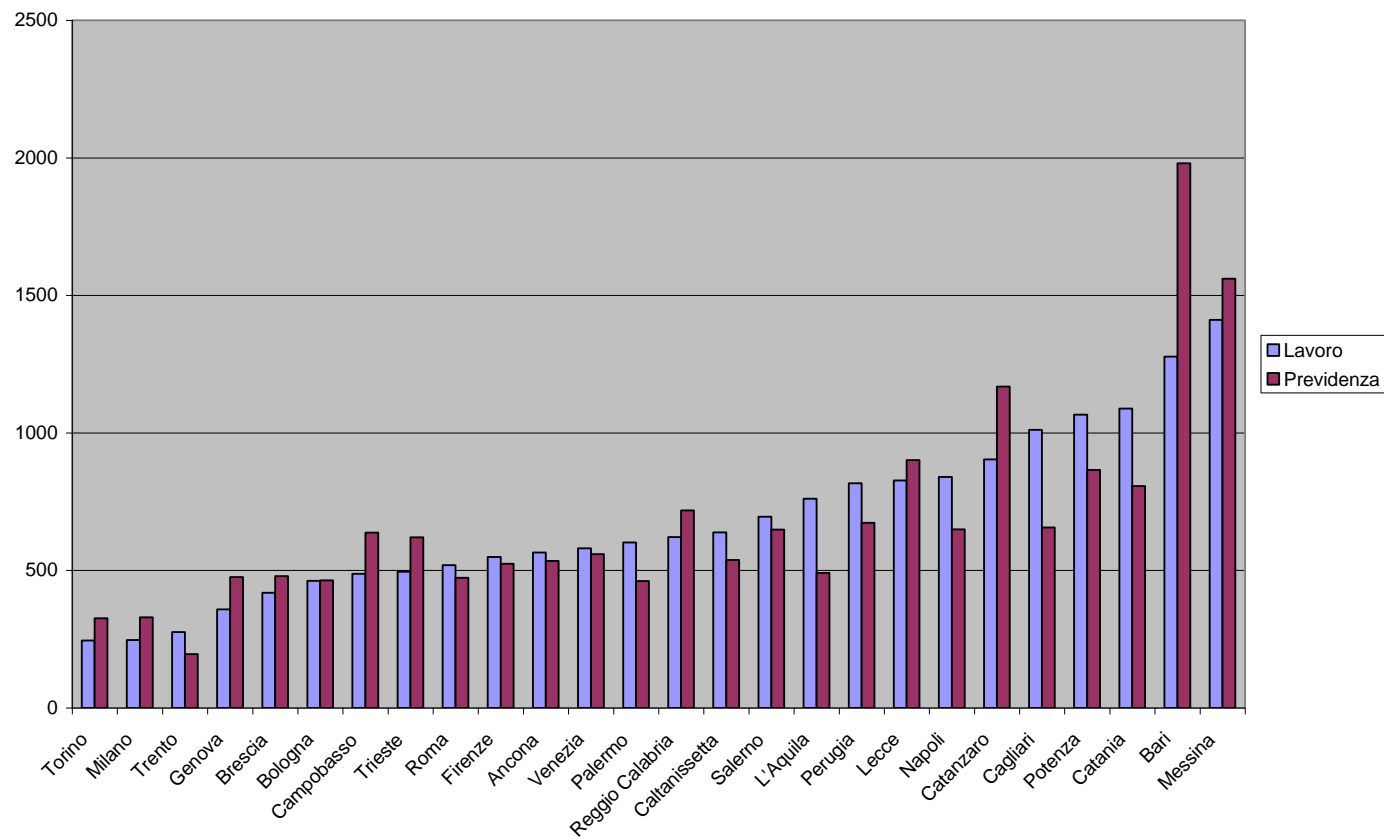
Fonte: elaborazioni su dati Ministero della Giustizia.

Fig. 4 – Correlazione tra incidenza % cause sopravvenute di lavoro (non pubblico impiego) e loro durata nel 2009 (primo grado)



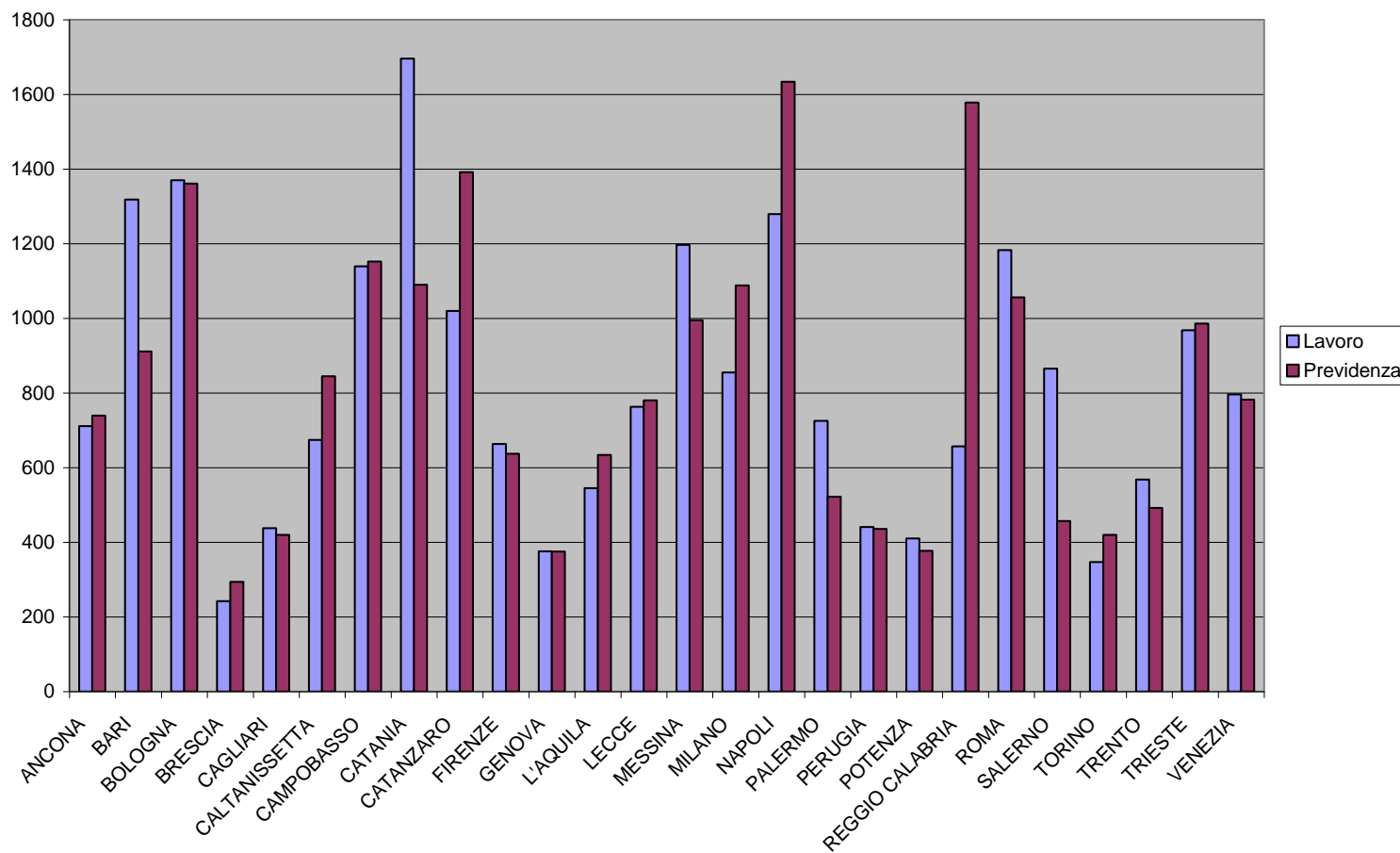
Fonte: elaborazioni su dati Ministero della Giustizia.

Fig. 5 – Durata stimata dei processi in materia di lavoro (non pubblico impiego) e di previdenza nel 2011 (primo grado)



Fonte: elaborazioni su dati Ministero della Giustizia.

Fig. 6 – Durata stimata dei processi in materia di lavoro (non pubblico impiego) e di previdenza nel 2011 (secondo grado)



Fonte: elaborazioni su dati Ministero della Giustizia.

Allegato: provvedimenti esaminati

1. Trib. Ancona, Ord., 26 novembre 2012, Est. Sbano;
2. Trib. Ancona, Ord., 31 gennaio 2013, Est. Sbano;
3. Trib. Arezzo, Ord., 22 novembre 2012, Est. Salcerini;
4. Trib. Bari, Ord., 17 ottobre 2012, Est. Tarantino;
5. Trib. Bari, Ord., 6 novembre 2012, Est. Ariola;
6. Trib. Bari, Ord., 26 novembre 2012, Est. Mastrorilli;
7. Trib. Bari, Ord., 29 novembre 2012, Est. Calia;
8. Trib. Bari, Ord., 7 gennaio 2013, Est. Calia;
9. Trib. Bari, Ord., 14 gennaio 2013, Est. Vernia;
10. Trib. Bari, Ord., 14 gennaio 2013, Est. Vernia;
11. Trib. Bari, Ord., 15 gennaio 2013, Est. Colucci;
12. Trib. Bari, Ord., 30 aprile 2013, Est. Vernia;
13. Trib. Bari, Ord., 22 marzo 2013, Est. Tarantino;
14. Trib. Bari, Ord., 23 marzo 2013, Est. Tarantino;
15. Trib. Bari, Ord., 27 maggio 2013, Est. Vernia;
16. Trib. Bari, Ord., 28 maggio 2013, Est. Vernia;
17. Trib. Bari, Ord., 4 giugno 2013, Est. Ariola;
18. Trib. Bari, Ord., 18 giugno 2013, Est. Ariola;
19. Trib. Bari, Ord., 19 giugno 2013, Est. Colucci;
20. Trib. Bari, Ord., 15 ottobre 2013, Est. Colucci;
21. Trib. Bari, Ord., 19 novembre 2013, Est. Vernia;
22. Trib. Bergamo, Ord., 18 aprile 2013;
23. Trib. Bergamo, Ord., 5 luglio 2013, Est. Troisi.
24. Trib. Bologna, Ord., 25 settembre 2012, Est. Coco;
25. Trib. Bologna, Ord., 15 ottobre 2012, Est. Marchesini;
26. Trib. Bologna, Ord., 19 novembre 2012, Est. Coco;
27. Trib. Bologna, Ord., 27 novembre 2012, Est. De Meo;
28. Trib. Bologna, Ord., 5 dicembre 2012, Est. Marchesini;
29. Trib. Bologna, Ord., 22 marzo 2013, Est. Sorgi;
30. Trib. Bologna, Ord., 22 marzo 2013, Est. Sorgi;
31. Trib. Bologna, Ord., 24 luglio 2013, Est. Benassi;
32. Trib. Bologna, Ord., 7 ottobre 2013, Est. Marchesini;
33. App. Bologna 23 aprile 2013, Est. Brusati;
34. App. Bologna 21 maggio 2013, Est. Brusati;
35. App. Brescia 19 settembre 2013, Est. Nuovo;
36. Trib. Brindisi, Ord., 28 febbraio 2013, Est. Toni;
37. Trib. Campobasso, Ord., 30 luglio 2013, Est. Scarlatelli;
38. Trib. Como, Ord., 16 maggio 2013, Est. Tomasi;
39. Trib. Cosenza, Ord., 15 luglio 2013, Est. Ferrentino;
40. Trib. Foggia, Ord., 16 ottobre 2012, Est. Mancini;

41. Trib. Foggia, Ord., 23 marzo 2013, Est. Di Pumpo;
42. Trib. Foggia, Ord., 11 settembre 2013, Est. Mancini;
43. Trib. Forlì, Ord., 14 dicembre 2012, Est. Angelini;
44. Trib. Forlì, Ord., 19 dicembre 2012, Est. Angelini;
45. Trib. Frosinone, Ord., 4 dicembre 2013, Est. Gregori;
46. Trib. Genova, Ord., 16 novembre 2012, Est. Barenghi;
47. Trib. Genova, Ord., 21 novembre 2012, Est. Parodi;
48. Trib. Genova, Ord., 9 gennaio 2013, Est. Ravera;
49. Trib. Genova, Ord., 29 gennaio 2013, Est. Ravera;
50. Trib. Genova, Ord., 5 aprile 2013, Est. Barenghi;
51. Trib. Latina, Ord., 29 gennaio 2013, Est. Papetti;
52. Trib. Lecce, Ord., 27 novembre 2012, Est. Ferreri;
53. Trib. Lecce, Ord., 20 dicembre 2012, Est. Santo;
54. Trib. Lucera, Ord., 15 gennaio 2013, Est. De Franco;
55. Trib. Mantova, Ord., 28 settembre 2012, Est. Bettini;
56. Trib. Mantova, Ord., 13 dicembre 2012, Est. Bettini;
57. Trib. Milano, Ord., 17 settembre 2012, Est. Lualdi;
58. Trib. Milano, Ord., 22 settembre 2012, Est. Greco;
59. Trib. Milano, Ord., 1 ottobre 2012, Est. Lualdi;
60. Trib. Milano, Ord., 2 ottobre 2012, Est. Gasparini;
61. Trib. Milano, Ord., 5 ottobre 2012, Est. Scarzella;
62. Trib. Milano, Ord., 5 ottobre 2012, Est. Perillo;
63. Trib. Milano, Ord., 8 ottobre 2012, Est. Perillo;
64. Trib. Milano, Ord., 15 ottobre 2012, Est. Casella;
65. Trib. Milano, Ord., 15 ottobre 2012, Est. Porcelli;
66. Trib. Milano, Ord., 15 ottobre 2012, Est. Gasparini;
67. Trib. Milano, Ord., 16 ottobre 2012, Est. Lualdi;
68. Trib. Milano, Ord., 17 ottobre 2012, Est. Porcelli;
69. Trib. Milano, Ord., 18 ottobre 2012, Est. Taraborrelli;
70. Trib. Milano, Ord., 20 ottobre 2012, Est. Mariani;
71. Trib. Milano, Ord., 22 ottobre 2012, Est. Mariani;
72. Trib. Milano, Ord., 23 ottobre 2012;
73. Trib. Milano, Ord., 23 ottobre 2012, Est. Colosimo;
74. Trib. Milano, Ord., 25 ottobre 2012, Est. Scarzella;
75. Trib. Milano, Ord., 22 novembre 2012;
76. Trib. Milano, Ord., 28 novembre 2012, Est. Casella;
77. Trib. Milano, Ord., 24 dicembre 2012, Est. Perillo;
78. Trib. Milano, Ord., 28 gennaio 2013, Est. Lualdi;
79. Trib. Milano, Ord., 30 gennaio 2013, Est. Gasparini;
80. Trib. Milano, Ord., 11 febbraio 2013, Est. Colosimo;
81. Trib. Milano, Ord., 13 febbraio 2013, Est. Bianchini;
82. Trib. Milano, Sentenza, 15 febbraio 2013, Est. Greco;
83. Trib. Milano, Ord., 20 marzo 2013;
84. Trib. Milano, Ord., 27 marzo 2013, Est. Casella;
85. Trib. Milano, Ord., 27 marzo 2013, Est. Cipolla;

86. Trib. Milano, Ord., 28 marzo 2013, Est. Lualdi;
87. Trib. Milano, Ord., 16 aprile 2013, Est. Porcelli;
88. Trib. Milano, Ord., 18 aprile 2013, Est. Lualdi;
89. Trib. Milano, Ord., 23 aprile 2013, Est. Porcelli;
90. Trib. Milano, Ord., 26 aprile 2013, Est. Ravazzoni;
91. Trib. Milano, Sentenza, 17 maggio 2013, Est. Vilardo;
92. Trib. Milano, Sentenza, 17 maggio 2013, Est. Scarzella;
93. Trib. Milano, Ord., 24 maggio 2013, Est. Attanasio;
94. Trib. Milano, Ord., 6 giugno 2013, Est. Scarzella;
95. Trib. Milano, Ord., 19 giugno 2013, Est. Buffone;
96. Trib. Milano, Ord., 11 luglio 2013, Est. Crugnola;
97. Trib. Milano, Ord., 11 ottobre 2013, Est. Bichi;
98. App. Milano 10 aprile 2013, Est. Pattumelli;
99. App. Milano 23 maggio 2013, Est. Cincotti;
100. App. Milano 3 giugno 2013, Est. Sbordone;
101. App. Milano 13 dicembre 2013, Est. Pizzi;
102. Trib. Modena, Ord., 26 giugno 2013, Est. Vaccari;
103. Trib. Monza, Ord., 19 marzo 2013, Est. Rotolo;
104. Trib. Monza, Ord., 27 luglio 2013, Est. Lombardi;
105. Trib. Napoli, Ord., 26 ottobre 2012, Est. Spena;
106. Trib. Napoli, Ord., 26 febbraio 2013, Est. Amendola;
107. Trib. Napoli, Ord., 3 giugno 2013, Est. Brizzi;
108. Trib. Napoli, Sentenza, 25 settembre 2013, Est. Coppola;
109. Trib. Padova, Ord., 16 ottobre 2012, Est. Perrone;
110. Trib. Padova, Ord., 7 febbraio 2013, Est. Dosi;
111. Trib. Palermo, Ord., 15 gennaio 2013, Est. Barone;
112. Trib. Palermo, Ord., 11 aprile 2013, Est. Soffientini;
113. Trib. Perugia, Ord., 8 ottobre 2012, Est. Gambaracci;
114. Trib. Perugia, Ord., 23 ottobre 2012, Est. Medoro;
115. Trib. Perugia, Ord., 9 novembre 2012, Est. Medoro;
116. Trib. Perugia, Ord., 15 gennaio 2013, Est. Claudiani;
117. Trib. Perugia, Ord., 14 marzo 2013, Est. Claudiani;
118. Trib. Piacenza, Ord., 12 novembre 2012, Est. Picciau;
119. Trib. Piacenza, Ord., 19 novembre 2012, Est. Picciau;
120. Trib. Piacenza, Ord., 16 gennaio 2013, Est. Picciau;
121. Trib. Ravenna, Ord., 18 marzo 2013, Est. Rivero;
122. Trib. Reggio Calabria, Ord., 19 novembre 2012, Est. Morabito;
123. Trib. Reggio Calabria, Ord., 6 febbraio 2013, Est. Sicari;
124. Trib. Reggio Calabria, Ord., 3 giugno 2013, Est. Morabito;
125. Trib. Rieti, Ord., Ord., 9 maggio 2013, Est. Cacace;
126. Trib. Roma, Ord., 24 settembre 2012, Est. Frate;
127. Trib. Roma, Ord., 31 ottobre 2012, Est. La Marra;
128. Trib. Roma, Ord., 31 ottobre 2012, Est. Casola;
129. Trib. Roma, Ord., 31 ottobre 2012, Est. Pucci;
130. Trib. Roma, Ord., 31 ottobre 2012, Est. Vetrutto;

131. Trib. Roma, Ord., 8 novembre 2012;
132. Trib. Roma, Ord., 12 novembre 2012, Est. Falato;
133. Trib. Roma, Ord., 28 novembre 2012;
134. Trib. Roma, Ord., 28 novembre 2012, Est. Sordi;
135. Trib. Roma, Ord., 29 novembre 2012, Est. Barboncini;
136. Trib. Roma, Ord., 19 dicembre 2012, Est. Armone;
137. Trib. Roma, Ord., 14 gennaio 2013, Est. Valle;
138. Trib. Roma, Ord., 14 gennaio 2013, Est. Nunziata;
139. Trib. Roma, Ord., 24 gennaio 2013, Est. Frate;
140. Trib. Roma, Ord., 29 gennaio 2013, Est. Pucci;
141. Trib. Roma, Ord., 11 febbraio 2013, Est. Casola;
142. Trib. Roma, Ord., 13 febbraio 2013, Est. Pucci;
143. Trib. Roma, Ord., 20 febbraio 2013, Est. Redavid;
144. Trib. Roma, Ord., 21 febbraio 2013, Est. Leone;
145. Trib. Roma, Ord., 14 marzo 2013;
146. Trib. Roma, Ord., 27 marzo 2013, Est. Nunziata;
147. Trib. Roma, Ord., 2 maggio 2013, Est. Sordi;
148. Trib. Roma, Ord., 16 luglio 2013, Est. Pucci;
149. Trib. Roma, Ord., 8 agosto 2013, Est. Pagliarini;
150. Trib. Rossano, Ord., 5 novembre 2012, Est. Manera;
151. Trib. Santa Maria Capua Vetere, Ord., 12 febbraio 2013, Est. Cervelli;
152. Trib. Santa Maria Capua Vetere, Ord., 2 aprile 2013, Est. Cervelli;
153. Trib. Santa Maria Capua Vetere, Ord., 2 settembre 2013, Est. Pascale;
154. Trib. Siena, Sentenza, 16 agosto 2013, Est. Cammarosano;
155. Trib. Siracusa, Ord., 24 dicembre 2012;
156. Trib. Siracusa, Ord., 4 giugno 2013, Est. Parisi;
157. Trib. Taranto, Ord., 30 novembre 2012, Est. Magazzino;
158. Trib. Taranto, Ord., 16 gennaio 2013, Est. Sodo;
159. Trib. Taranto, Ord., 3 giugno 2013, Est. Magazzino;
160. Trib. Terni, Ord., 14 dicembre 2012, Est. Piantadosi;
161. Trib. Torino, Ord., 16 novembre 2012, Est. Fierro;
162. Trib. Torino, Ord., 26 gennaio 2013, Est. Fierro;
163. Trib. Torino, Ord., 29 marzo 2013, Est. Buzano;
164. Trib. Torino, Ord., 12 giugno 2013, Est. Mollo;
165. Trib. Torre Annunziata, Ord., 5 dicembre 2012, Est. Rizzo;
166. Trib. Torre Annunziata, Ord., 8 febbraio 2012, Est. Rocco;
167. Trib. Trento, Ord., 29 gennaio 2013, Est. Flaim;
168. Trib. Trento, Ord., 9 marzo 2013, Est. Flaim;
169. Trib. Treviso, Ord., 22 maggio 2013, Est. Rinaldi;
170. Trib. Varese, Ord., 20 febbraio 2013, Est. Fumagalli;
171. Trib. Varese, Ord., 4 settembre 2013, Est. Fumagalli;
172. Trib. Venezia, Ord., 11 settembre 2013;
173. Trib. Vicenza, Ord., 4 marzo 2013, Est. Bianchi;
174. Trib. Vigevano, Ord., 27 marzo 2013, Est. Occhiuto;
175. Trib. Voghera, Ord., 18 marzo 2013, Est. Dossi.

Diritti di lavoratori *flessibili*, anche alle dipendenze di amministrazioni pubbliche: patrimonio costituzionale comune *versus* declino delle garanzie*

Michele De Luca

1. *Patrimonio costituzionale comune* e garanzie per i diritti dei *lavoratori flessibili* alle dipendenze di amministrazioni pubbliche: tra giurisprudenza delle alte corti e funzioni del nostro giudice di merito. 448
2. Giurisprudenza della Corte di giustizia sul contratto di lavoro a tempo determinato: attualità e prospettive in tema di *non discriminazione* (art. 4 della direttiva). 451
3. Segue: attualità e prospettive in tema di prevenzione degli abusi derivanti dalla successione di contratti di lavoro a tempo determinato (art. 5 della direttiva). 454
4. Segue: attualità e prospettive in tema di principi del *favor* e del *non regresso* (art. 8 della direttiva). 457
5. Segue: problemi aperti in tema di *leggi nazionali interpretative o, comunque, retroattive* e di *acausalità* dell'unico contratto a tempo determinato. 460
6. Segue: problemi aperti in tema di *seguiti* nella giurisprudenza nazionale. 463
7. Segue: note conclusive. 465

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 211/2014

1. Patrimonio costituzionale comune e garanzie per i diritti dei lavoratori flessibili alle dipendenze di amministrazioni pubbliche: tra giurisprudenza delle alte corti e funzioni del nostro giudice di merito.

Il patrimonio costituzionale comune – “desumibile dagli obblighi internazionali, dall’ordinamento comunitario e dalla legislazione nazionale”¹³⁰² – garantisce tutela ai diritti dei lavoratori flessibili, anche alle dipendenze di amministrazioni pubbliche.

Tuttavia è il diritto comunitario (ora eurounitario) che – incluso nel patrimonio costituzionale comune – prevale sulle fonti, anche costituzionali, degli ordinamenti interni degli stati membri – in dipendenza del proprio primato rispetto agli stessi ordinamenti¹³⁰³ – ed assicura, così, la salvaguardia contro qualsiasi declino delle garanzie a livello nazionale.

Compete, comunque, ai giudici comuni nazionali¹³⁰⁴ – ed, in particolare, ai nostri giudici di merito¹³⁰⁵ – l’applicazione, nel caso concreto, del patrimonio costituzionale comune, uniformandosi alle interpretazioni delle rispettive Corti.

Né può essere trascurato che le sentenze della Corte di giustizia sono fonte dell’ordinamento eurounitario, al pari delle norme (dei trattati, dei regolamenti e delle direttive), che ne risultano interpretate in sede di rinvio pregiudiziale oppure di procedura d’infrazione.¹³⁰⁶

In tale prospettiva, l’acquis giurisprudenziale della Corte di giustizia si coniuga con la normativa di risulta all’esito del rinvio pregiudiziale alla stessa Corte.

¹³⁰² Si tratta del patrimonio costituzionale comune – “desumibile dagli obblighi internazionali, dall’ordinamento comunitario e dalla legislazione nazionale”, appunto – per dirla con l’espressione e la definizione usate dalla nostra Corte costituzionale nelle sentenze n. 104 del 2006 (*Foro It.*, 2006, I, pag. 1267) e n.182 del 2008 (id., 2009, I, pag. 2010) –.

In dottrina, vedi M. De Luca, *Diritti dei lavoratori: patrimonio costituzionale comune versus declino delle garanzie*, in *Foro It.*, 2011, V, pag. 216, al quale si rinvia per riferimenti ulteriori.

Adde: E. Di Stefano, *Verso un patrimonio costituzionale comune. Riflessioni a margine della sentenza n.102 del 2008*, in *consulta on line*; S. Gambino, *Constitutionnalismes nationaux et constitutionnalismeeuropéen: identités nationales, traditions constitutionnelles et droits sociaux (aprèsLisbonne)*, www.diritticomparati.it; B. CARUSO-M. MILITELLO (a cura di), *I diritti sociali tra ordinamento comunitario e Costituzione italiana: il contributo della giurisprudenza multilivello*, con contributi degli stessi curatori e di A. ABIGNENTE, G. BRONZINI, G. RICCI, S. SCIARRA, L. ZOPPOLI, in working papers del Centro studi di diritto del lavoro europeo «Massimo D’Antona», 2011, fasc. 1, <<http://tinyurl.com/caruso-militello>>

¹³⁰³ La fonte interna (art. 11 e 117, 1° comma, cost.) si coniuga – in tale prospettiva – con la dichiarazione relativa al numero 17 – allegata al Trattato UE – del seguente tenore letterale:

“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)”.

¹³⁰⁴ Vedi, per tutte, Corte giust. 13 luglio 2000, in causa C-456/98, *Foro it.*, 2001, IV, 26, spec. § 111., laddove si legge: “Infatti, spetta in particolare ai giudici nazionali assicurare ai singoli la tutela giurisdizionale derivante dalle norme del diritto comunitario e garantirne la piena efficacia”.

¹³⁰⁵ Infatti le sentenze di rigetto della Corte di cassazione confermano, sostanzialmente, le decisioni dei giudici di merito investiti da ricorso, mentre – a seguito della cassazione con rinvio delle stesse decisioni – compete ai giudici di merito decidere la controversia – in sede di rinvio – sia pure conformandosi al principio di diritto enunciato dalla Corte.

¹³⁰⁶ Sulla attribuzione alle sentenze della Corte di giustizia del valore di ulteriore fonte del diritto comunitario (ed. ra, eurounitario), 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.

1.1. Pare auspicabile, tuttavia, che non siano sottoposte alla Corte di giustizia, in sede di rinvio pregiudiziale, questioni interpretative dell'ordinamento eurounitario, che – dalla giurisprudenza della stessa Corte – risultino *identiche* a questioni già decise – in relazione a fattispecie analoghe – oppure se lo stesso *“punto di diritto (sia stato già) risolto dalla costante giurisprudenza della Corte, indipendentemente dalla natura dei procedimenti, da cui essa ha tratto origine, anche in mancanza di stretta identità delle questioni controverse”*.¹³⁰⁷

Il *principio* risulta, infatti, lucidamente enunciato – per limitare l'*obbligo del rinvio pregiudiziale*, a carico dei giudici nazionali di unica o di ultima istanza – ma sembra doversi riproporre, vieppiù, quale limite al *rinvio facoltativo* degli altri giudici nazionali.¹³⁰⁸

L'esigenza di non ritardare ulteriormente i tempi della giustizia – con *rinvii pregiudiziali* superflui – si coniuga, in tale prospettiva, con la necessità di evitare o, quantomeno, contenere la crisi della Corte di giustizia, in dipendenza del ricorso eccessivo ai *rinvii*¹³⁰⁹, prevalentemente, da parte di giudici nazionali che non ne sono *obbligati*.¹³¹⁰

1.2. Né può essere trascurato che la Corte di giustizia – in sede di *rinvio pregiudiziale*¹³¹¹ – non può pronunciare sulla interpretazione di disposizioni di legge o di regolamento nazionali, né sulla conformità di tali disposizioni al diritto comunitario (ed, ora, eurounitario), ma soltanto limitarsi a *“fornire al giudice nazionale gli elementi di interpretazione, attinenti al diritto comunitario, che gli permetteranno di risolvere il problema giuridico che gli è stato sottoposto”*.¹³¹²

Anche a volere ammettere che, talora, la Corte di giustizia sembrerebbe operare – di fatto – una sorta di *“sindacato occulto sulle legislazioni nazionali”*.¹³¹³

1.3. Alternativi – al contenimento ragionevole dei rinvii pregiudiziali – risultano, peraltro, interventi riformatori, che ridimensionerebbero – più incisivamente – il potere di rinvio dei giudici

¹³⁰⁷ Così, testualmente, Corte giust. 6 ottobre 1982, CILFIT in c. 283/81, FI 1983, , IV, 63, con note di TIZZANO e CAPOTORTI.

¹³⁰⁸ Incondizionato risulta, invece, l'obbligo del rinvio per le *questioni relative alla validità degli atti comunitari* (articolo 267, , terzo comma, TFUE): vedi Corte giust. 6 dicembre 2005, *Gaston Schul*, causa C-461/03, punto 15, In senso contrario rispetto alle *conclusioni* dell'avvocato generale, punto 89, che – in dipendenza di precedente pronuncia della stessa Corte, che aveva dichiarato l'invalidità di una *disposizione identica a quella impugnata* – proponevano il riconoscimento ai giudici nazionali del *potere diretto di disapplicazione* dell'atto comunitario, di cui si contestava la validità.

¹³⁰⁹ Vedi P. PAZZAGLIA (a cura di), *Corti costituzionali e rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia*, www.cortecostituzionale.it, spec. § 2.1.

¹³¹⁰ Pari al 70% circa dei rinvii pregiudiziali – secondo le le statistiche pubblicate annualmente dalla stessa Corte di giustizia – e, addirittura, superiore (840 su 1017 fino al 2009), per quanto riguarda l'Italia: vedi riferimenti in P. PAZZAGLIA (a cura di), *op.loc. cit.*

¹³¹¹ Ai sensi dell'articolo 267 (già 177) TFUE, degli articoli 23 e, soprattutto, 23 bis dello statuto della Corte, degli articoli 103, 104, 104 bis e, soprattutto 104 ter del regolamento di procedura –introdotta (al pari dell'articolo 23 bis dello statuto) a seguito delle modifiche decise con l'approvazione del Trattato di Lisbona – nonché delle *“indicazioni pratiche, prive di qualsiasi valore vincolante”*, recate dalla *Nota informativa riguardante le domande di pronuncia pregiudiziale da parte delle giurisdizioni nazionali* del 1996, sostituita dalla – sostanzialmente identica – *Nota informativa riguardante le domande di pronuncia pregiudiziale da parte delle giurisdizioni nazionali* (2009/C 297/01).

¹³¹² Così, testualmente, Corte giust. 23 gennaio 2003, in c. 57/01, punto 55, e la costante giurisprudenza conforme.

¹³¹³ Così, testualmente, R. CALVANO, *La Corte di giustizia e la costituzione europea*, Padova, Cedam, 2004, p. 244.

nazionali: la limitazione della legittimazione alle giurisdizioni supreme o a quelle superiori al primo grado si coniuga – in tale prospettiva – con la introduzione di meccanismi di filtro, nonché con il conferimento della competenza – a pronunciare sulle questioni pregiudiziali – al tribunale di primo grado oppure ad istituendi *organi giurisdizionali comunitari decentralizzati*.¹³¹⁴

1.4. Del resto, l'*acquis giurisprudenziale* della Corte di giustizia (vedi *infra*, § 2 ss.) offre – quanto meno con riferimento ai contratti di lavoro a tempo determinato – elementi sufficienti per risolvere – in larga parte – le questioni interpretative concernenti sia le norme eurounitarie dotate di efficacia diretta sia le norme che non ne sono dotate.

1.5. Intanto il contenuto normativo – *immediatamente precettivo* – è requisito indefettibile delle norme eurounitarie – dotate di *efficacia diretta* – e ne impone l'applicazione, anche in luogo delle (eventuali) norme interne confliggenti.¹³¹⁵

La sussunzione della fattispecie concreta – in norme eurounitarie siffatte – ne impone, quindi, al giudice nazionale comune – e, segnatamente, al nostro giudice di merito – l'applicazione immediata, a prescindere dalla disciplina interna nella stessa materia.

1.6. Tuttavia la *tipologia* della fonte limita, talora, la *efficacia diretta* – ai rapporti con lo *stato* (c. d. *efficacia diretta verticale*) – escludendola, invece, per i *rapporti fra privati* (c. d. *efficacia diretta orizzontale*).

La giurisprudenza della Corte di giustizia, infatti, è consolidata nel senso di negare alle direttive l'*efficacia diretta orizzontale*, ancorché assuma – ai fini della loro *efficacia verticale* – una nozione di *stato* molto ampia.¹³¹⁶

1.7. Né può essere trascurato – per quanto qui interessa – che la clausola 4, punto 1 (principio di *non discriminazione*) della direttiva sul lavoro a tempo determinato¹³¹⁷ è stata ritenuta – anche di recente – dotata di *efficacia diretta verticale* nei confronti, appunto, della società Poste italiane.¹³¹⁸

¹³¹⁴ Vedi P. PAZZAGLIA (a cura di), *op. cit.*, § 3.

¹³¹⁵ A prescindere dalla configurazione dei due sistemi (eurounitario ed interno) come *integrati* (Corte giust) oppure come *coordinati* (corte cost.) tra loro.

¹³¹⁶ *Ex multis*, la sent. 5 ottobre 2004, Cause riunite da C-397/01 a C-403/01, *Pfeiffer e a.*, *Raccolta* I-8835, par. 109, in *Foro it.*, 2005, IV, 23, con nota di richiami, alla quale si rinvia per riferimenti ulteriori.

¹³¹⁷ Direttiva 1999/70/Ce di attuazione dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato.

¹³¹⁸ Vedi Corte giust. 12 dicembre 2013, C-361/12; Carratù c. Soc. Poste Italiane (*Foro it.* 2014, IV, 73, con nota di A.M. PERRINO, *La Corte di giustizia come panacea dei precari?*), che include – nella nozione di *stato*, appunto – la società Poste italiane, in dipendenza della partecipazione dello stato all'assetto proprietario e della sottoposizione della società a controlli pubblici.

Mentre la *efficacia diretta* è stata negata alla clausola 5 della stessa direttiva – che impone la prevenzione di abusi derivanti dall'utilizzo della successione di contratti a termine, affidando alla *discrezionalità* dei legislatori nazionali la scelta delle *misure* idonee¹³¹⁹ – con la conseguenza che i giudici nazionali – e, segnatamente, i nostri giudici di merito – possono soltanto assumerla come parametro per l'interpretazione conforme – oppure, in alternativa, per proporre questione di legittimità costituzionale (in realzione agli art. 11 e 117, primo comma, cost.) – di disposizioni interne.

1.8. Efficacia diretta anche orizzontale – in concorso, ovviamente, del contenuto normativo *immediatamente precettivo* – hanno, invece, le norme dei trattati e dei regolamenti.

A seguito della *trattatizzazione* (art. 6 TUE), poi, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea – sia pure entro i limiti delle competenze *attribuite* all'Unione¹³²⁰⁻¹³²¹ – le disposizioni della Carta, tuttavia, hanno parimenti efficacia diretta anche orizzontale – negli stessi limiti – in concorso, beninteso, del contenuto normativo *immediatamente precettivo*.

In coerenza con tali principi, è stato, infatti, di recente stabilito¹³²²:

mentre il *principio di non discriminazione in base all'età* (di cui all'art. 21, par. 1, della Carta), che veniva in rilievo nella sentenza Küçükdeveci (sent. 19 gennaio 2010, Causa C-555/07, Raccolta I-365), “è di per sé sufficiente per conferire ai singoli un diritto soggettivo invocabile in quanto tale”, l'art. 27 della Carta (in tema di informazioni sindacali), invece, “per produrre pienamente i suoi effetti, deve essere precisato mediante disposizioni del diritto dell'Unione o del diritto nazionale”.¹³²³

2. Giurisprudenza della Corte di giustizia sul contratto di lavoro a tempo determinato: attualità e prospettive in tema di *non discriminazione* (art. 4 della direttiva).

Dotato di *efficacia diretta orizzontale* – per quanto si è detto – risulta il *principio di non discriminazione* (clausola 4, punto 1, dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato allegato alla direttiva 1999/70/Ce).

¹³¹⁹ Vedi, per tutte, Corte giust. 26 gennaio 2012, in c. -50/13, Küçük; ordinanza 12 dicembre 2013, in c. 50/13, Papalia, Foro it. 2014, IV, 73, con nota di A.M. PERRINO, *La Corte di giustizia come panacea dei precari?*.

¹³²⁰ Ai sensi dell'articolo 5, comma 1, TUE, secondo cui “La delimitazione delle competenze dell'Unione si fonda sul principio di attribuzione (...)”.

¹³²¹ Vedi, per tutte, Corte giust. 18 gennaio 2014 (Grande sezione), *association de médiation socialc. Union social des syndicats CGT*, in causa 176/12, punto 42; 26 febbraio 2013, in causa 617/18.

¹³²² Vedi Corte giust. (Grande Sezione) 18 gennaio 2014, in C-176/12, cit. §45-49.

¹³²³ Parimenti in coerenza con gli stessi principi, sembra avere efficacia diretta anche orizzontale, ad esempio, l'articolo 30 della Carta, in quanto – nei limiti della competenza *attribuita* all'Unione – garantisce ai lavoratori il diritto alla tutela contro i licenziamenti ingiustificati “conformemente al diritto dell'Unione e alle legislazioni e prassi nazionali”, non già – come accade, invece, per il diritto alla informazione e consultazione sindacale (ai sensi dell'art. 27 della Carta) – “nei casi e alle condizioni previsti dal diritto dell'unione e dalle legislazioni e prassi nazionali”: in tal senso, vedi: M.DE LUCA, *Riforma della tutela reale al tempo delle larghe intese: riflessioni su un compromesso necessario*, in RIDL, 2013, I, 1 ss., spec. § 5; M.DELFINO, *La Corte e la Carta: un'interpretazione “utile” dei diritti e dei principi sociali fondamentali*, WP C.S.D.L.E. “Massimo D'Antona”, 103/2014, al quale si rinvia per riferimenti ulteriori, spec. nota 19.

Infatti è stato ribadito – anche di recente¹³²⁴ – che *“dev'essere interpretata nel senso che può essere fatta valere direttamente nei confronti di un ente pubblico, quale Poste Italiane s.p.a.”*.

2.1. In coerenza con la propria *ratio* – di *“migliorare la qualità del lavoro a tempo determinato, garantendo il rispetto del principio di non discriminazione”*, e di *“impedire che un rapporto di impiego di tale natura venga utilizzato da un datore di lavoro per privare questi lavoratori di diritti riconosciuti ai lavoratori a tempo indeterminato”* – la stessa clausola reca, appunto, *“il divieto di trattare, per quanto riguarda le condizioni di impiego, i lavoratori a tempo determinato in modo meno favorevole dei lavoratori a tempo indeterminato comparabili per il solo fatto di avere un contratto o rapporto di lavoro a tempo determinato, a meno che non sussistano ragioni oggettive”*.¹³²⁵

2.2. La Corte di giustizia ha dichiarato, poi, che *“il criterio decisivo per determinare se una misura rientri nell'ambito delle «condizioni di lavoro» ai sensi della suddetta clausola è precisamente quello del criterio dell'impiego, ossia del rapporto di lavoro sussistente fra un lavoratore e il suo datore di lavoro”*.¹³²⁶

Oltre il *termine di preavviso di risoluzione dei contratti di lavoro a tempo determinato* – contemplato contestualmente – la stessa Corte ricorda che *“rientrano nella nozione di «condizioni di impiego», (.....), le indennità triennali di anzianità di servizio (v., in tal senso, citate sentenze Del Cerro Alonso, punto 47; Gavieiro Gavieiro e Iglesias Torres, punti da 50 a 58, nonché ordinanza del 18 marzo 2011, Montoya Medina, C-273/10, punti da 32 a 34) e l'indennità che un datore di lavoro è tenuto a versare ad un lavoratore a causa dell'illecita apposizione di un termine al contratto di lavoro (sentenza Carratù, cit., punto 38)”*.¹³²⁷

Né può essere trascurata la segnalazione contestuale¹³²⁸ che la stessa nozione di *condizioni di impiego* figura anche in altre direttive, puntualmente elencate.¹³²⁹

2.3. Per stabilire, poi, *“se le persone interessate esercitino un lavoro identico o simile ai sensi dell'accordo quadro, occorre, in conformità delle clausole 3, punto 2, e 4, punto 1, di quest'ultimo, verificare se, tenuto conto di un insieme di fattori, quali la natura del lavoro, le condizioni di*

¹³²⁴ Vedi Corte giust. 12 dicembre 2013, C-361/12; Carratù c. Soc. Poste Italiane, cit

¹³²⁵ Vedi, da ultima, Corte giust. 13 marzo 2014, in causa 38/13, spec. § 20, 22 e 23 ed, ivi, riferimenti di costante giurisprudenza conforme.

¹³²⁶ Vedi, da ultima, Corte giust. 13 marzo 2014, in causa 38/13, cit., spec. § 25 ed, ivi riferimenti di costante giurisprudenza conforme.

¹³²⁷ Vedi, da ultima, Corte giust. 13 marzo 2014, in causa 38/13, cit., spec. § 26 ed, ivi riferimenti di costante giurisprudenza conforme.

¹³²⁸ Vedi, da ultima, Corte giust. 13 marzo 2014, in causa 38/13, cit., spec. § 28 ed, ivi riferimenti di costante giurisprudenza conforme.

¹³²⁹ Quali: la 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 – la direttiva 2006/54/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 5 luglio 2006, riguardante l'attuazione del principio delle pari opportunità e della parità di trattamento fra uomini e donne in materia di occupazione e impiego.

Infatti le *condizioni di lavoro* – ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 1, lettera c), della direttiva 2000/78 e dell'articolo 14, paragrafo 1, lettera c), della direttiva 2006/54 – comprendono, segnatamente, le condizioni di licenziamento. Quanto all'accordo quadro, la portata della nozione di «condizioni di impiego», ai sensi della clausola 4, punto 1, di quest'ultimo, è per analogia simile.

formazione e le condizioni di impiego, sia possibile ritenere che tali persone si trovino in situazioni comparabili".¹³³⁰

Spetta, comunque, al giudice nazionale – e, per quel che qui interessa, ai nostri giudici di merito – verificare se il lavoratore a tempo determinato – nell'esercizio delle proprie mansioni – *"si trovasse in una situazione comparabile a quella dei dipendenti di ruolo assunti a tempo indeterminato (dallo stesso datore di lavoro nel corso del medesimo periodo"*.¹³³¹

Tuttavia l'accertamento del *giudice del rinvio* non è stato ritenuto necessario dalla stessa Corte, laddove ha potuto *constatare* – direttamente – la *incomparabilità* – tra *"l'indennità corrisposta in caso di illecita apposizione di un termine ad un contratto di lavoro a tempo determinato e quella versata in caso di illecita interruzione di un contratto di lavoro a tempo indeterminato"* – in base al rilievo che *"la prima indennità riguarda lavoratori il cui contratto è stato stipulato in modo irregolare, mentre la seconda riguarda lavoratori licenziati"*.

Concorre con la proposta conclusione – senza, tuttavia, integrarla in una sorta di *combinato disposto* né, tantomeno, contraddirla – la *precisazione* contestuale che *"la clausola 8, punto 1, dell'accordo quadro dispone che «gli Stati membri e/o le parti sociali possono mantenere o introdurre disposizioni più favorevoli per i lavoratori di quelle stabilite nel presente accordo»"*.¹³³²

2.4. All'esito positivo della verifica prospettata, il trattamento meno favorevole per il lavoratore a tempo determinato – in *situazioni comparabili* – risulta conforme alla direttiva soltanto in presenza di una *giustificazione oggettiva* (ai sensi della clausola 4, punto 1).

2.5. Né la *giustificazione* può consistere, tuttavia, nella *mera natura temporanea del lavoro*, senza che ne risultino frustrate *sostanza e finalità* della direttiva.

Lungi dal *"migliorare la qualità del lavoro a tempo determinato e di promuovere la parità di trattamento perseguita dalla direttiva"*, infatti, il ricorso alla *mera natura temporanea del lavoro* – quale *giustificazione* del trattamento meno favorevole – *"equivarrebbe a perpetuare il mantenimento di una situazione sfavorevole ai lavoratori a tempo determinato"*.¹³³³

2.6. Completa il quadro giurisprudenziale – sul punto – l'orientamento della Corte di giustizia *consolidato* nel senso che *"la clausola 4 dell'accordo quadro deve essere intesa nel senso che esprime un principio di diritto sociale dell'Unione il quale non può essere interpretato in modo restrittivo"*.

¹³³⁴

¹³³⁰ Così, testualmente, Corte giust. 13 marzo 2014, in causa 38/13, cit., spec. § 31 ed, ivi riferimenti di costante giurisprudenza conforme.

¹³³¹ Vedi, da ultima, Corte giust. 13 marzo 2014, in causa 38/13, cit., spec. § 32 ed, ivi riferimenti di costante giurisprudenza conforme.

¹³³² Vedi Corte giust. 12 dicembre 2013, C-361/12; Carratù c. Soc. Poste Italiane, cit, spec. § 43-46.

¹³³³ Vedi, da ultima, Corte giust. 13 marzo 2014, in causa 38/13, cit., spec. § 37 ss. ed, ivi riferimenti di costante giurisprudenza conforme.

¹³³⁴ Vedi, da ultima, Corte giust. 13 marzo 2014, in causa 38/13, cit., spec. § 24 ed, ivi riferimenti di costante giurisprudenza conforme.

2.7. Tanto basta per concludere – sulla base dell' *acquis giurisprudenziale* della Corte di giustizia – che il *principio di non discriminazione* (art. 4 della direttiva) deve essere direttamente applicato dal giudice nazionale comune (e, segnatamente, dai nostri giudici di merito) alle fattispecie concrete – sia pure limitatamente alle *controversie tra privati*, nel senso ampio che ne è stato prospettato – anche in luogo delle eventuali norme interne confliggenti, all'uopo utilizzando – appunto – le suggestioni della giurisprudenza eurounitaria su nozione di *stato, condizioni di lavoro, situazioni comparabili, giustificazione oggettiva* dei trattamenti differenziati.

3. Segue: attualità e prospettive in tema di prevenzione degli abusi derivanti dalla successione di contratti di lavoro a tempo determinato (art. 5 della direttiva).

Non è dotata di *efficacia diretta* – per quanto si è detto – la clausola che reca misure di prevenzione degli abusi derivanti dalla successione di contratti di lavoro a tempo determinato (clausola 5 dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato allegato alla direttiva 1999/70/Ce).

Di conseguenza, i giudici nazionali – e, segnatamente, i nostri giudici di merito – possono soltanto assumerla come parametro per l'interpretazione conforme – oppure, in alternativa, per proporre questione di legittimità costituzionale (in reazione agli art. 11 e 117, primo comma, cost.) – di disposizioni interne.

3.1. Allo scopo di *“prevenire gli abusi derivanti dall'utilizzo di una successione di contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato”*, infatti, la clausola in esame impone agli stati membri – *“in assenza di norme equivalenti per la prevenzione degli abusi e in un modo che tenga conto delle esigenze di settori e/o categorie specifici di lavoratori”* – l'adozione di *“una o più misure relative a: a) ragioni obiettive per la giustificazione del rinnovo dei suddetti contratti o rapporti; b) la durata massima totale dei contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato successivi; c) il numero dei rinnovi dei suddetti contratti o rapporti”*.

Contestualmente risulta affidato agli stati membri anche il potere, *“se del caso, (di) stabilire a quali condizioni i contratti e i rapporti di lavoro a tempo determinato: a) devono essere considerati “successivi”; b) devono essere ritenuti contratti o rapporti a tempo indeterminato.*

3.2. Ora – mentre non ha avuto occasione di occuparsi, a quanto consta, di *“norme equivalenti per la prevenzione degli abusi”* – la Corte di giustizia, anche di recente, ha ribadito che la clausola 5 *“non sancisce un obbligo generale degli Stati membri di prevedere la trasformazione in contratti a tempo indeterminato dei contratti di lavoro a tempo determinato, così come non stabilisce le condizioni precise alle quali si può fare uso di questi ultimi, lasciando agli Stati membri un certo margine di discrezionalità in materia (citare sentenze Adeneler e a., punto 91; Marrosu e Sardino, punto 47, nonché Angelidaki e a., punti 145 e 183)”*¹³³⁵

¹³³⁵ Così, testualmente, Corte giust. 26 gennaio 2012, in c. -50/13, Küçük (in Foro it., 2012, IV, 112; con nota di richiami di A.M. PER-RINO), spec. § 52.

Le proposte conclusioni – in punto di sistema sanzionatorio – risultano di recente confermate, parimenti in coerenza con la *chiara* giurisprudenza consolidata della Corte di giustizia.¹³³⁶

3.3. La stessa sentenza della Corte di giustizia¹³³⁷ – in punto di *ragioni obiettive per la giustificazione del rinnovo* – osserva poi:

“Il fatto di richiedere automaticamente la conclusione di contratti a tempo indeterminato, qualora le dimensioni dell’impresa o dell’ente interessato e la composizione del suo personale comportino che il datore di lavoro debba far fronte ad un’esigenza ricorrente o permanente di personale sostitutivo, oltrepasserebbe gli obiettivi perseguiti dall’accordo quadro CTD e dalla direttiva 1999/70 e violerebbe il margine di discrezionalità riconosciuto da questi ultimi agli Stati membri e, se del caso, alle parti sociali”.

E, coerentemente, conclude:

*“Spetta al giudice del rinvio, (.....), valutare se, nelle circostanze della fattispecie principale, l’impiego di un dipendente per un periodo di undici anni in forza di tredici contratti successivi a tempo determinato sia conforme alla clausola 5 (...)”.*¹³³⁸

La prospettata configurazione di *“un’esigenza ricorrente o permanente di personale sostitutivo”* – quale *ragione obiettiva per la giustificazione del rinnovo* – sembra ricevere, tuttavia, una successiva precisazione.

Infatti è stato ribadito, bensì, che la clausola 5 dell’accordo quadro *“non osta a una normativa nazionale, (...), che consente alle università di rinnovare contratti di lavoro a tempo determinato successivi conclusi con docenti associati, senza alcun limite della durata massima e del numero di rinnovi di tali contratti, qualora tali contratti siano giustificati da una ragione obiettiva ai sensi del punto 1, lettera a), di tale clausola, circostanza che spetta al giudice del rinvio verificare”.*

Tuttavia spetta allo stesso giudice – come è stato precisato contestualmente – *“verificare in concreto che (...) il rinnovo dei contratti di lavoro a tempo determinato successivi in parola intendesse effettivamente soddisfare esigenze provvisorie e che una normativa come quella controversa nel procedimento principale non sia stata utilizzata, di fatto, per soddisfare esigenze permanenti e durevoli in materia di assunzione di personale docente”.*¹³³⁹

¹³³⁶ Vedi Corte giust., ordinanza 12 dicembre 2013, in c. 50/13, Papalia, cit., spec. § 15, laddove – con riferimento, appunto, al sistema sanzionatorio – sottolinea: *“Occorre constatare che la risposta a tali questioni può essere chiaramente dedotta dalla giurisprudenza, in particolare dalle sentenze del 4 luglio 2006, Adeneler e a. (C-212/04, Racc. pag. I-6057, punti da 91 a 105); del 7 settembre 2006, Marrosu e Sardino (C-53/04, Racc. pag. I-7213, punti da 44 a 57); Vassallo (C-180/04, Racc. pag. I-7251, punti da 33 a 42), e del 23 aprile 2009, Angelidaki e a. (da C-378/07 a C-380/07, Racc. pag. I-3071, punti 145 e da 182 a 190), nonché dalle ordinanze del 12 giugno 2008, Vassilakis e a. (C-364/07, punti da 118 a 137); del 24 aprile 2009, Koukou (C-519/08, punti da 82 a 91); del 23 novembre 2009, Lagoudakis e a. (da C-162/08 a C-164/08, punto 11), e del 1° ottobre 2010, Affatato (C-3/10, punto 37), nell’ambito delle quali veniva sollevata una questione analoga. Del resto, le citate sentenze Marrosu e Sardino nonché Vassallo riguardano la medesima normativa nazionale in questione nel procedimento principale”.*

¹³³⁷ Vedi, Corte giust. 26 gennaio 2012, in c. -50/13, Küçük, cit., spec. § 53.

¹³³⁸ Così, testualmente, la stessa Corte giust. 26 gennaio 2012, in c. -50/13, Küçük, cit., spec. § 55.

¹³³⁹ Vedi Corte giust. 13 marzo 2014, in c.190/13, spec. § 60.

In altri termini le *ragioni obiettive per la giustificazione del rinnovo* non possono essere integrate, in nessun caso, da *esigenze permanenti e durevoli in materia di assunzione di personale*.

3.4. Alla luce dell' *acquis giurisprudenziale* della Corte di giustizia, resta da domandarsi se – una volta risolto il *caso limite del precariato scolastico*¹³⁴⁰ – i nostri giudici comuni (e, segnatamente, i giudici di merito) possano accertare la conformità alla direttiva di *ragioni oggettive e sistema sanzionatorio* e – nel caso di accertamento negativo – provvedere alla interpretazione *conforme* – oppure, in alternativa, a proporre questione di legittimità costituzionale – delle disposizioni nazionali corrispondenti.

La risposta positiva, tuttavia, si rinviene in pronunce recenti dei nostri giudici di legittimità.¹³⁴¹

3.5. Ne risulta che la *società partecipata* da ente pubblico – e, come tale, soggetta ai vincoli di finanza pubblica – non si sottrae alla *conversione* del contratto a tempo determinato *illegittimo* – in contratto a tempo indeterminato – *conversione* che – per l'ente pubblico – è, invece, esclusa in dipendenza della *indefettibilità del concorso pubblico* per l'assunzione.

3.6. Pertanto la *indefettibilità del concorso pubblico* pare necessaria – e, forse, sufficiente – per *legittimare* l'accesso alla tutela risarcitoria – in luogo della *conversione* in rapporto a tempo indeterminato – nel caso di illegittima apposizione del termine al contratto di lavoro.

Mentre la tutela risarcitoria – per risultare *effettiva, proporzionata e dissuasiva* (in coerenza con le suggestioni della giurisprudenza della Corte di giustizia) – resta affidata ad un'auspicabile ripensamento – o, comunque, ad una *evoluzione virtuosa* – della nostra giurisprudenza di legittimità: a partire dalla corretta configurazione del danno – da illegittima apposizione del termine – che pare affatto diverso dal danno da *perdita di chances*.¹³⁴²

¹³⁴⁰ Discusso dinanzi alla Corte di giustizia nell'udienza del 27 marzo 2014.

¹³⁴¹ Cassazione, sezione lavoro, 18 ottobre 2013, n. 23702, secondo cui la società partecipata da ente pubblico loca resta, bensì, soggetta ai vincoli di finanza pubblica, ma non si sottrae alla normativa privatistica dei rapporti di lavoro e, segnatamente, alla *conversione* del contratto a tempo determinato illegittimo, invece esclusa – per gli enti pubblici – in dipendenza della *indefettibilità del concorso pubblico* per l'assunzione (come sottolineato, testualmente, da Corte cost. n. 227 del 2013, puntualmente richiamata insieme alla direttiva sul lavoro a tempo determinato)

Cass., sez. lav., ordinanza 25 febbraio 2014, n., rimette alle sezioni unite la questione se il divieto di assunzione senza concorso alle dipendenze di ente pubblico economico – previsto da legge della regione siciliana – giustifichi, nel caso di apposizione illegittima del termine, la tutela meramente risarcitoria.

Cass., sez. lavoro, 12 gennaio 2012 n. 392 (in Foro it., 2012, I, 421, con nota di richiami) pone – a carico del lavoratore – l'onere di provare il danno da apposizione illegittima del termine a contratto di lavoro. Ne risultano, tuttavia, problemi di compatibilità (presumibilmente alla radice della *dissenting opinion implicita* del relatore, sostituito dal Presidente del collegio per l'estensione della sentenza) con quanto stabilito dalla Corte di giustizia (vedine l'ordinanza 12 dicembre 2013, in c. 50/13, Papalia, cit.), secondo cui la direttiva deve essere interpretata nel senso che osta alla normativa nazionale, *“la quale, nell'ipotesi di utilizzo abusivo, da parte di un datore di lavoro pubblico, di una successione di contratti di lavoro a tempo determinato, preveda soltanto il diritto, per il lavoratore interessato, di ottenere il risarcimento del danno che egli reputi di aver sofferto a causa di ciò, restando esclusa qualsiasi trasformazione del rapporto di lavoro a tempo determinato in un rapporto di lavoro a tempo indeterminato, quando il diritto a detto risarcimento è subordinato all'obbligo, gravante su detto lavoratore, di fornire la prova di aver dovuto rinunciare a migliori opportunità di impiego, se detto obbligo ha come effetto di rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio, da parte del citato lavoratore, dei diritti conferiti dall'ordinamento dell'Unione”*.

¹³⁴² Come ritenuto, invece, da Cass. 12 gennaio 2012 n. 392, cit.

Il risarcimento, peraltro, risulta alternativo – rispetto alla *conversione in contratto a tempo indeterminato* – e, come tale, non può essere commisurato alla..*indennità forfettizzata* (di cui all'articolo 32, commi 5 ss. legge 4 ottobre 2010, n. 18, c.d. *collegato lavoro*)¹³⁴³ che, invece, concorre con la *conversione*.

3.7. Tuttavia la mera partecipazione dello stato (come di altro ente pubblico) al capitale di società privatistica – e la conseguente soggezione di questa a controlli pubblici ed, in genere, a vincoli di finanza pubblica – pare, da sola, sufficiente per ricondurre la società stessa alla nozione di *stato*, al fine della *efficacia diretta verticale* delle direttive.

L'inclusione della società Poste italiane – nella nozione di *stato*, appunto – induce alla conclusione ora proposta.

E pare coerente – sia detto, per inciso, in termini problematici – con l'*obbligo di risultato*, imposto dalle direttive – agli stati membri¹³⁴⁴ – e da questi realizzabile, anche attraverso la *partecipazione maggioritaria* o, comunque *di controllo* al capitale di società private.

4. Segue: attualità e prospettive in tema di principi del *favor* e del *non regresso* (art. 8 della direttiva).

La direttiva prevede espressamente (clausola 8, paragrafo 1, dell'accordo-quadro che ne risulta attuato) – al pari di altre direttive sociali¹³⁴⁵ – il *principio del favor*, che consente a stati membri e parti sociali di "*mantenere o introdurre disposizioni più favorevoli per i lavoratori di quelle stabilite nel presente accordo*".

È prevista, altresì, la *clausola di non regresso* (clausola 8, paragrafo 3), con la finalità di evitare che l'attuazione di una direttiva – volta a "*migliorare la qualità del lavoro a tempo determinato*" – diventi l'occasione per ridurre i livelli di tutela già garantiti dagli ordinamenti interni dei paesi membri dell'Unione europea.

4.1. Il *principio del favor* e la *clausola di non regresso* recano, entrambi, la previsione di criteri selettivi della disciplina – da applicare nel caso concreto – e ne impongono la *conformazione* agli ordinamenti interni degli stati membri.

Affatto diversi sono, tuttavia, gli ordinamenti da confrontare allo scopo di verificare il rispetto dei due principi:

- la direttiva e l'ordinamento nazionale di ciascun paese membro – per quanto riguarda il principio del *favor* – allo scopo di verificare quale sia il *trattamento più favorevole* per il lavoratore a tempo determinato;

¹³⁴³ Come sembra suggerire, invece, Cass. 21 agosto 2013, n. 19371.

¹³⁴⁴ Vedi art. 288, 3° comma, TUE.

¹³⁴⁵ Vedi M.DE LUCA, *Normativa comunitaria in materia di lavoro e giurisprudenza dei giudici ordinari italiani*, relazione al convegno internazionale sul tema *Il lavoro nel diritto comunitario e l'ordinamento italiano* Parma, 30 e 31 ottobre 1985), in *Foro it.*, 1986, I, 234, spec. § 3, 242 ss, al quale si rinvia per riferimenti ulteriori; ID., *Direttiva comunitaria in materia di lavoro a tempo determinato: attuazione nei paesi dell'Unione europea*, in *FORO IT.* 2002, V, 93, al quale parimenti si rinvia per riferimenti ulteriori.

- il livello di tutela – garantito al medesimo lavoratore, in ciascun ordinamento nazionale, prima e dopo l'attuazione della direttiva – allo scopo di verificare quale sia il *livello di tutela più elevato*, per quanto riguarda, invece, il *principio di non regresso*.

4.2. Resta, peraltro, il problema se il raffronto – per stabilire quale sia il *trattamento più favorevole* od il *livello di tutela più elevato* per i lavoratori a tempo determinato – debba essere effettuato in concreto oppure in astratto.

Ed, inoltre, se debba avere per oggetto il trattamento complessivo previsto da ciascuna fonte (tesi c.d. del *conglobamento*) oppure singole norme o istituti determinati, estraendo, così, da ciascuna fonte le disposizioni che, nel reciproco confronto, risultino più favorevoli, cumulandole tra loro (tesi c.d. del *cumulo*).

4.3. Per quanto riguarda il *principio del favor*, il raffronto sembra doversi effettuare in astratto ed avere per oggetto, da un lato, i principi della fonte comunitaria – quale la direttiva al nostro esame, che non reca (o, comunque, non reca soltanto) norme di dettaglio – e, dall'altro, la disposizione (o le disposizioni) che ne danno attuazione negli ordinamenti nazionali.

Per quanto riguarda, invece, la *clausola di non regresso*, la comparazione deve riguardare i *livelli di tutela* dei lavoratori a tempo determinato, che – nell'ambito dello stesso ordinamento nazionale – risultano garantiti prima – ed *in occasione* dell'attuazione – della direttiva in materia, senza che abbiano, di conseguenza, rilievo le eventuali contrazioni di tutela che non siano, in alcun modo, collegate con l'attuazione della stessa direttiva.¹³⁴⁶

In altri termini, non s'intende *crystallizzare* il livello di tutela, in precedenza raggiunto, ma – per quanto si è detto – soltanto evitare che l'attuazione di una direttiva – volta a "*migliorare la qualità del lavoro a tempo determinato*" – diventi l'occasione per ridurne i livelli di tutela già garantiti dagli ordinamenti interni dei paesi membri.

¹³⁴⁶ Vedi le lucide ed argomentate conclusioni dell'avvocato generale (condivise dalla Corte) in cause riunite da C-378/07 a C-380/07, Angelidaki:

"68. In primo luogo, una contrazione della tutela offerta ai lavoratori nel settore dei contratti a tempo determinato non è, in quanto tale, vietata dall'accordo quadro; piuttosto, una siffatta contrazione risulta consentita qualora non sia in alcun modo collegata con l'applicazione di detto accordo quadro. Il divieto di *reformatio in peius* di cui alla clausola 8, n. 3, non costituisce, quindi, una clausola di *stand-still* tale da vietare in assoluto una riduzione del livello di tutela esistente nel diritto nazionale alla data della trasposizione della direttiva 1999/70. Gli Stati membri e le parti sociali possono continuare ad adottare, mediante legge o mediante contratto collettivo, autonomi provvedimenti concernenti la disciplina del lavoro a tempo determinato; solo che tali provvedimenti devono essere adottati, a prescindere dall'applicazione dell'accordo quadro, in modo trasparente, e non possono ovviamente comportare alcuna violazione del restante diritto comunitario, in particolare non possono determinare un abbassamento della tutela minima perseguita attraverso l'accordo quadro.

69. In secondo luogo, il divieto di *reformatio in peius* di cui alla clausola 8, n. 3, dell'accordo quadro si riferisce esclusivamente ad una riduzione del livello generale di tutela offerto ai lavoratori in materia di lavoro a tempo determinato. Il divieto di *reformatio in peius* non osta, quindi, all'abrogazione o al depotenziamento di una specifica misura di tutela dei lavoratori, a meno che in tal modo non si diminuisca, nel suo complesso, il livello di tutela offerto ai lavoratori a tempo determinato. Non può escludersi che una misura con la quale si diminuisca la tutela dei lavoratori assuma solo un peso irrilevante rispetto al livello generale di tutela, ovvero che essa intervenga, unitamente ad altre misure migliorative della tutela dei lavoratori che ne compensano l'effetto, sicché nel complesso non si produca alcuna riduzione del livello generale di tutela".

4.4. In coerenza con il *principio del favor*, infatti, la Corte di giustizia¹³⁴⁷ – all’esito della *constatazione* diretta – nega, da un lato, la *comparabilità* – tra “l’indennità corrisposta in caso di illecita apposizione di un termine ad un contratto di lavoro a tempo determinato e quella versata in caso di illecita interruzione di un contratto di lavoro a tempo indeterminato” – e, dall’altro, sembra escludere – come pure si è detto – che il nostro ordinamento tratti “*in maniera identica*” le stesse indennità.

Né pare assumere rilievo, a tale fine, il raffronto tra le discipline nazionali che – in materia – si sono succedute nel tempo¹³⁴⁸.

4.5. Tuttavia il raffronto *in astratto* tra ordinamento comunitario e ordinamento nazionale – (anche) al fine dell’applicazione dello stesso *principio del favor* – risulta dalla sentenza della Corte di giustizia¹³⁴⁹ – in tema di *trasferimento di ramo di azienda non preesistente* –, laddove si legge:

“37. Infatti, il considerando 3 della direttiva 2001/23 afferma che occorre adottare le disposizioni necessarie per proteggere i lavoratori in caso di cambiamento dell’imprenditore, in particolare per assicurare il mantenimento dei loro diritti.

38. Pertanto, il citato considerando evidenzia il rischio rappresentato, per il mantenimento dei diritti dei lavoratori, dalla situazione di subentro di un nuovo imprenditore, nonché la necessità di tutelare i lavoratori dinanzi a tale rischio mediante l’adozione di opportune disposizioni.

39. Dunque, la semplice mancanza di autonomia funzionale dell’entità trasferita non può, di per sé, costituire un ostacolo a che uno Stato membro garantisca nel proprio ordinamento interno il mantenimento dei diritti dei lavoratori dopo il cambiamento dell’imprenditore.

40. Tale conclusione è corroborata dall’articolo 8 della direttiva 2001/23, il quale dispone che quest’ultima non pregiudica la facoltà degli Stati membri di applicare o di introdurre disposizioni legislative, regolamentari o amministrative più favorevoli ai lavoratori.

41. Infatti, la direttiva summenzionata è intesa soltanto ad un’armonizzazione parziale della materia in oggetto, e non mira ad instaurare un livello di tutela uniforme per tutta l’Unione secondo criteri comuni, bensì a garantire che il lavoratore interessato sia tutelato, nei suoi rapporti con il cessionario, allo stesso modo in cui lo era nei suoi rapporti con il cedente, in forza delle norme giuridiche dello Stato membro interessato (v., in tal senso, sentenze del 12 novembre 1992, Watson Rask e Christensen, C-209/91, Racc. pag. I-5755, punto 27, nonché del 6 novembre 2003, Martin e a. C-4/01, Racc. pag. I-12859, punto 41).

42. Alla luce di tutte le considerazioni che precedono, occorre rispondere alla prima questione sollevata dichiarando che l’articolo 1, paragrafo 1, lettere a) e b), della direttiva 2001/23 deve essere interpretato nel senso che non osta ad una normativa nazionale, come quella oggetto del procedimento principale, la quale, in presenza di un trasferimento di una parte di impresa, consente la successione del cessionario al cedente nei rapporti di lavoro nell’ipotesi in cui la parte di

¹³⁴⁷ Vedi Corte giust. 12 dicembre 2013, C-361/12; Carratù c. Soc. Poste Italiane, cit.

¹³⁴⁸ Come sembra ritenere, invece, Trib. Napoli 18 dicembre 2013, in Foro it., 2014, I, 586, con nota di richiami.

¹³⁴⁹ Vedi Corte giust. 6 marzo 2014, C- 458/12.

impresa in questione non costituisca un'entità economica funzionalmente autonoma preesistente al suo trasferimento”.

Infatti ne risulta palesemente negato qualsiasi rilievo – (anche) in relazione, appunto, al *principio del favor* – alla circostanza che, nel caso concreto, l'interesse dei lavoratori fosse volto ad ottenere – con la negazione del *trasferimento di ramo d'azienda* – la prosecuzione del rapporto di lavoro con il cedente.¹³⁵⁰

4.6. Il *principio del favor*, quindi, e la *clausola di non regresso* (art. 8. Paragrafi 1 e 3 della direttiva) – alla luce dell'*acquis giurisprudenziale* della Corte di giustizia – possono essere dai giudici comuni nazionali (e, segnatamente, dai nostri giudici di merito) applicati – nelle *controversie tra privati* (sia pure nel senso ampio prospettato) – quali criteri selettivi della disciplina del *caso concreto*.

5. Segue: problemi aperti in tema di *leggi nazionali interpretative o, comunque, retroattive e di acausalità del primo ed unico contratto a tempo determinato*.

Da un lato, non risulta ancora affrontata dalla Corte di giustizia la questione – di *legittimità comunitaria*, per così dire – concernente le nostre disposizioni di legge – interpretative o, comunque, retroattive – (anche) in materia di contratti di lavoro a tempo determinato.¹³⁵¹

Parimenti non risulta affrontata, dall'altro, la questione relativa alla *acausalità* del primo ed unico contratto a termine.¹³⁵²

Eppure si tratta di questioni, per le quali l'intervento della Corte di giustizia pare indispensabile.

¹³⁵⁰ Dalla sentenza della Corte di giustizia (paragrafo 18), infatti, risulta che i lavoratori – ricorrenti nel procedimento principale – “ritenendo che tale conferimento non potesse essere qualificato come trasferimento di parte di azienda ai sensi dell'articolo 2112, comma 5, del codice civile, (...) hanno adito il Tribunale di Trento in qualità di giudice del lavoro, al fine di far constatare che il suddetto conferimento era inefficace nei loro confronti e che, di conseguenza, il loro rapporto di lavoro aveva continuato a sussistere con T.I.I. Italia”.

Né rileva, in contrario, la circostanza che la pretesa degli stessi lavoratori possa risultare fondata – in base al nostro ordinamento nazionale – secondo la giurisprudenza consolidata della Corte di cassazione (vedine, da ultima la sentenza 8756 del 15 aprile 2014, resa all'udienza del 26 febbraio precedente).

Infatti la Corte di giustizia non pronuncia sul diritto nazionale – per quanto si è detto – e ne assume l'interpretazione del *giudice del rinvio*, peraltro al limitato fine di verificare la *rilevanza della questione pregiudiziale* proposta, di interpretazione – appunto – del diritto dell'Unione europea.

Ne risulta confermato che il *rinvio pregiudiziale* non è, all'evidenza, un grado ulteriore di giudizio, come tale destinato a condurre, in ogni caso, ad una decisione di maggiore favore.

Mentre il silenzio della ricordata sentenza della Corte di cassazione (resa all'udienza del del 26 febbraio 2014 e pubblicata il 16 aprile successivo) – in ordine alla sentenza della Corte di giustizia – pare giustificata dalla circostanza che la sentenza della stessa Corte (del 6 marzo 2014) è successiva all'udienza di decisione (26 febbraio 2014) – ancorché precedente a quella di deposito (15 aprile 2014) – della ricordata sentenza della nostra Corte di cassazione.

¹³⁵¹ Vedi art. 10 (*Esclusioni e discipline specifiche*), comma 4 bis, del decreto legislativo 6 settembre 2001, n. 368 (quale risulta a seguito delle modifiche introdotte dall'articolo 9, comma 18, del D.L. 13 maggio 2011, n. 70, dall'articolo 4, comma 4-bis, del D.L. 18 maggio 2013, n. 54, convertito, con modificazioni, dalla Legge 18 luglio 2013, n.85 e dall'articolo 4, comma 10, del D.L. 31 agosto 2013, n. 101), secondo cui “(...) sono altresì esclusi dall'applicazione del presente decreto i contratti a tempo determinato stipulati per il conferimento delle supplenze del personale docente ed ATA, considerata la necessità di garantire la costante erogazione del servizio scolastico ed educativo anche in caso di assenza temporanea del personale docente ed ATA con rapporto di lavoro a tempo indeterminato ed anche determinato. In ogni caso non si applica l'articolo 5, comma 4-bis, del presente decreto”.

¹³⁵² Vedi art. 1, comma 9, lettera b, della legge n. 92 del 2012 e decreto legge n. 34 del 2014.

5.1. Quanto alle leggi interpretative o, comunque, retroattive, la questione di *legittimità convenzionale* (art. 6 convenzione EDU, in relazione all'art. 117, 1° comma, cost.) registra un contrasto di giurisprudenza – tra la Corte EDU e la nostra Corte costituzionale¹³⁵³ – che risulta composto dall'ultima parola – che la nostra Corte costituzionale *si riserva*, in applicazione dei c.d. *controlimiti* – oppure alla pronunce, finora di *assorbimento*¹³⁵⁴, della Corte di giustizia.

Queste, infatti, *prevalgono* – per quanto si è detto – su qualsiasi fonte nazionale.

Palese risulta, quindi, la necessità di una decisione – sul merito – della Corte di giustizia sulla stessa questione.¹³⁵⁵

In alternativa, resta, tuttavia, il *Protocollo n. 16 alla Convenzione per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali (Strasburgo, 2.X.2013)* – che prevede – su richiesta delle *più alte giurisdizioni* dei paesi membri del Consiglio d'Europa – il *parere consultivo facoltativo e non vincolante* della Grande camera della Corte EDU.

Sempre che le nostre *più alte giurisdizioni* – vincendo la tradizionale *autarchia* – intendano avvalersi, effettivamente, di questo *strumento* prezioso.

5.2. Quanto alla *acausalità* del primo ed unico contratto di lavoro a tempo determinato, poi, pare certo che rientri nel *campo d'applicazione* della direttiva (clausola 2) e, come tale, sia soggetto a tutte le *clausole* della direttiva stessa, fatta eccezione per le esplicite esclusioni.

Fra queste esclusioni sembra rientrare – ma risulta, talora, contestato¹³⁵⁶ – la clausola 5, in quanto reca *misure di prevenzione degli abusi derivanti dall'utilizzo* – non già dell'unico contratto, ma – *di una successione di contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato*".

¹³⁵³ Vedi riferimenti in M. DE LUCA, *Quanto incide l'allargamento dei controlimiti sulla efficacia delle norme cedu*, in Foro it., 2013, I, 791.

Alla radice del contrasto, pare l'allargamento dei *controlimiti*: i parametri costituzionali – che giustificano la disciplina a regime – vengono, infatti, riproposti per *legittimare* la violazione del divieto di leggi retroattive, trascurandone la *funzione strumentale* di garantire la *parità delle parti* nel processo (ai sensi dell'art. 6 convenzione EDU).

¹³⁵⁴ Vedi Corte giust. UE (Grande sezione) 6 settembre 2011, in c.108/10, *SCATTOION*, spec. § 84 (in Foro it., 2011, IV, 489, con nota di G. RICCI) – nel *caso personale ATA* – che ritiene *assorbita* la questione – decisa dalla Corte EDU nel *caso Agrati* (Corte eur. diritti dell'uomo 7 giugno 2011, Agrati e altri c. Italia, cit. nella nota di G. RICCI) – concernente la *legittimità convenzionale* di norma interpretativa del nostro ordinamento nazionale.

¹³⁵⁵ Risulta, invero, posta e discussa dinanzi alla Corte di giustizia – nel *caso dei precari della scuola* – ma potrebbe, tuttavia, risultare *assorbita* – ancora una volta – dalla *efficacia ex tunc* della pronuncia relativa alla disciplina a regime.

¹³⁵⁶ Vedi, da ultimo, il *dossier* della Camera dei Deputati sul decreto-legge n. 34 del 214, che – ritenendo applicabile, appunto, la clausola 5 della direttiva – perviene alle conclusioni seguenti:

"Alla luce del quadro normativo e giurisprudenziale comunitario, pertanto, l'eliminazione della causale per i contratti a termine non configura un contrasto con la normativa comunitaria, in considerazione del fatto che la normativa vigente prevede comunque misure volte alla prevenzione di abusi (durata massima totale dei contratti a termine successivi; pause nel caso di rinnovi del contratto; sanzione della trasformazione in contratto a tempo indeterminato), cui si aggiungono quelle introdotte dal decreto-legge in esame (numero massimo di otto proroghe; limite quantitativo alla stipula di contratti a termine da parte di uno stesso datore di lavoro, pari al 20% dell'organico complessivo)".

Analogamente, il Senatore Pietro Ichino, *relatore*, nella seduta del 30 aprile 2014 della Commissione lavoro del Senato, ha osservato: *"Sul tema dei limiti ai contratti a termine, considera improprio il rilievo di incompatibilità con la norma europea, dal momento che la direttiva dell'Unione richiede l'apposizione di un solo limite cronologico o quantitativo al rinnovo dei contratti, mentre il provvedimento del Governo contingente l'utilizzo dello strumento sia nell'uno che nell'altro senso"*.

Coerente risulta, poi, la previsione esplicita della stessa clausola (§ 1, lettere a, b, c) – quali *misure di prevenzione* alternative – di:

- *ragioni obiettive per la giustificazione del rinnovo* del contratto e non già della stipulazione dell'unico contratto;
- *durata massima totale dei contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato successivi* e non già del singolo contratto o rapporto;
- *numero massimo dei rinnovi*.

5.3. Tuttavia la direttiva non reca alcuna clausola specifica in tema di primo ed unico contratto di lavoro a tempo determinato.

5.4. La Corte di giustizia, pertanto, dovrebbe essere chiamata a stabilire se la direttiva rechi, effettivamente, quel *principio generale* – che il nostro legislatore le attribuisce¹³⁵⁷ – secondo cui *“il rapporto di lavoro subordinato è normalmente a tempo indeterminato, costituendo l'apposizione del termine una ipotesi derogatoria pur nel sistema, del tutto nuovo, della previsione di una clausola generale legittimante l'apposizione del termine “per ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo” (...)”*.¹³⁵⁸

Solo se previsto effettivamente dalla direttiva, infatti, tale principio non sarebbe derogabile da legislazioni nazionali e se ne potrebbe, peraltro, demandare l'interpretazione – mediante *rinvio pregiudiziale* – alla Corte di giustizia dell'Unione europea.

5.5. Per la soluzione positiva della questione prospettata, tuttavia, sembra cospirare più di una ragione.

Intanto *“i contratti a tempo indeterminato sono e continueranno ad essere la forma comune del rapporto di lavoro”* – si legge in apertura del *preambolo* (ed, in sostanziale conformità, al punto 6 delle *considerazioni generali*) dell'accordo-quadro – pur riconoscendo contestualmente, tuttavia, che *“i contratti a tempo determinato rispondono, in alcune circostanze, sia alle esigenze dei datori di lavoro sia a quelle dei lavoratori”*.

Meritano condivisione, invece, le contestuali conclusioni dello stesso Senatore Ichino – circa la *inconferenza* della sentenza della Corte costituzionale n. 41 del 2000, che ha dichiarato l'inammissibilità del referendum abrogativo della legge sui contratti a termine allora in vigore (legge n. del 1962) – sebbene la *ratio decidendi* riposi sul rilievo che la legge investita reca la *conformazione anticipata* alla direttiva in materia e non già sul rilievo che la proposta referendaria fosse *“atta a rimuovere qualsiasi limite alla stipulazione di contratti a termine”* (come prospetta il Sen. Ichino).

¹³⁵⁷ *“Con l'articolo 1 del decreto legislativo 6 settembre 2001, n. 368, anche anteriormente alla modifica introdotta dall'articolo 39 della legge 247 del 2007”*: così, testualmente, la giurisprudenza *consolidata* della Corte di cassazione (vedi *infra*).

¹³⁵⁸ In tal senso è la giurisprudenza *consolidata*: vedi, per tutte, Cass. 21 maggio 2008, n. 12985, in Foro it., 2008, I, 3569, con nota di A.M. PERRINO, *Il paradosso del contratto a termine: l'enfasi dei principi e la «Realpolitik» delle regole*; 1 febbraio 2010, n. 2279, Foro it. 2010, I, 1169, con nota di richiami; 27 marzo 2014, n. 7244.

Coerentemente, "l'utilizzazione di contratti del lavoro a tempo determinato" – come pure si legge nell'accordo-quadro (punto 7 delle *Considerazioni generali*) – "é basata su ragioni oggettive".

Tali *ragioni* sembrano, quindi, elementi essenziali del tipo contrattuale del lavoro a tempo determinato, appunto, e ne confermano la permanente *specialità*".

5.6. Né rileva, in contrario, la *definizione* di "lavoratore a tempo determinato" (clausola 3 dell'accordo-quadro) come "persona con un contratto o rapporto di lavoro (.....) il cui termine é determinato da condizioni oggettive, quali il raggiungimento di una certa data, il completamento di un compito specifico o il verificarsi di un evento specifico".¹³⁵⁹

La *definizione* pare volta, infatti, a delimitare il campo d'applicazione della direttiva.

Di conseguenza, le fattispecie concrete – *sussumibili* nella (o *riconducibili* alla) definizione in esame – sono soggette alla disciplina della direttiva, sia per quanto riguarda i requisiti essenziali del *tipo contrattuale* – quali, appunto, le "ragioni oggettive" – sia per quanto riguarda l'applicazione delle disposizioni della direttiva.

Coerentemente, gli stati membri risultano, infatti, *facultizzati* ad escludere – dal campo d'applicazione della direttiva (clausola 2 dell'accordo-quadro) – alcuni contratti di lavoro (quali i contratti di formazione, di apprendistato, d'inserimento) – che rientrano nella definizione ricordata, essendone "il termine determinato da condizioni oggettive" – proprio perché, in difetto di espressa esclusione, sarebbero soggetti alla disciplina della direttiva medesima.

Non resta che attendere la decisione della Corte di giustizia, opportunamente investita da rinvio pregiudiziale oppure in sede di procedura d'infrazione.

6. Segue: problemi aperti in tema di *seguiti* nella giurisprudenza nazionale.

La configurazione come *ius superveniens* – proposta dalla giurisprudenza *consolidata* della Corte di cassazione¹³⁶⁰ – per le sentenze della Corte di giustizia, ne comporta l'efficacia immediata nell'ordinamento nazionale e coerenti implicazioni, tra l'altro, nei giudizi di rinvio.¹³⁶¹

Coerentemente, trova, infatti, applicazione in tali giudizi – entro i limiti, beninteso, del *giudicato interno* – all'uopo *travalicando*, se del caso, il *principio di diritto* enunciato dalla sentenza di cassazione con rinvio.¹³⁶²

Pare, invece, controverso se, nel giudizio di rinvio, le parti possano prendere – parimenti entro i limiti del *giudicato interno* – conclusioni diverse da quelle prese nel giudizio nel quale fu pronunciata la sentenza cassata.

¹³⁵⁹ Vedi M.DE LUCA, *Direttiva comunitaria in materia di lavoro a tempo determinato: attuazione nei paesi dell'Unione europea*, cit., spec. § 4

¹³⁶⁰ Vedi, per tutte, Cass. 9 ottobre 1998, n. 10035; 24 maggio 2005, n. 10939, in *Gazzetta giur.*, 1998, fasc. 40, 46.

¹³⁶¹ In tal senso è la giurisprudenza consolidata: vedi per tutte, Cass. n. 5567/82, 4711/81, 1302/86, nonché 3312/83; 2238/85; 689/86; 3542/87; 3353/89; 978/90; 7097/93; 1281/94; 11799/95; 9015/99; 8403/01; 20128/13.

¹³⁶² Sul *travalcamento* del *principio di diritto*, vedi, per tutte Cass. 9 ottobre 1998 n. 10035.

6.1. Intanto è stato, talora, sostenuto che l'efficacia immediata dello *ius superveniens* – sull'ordinamento nazionale – incide, nel giudizio di rinvio, soltanto sulla materia ritualmente già dedotta – *a tempo debito* – nella controversia.¹³⁶³

Sembra ricevere, tuttavia, maggiori consensi – e meritare condivisione – la tesi di segno contrario.

6.2. È ben vero, infatti, che – nel giudizio di rinvio – è vietato alle parti (art. 394 c.p.c.) di "*prendere conclusioni diverse da quelle prese nel giudizio nel quale fu pronunciata la sentenza cassata*".

Il divieto, tuttavia, è contestualmente escluso se "*la necessità delle nuove conclusioni sorga dalla sentenza della cassazione*".

Tale eccezione, poi, è stata interpretata – dalla giurisprudenza di legittimità – nel senso che "*le nuove conclusioni sono ammesse, in quanto rese necessarie dalla sentenza di cassazione, quando questa abbia determinato una modificazione della materia del contendere, definendo in modo diverso il rapporto dedotto in giudizio ed imprimendo alla causa un nuovo indirizzo con conseguente necessario mutamento della difesa delle parti (sent. 22 maggio 1987 n. 4678)*".

Inoltre è stata "*ravvisata eccezione al divieto quando si debba applicare ius superveniens (sent. 4 febbraio 1986 n. 689)*".

Questa eccezione ulteriore, poi, "*va intesa secondo lo spirito della norma, avente lo scopo di rendere possibile, nel giudizio di rinvio, l'adozione di un sistema difensivo diverso da quello assunto nel precedente giudizio perché allora escluso*".¹³⁶⁴

Né può esserne trascurata la coerenza con la *strumentalità del processo*, in quanto garantisce la decisione sul merito in luogo della pronuncia – meramente processuale – di inammissibilità delle *nuove conclusioni*.¹³⁶⁵

6.3. La tesi restrittiva pare, tuttavia, seguita da alcuni giudici di merito – nel caso ATA, in sede di rinvio, appunto – laddove si legge:

"Al riguardo si osserva che le deduzioni e le allegazioni contenute nei ricorsi in riassunzione, riguardanti il peggioramento retributivo sostanziale rispetto alle condizioni immediatamente antecedenti al loro trasferimento, devono ritenersi inammissibili, in quanto proposte soltanto nel presente giudizio di rinvio poiché, come già evidenziato, con i ricorsi introduttivi gli appellanti incidentali non avevano mai lamentato un simile peggioramento, avendo invece chiesto soltanto il

¹³⁶³ Vedi Cass. 27 aprile 1993, n. 4923.

¹³⁶⁴ Così, testualmente, Cass. 10 febbraio 1990, n. 978, alla quale si rinvia per riferimenti ulteriori.

¹³⁶⁵ Sulla *strumentalità del processo*, vedi: M. DE LUCA, *Diritti dei lavoratori: strumentalità del processo versus declino della tutela giurisdizionale effettiva (a quarant'anni dalla fondazione del nuovo processo del lavoro)*, in Riv. It. dir. lav., 2013, I, 271; ID., *Procedimento specifico in materia di licenziamenti: per una lettura coerente con la strumentalità del processo*, in Argomenti di diritto del lavoro, 2013, I, 615; ID., *Reclamo contro la sentenza di primo grado nel procedimento specifico in materia di licenziamenti (articolo 1, commi 58 ss, legge n. 92 del 2012): natura, forma e filtro dell'appello*, in RIDL, 2013, I, 847. Ad essi si rinvia per riferimenti ulteriori.

riconoscimento – ai fini dell'anzianità- del periodo di servizio presso l'ente di provenienza con le relative conseguenze ai fini dell'inquadramento.

Analogamente, deve ritenersi inammissibile – in quanto tardiva- anche la produzione documentale effettuata soltanto nel presente grado dai ricorrenti in riassunzione e relativa al loro inquadramento giuridico economico (cfr. allegati al n. 7 del fascicolo dei ricorrenti in riassunzione)".¹³⁶⁶

Non resta che confidare in un ripensamento virtuoso della nostra giurisprudenza, prima di sottoporre alla Corte di giustizia *questione pregiudiziale* circa la *efficacia* – negli ordinamenti nazionali – delle sentenze della stessa Corte.

7. Segue: note conclusive.

Sembra competere, dunque, al giudice comune nazionale (e, segnatamente, anche ai nostri giudici di merito) la individuazione della *regola del caso concreto*, all'uopo realizzando – se del caso – la *sintesi* tra interpretazioni del diritto comunitario (ed, ora, eurounitario) della Corte UE e norme interne.

In tale prospettiva, la norma eurounitaria dotata di efficacia diretta – se *regola* il caso concreto – deve essere applicata, anche in luogo della eventuale norma interna confliggente.

Per le norme eurounitarie non dotate di efficacia diretta, invece, *l'interpretazione conforme* pare l'unica alternativa – rispetto alla questione di legittimità costituzionale – delle norme interne.

7.1. Resta da domandarsi, tuttavia, se i giudici comuni nazionali (e, segnatamente, i nostri giudici di merito) possano decidere controversie in tema di contratti di lavoro a tempo determinato – sulla base dell'*aquis giurisprudenziale* della Corte di giustizia – senza ricorrere al *rinvio pregiudiziale* alla stessa Corte.

La risposta positiva – quantomeno dopo l'attesa pronuncia della Corte sui *precari della scuola* – pare imposta dagli obiettivi virtuosi che ne risultano perseguiti: i tempi della giustizia si coniugano, in tale prospettiva, con la salvaguardia della Corte dalla crisi da *inflazione* dei rinvii.

E, peraltro, sembra possibile alla luce del prospettato sistema giurisprudenziale della stessa Corte.

Restano, tuttavia, problemi aperti – solo in parte segnalati – che continuano a giustificare il rinvio pregiudiziale.

7.2. Resta, peraltro, la necessità di *ottimizzare i seguiti* – nella giurisprudenza dei nostri giudici comuni (e segnatamente, dei nostri giudici di merito) – della pronunce della Corte di giustizia.

La loro *efficacia erga omnes* – coerente con la natura di *fonte* – ne impone, infatti, l'applicazione, anche al di fuori del *giudizio del rinvio pregiudiziale*.

¹³⁶⁶ Così, testualmente, App. Roma 14 febbraio 2014, Pres. A.DI PAOLANTONIO; Est.G. POSCIA, Colimegno Salvatore ed altri (avv. Paolo Stella Richther e Rosanna Serafini) c. Ministero dell'Istruzione, Università e Ricerca (avv. Gen. Stato), a seguito di rinvio disposto dalla Corte di Cassazione con sentenza n. 10034/2012

E la decisione sul merito – in applicazione della *normativa di risulta*, all'esito della pronuncia della Corte di giustizia – pare coerente, altresì, con la *strumentalità del processo*.

7.3. Il *patrimonio costituzionale comune* – come è stato ricordato nell'*incipit* – offre sicure garanzie ai diritti dei lavoratori *flessibili*, anche alle dipendenze di amministrazioni pubbliche.

Tuttavia è il *primato* dell'ordinamento eurounitario – che *prevale* rispetto alle fonti, anche costituzionali, degli ordinamenti nazionali – ad assicurare una preziosa garanzia ulteriore.

Ne risulta, infatti, la salvaguardia contro il rischio – indagato dal *più classico dei classici sulla democrazia*¹³⁶⁷– di qualsiasi *dittatura della maggioranza* a livello nazionale.

¹³⁶⁷ ALEXIS DE TOCQUEVILLE, *La democrazia in America*, Milano, Rizzoli, 2003, spec. Libro secondo, capitolo VII (*l'onnipotenza della maggioranza negli Stati Uniti e i suoi effetti*), pag. 253 ss.

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, V, 442.

La disciplina del contratto di lavoro a tempo determinato: novità e implicazioni sistematiche*

Mariella Magnani

1. Le ragioni della decretazione d'urgenza nella riforma del lavoro a termine.	468
2. La sostituzione del principio della causalità con quello della acausalità.	468
3. Il significato del comma 01 del d.lgvo 368/2001.	469
4. Dalla fattispecie qualitativa alla fattispecie quantitativa.	470
5. La persistenza del regime degli intervalli nella successione di contratti a termine.	471
6. Il regime sanzionatorio in caso di violazione del limite percentuale.	472
7. L'esclusione dei datori di lavoro fino a cinque dipendenti.	473
8. Il regime intertemporale.	473
9. Dopo il contratto a termine, il cd. Jobs Act?	474

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 212/2014

1. Le ragioni della decretazione d'urgenza nella riforma del lavoro a termine.

Nonostante la portata, che, se non rivoluzionaria, è da definire di svolta, della norma principale contenuta nel d.l. n. 34/2014, oggi convertito nella legge 16 maggio 2014, n. 78 (la previsione di un contratto a termine acausale fino a tre anni), l'impressione è di aver avuto di fronte un dibattito vecchio, come vecchio è stato il dibattito che ha accompagnato la modifica dell'art. 18 St. lav. In quel caso, le contrapposizioni manichee hanno portato a risultati discutibili, che hanno affidato al giudice un ampio potere discrezionale.

C'è da augurarsi che ciò non avvenga pure con la modifica della disciplina del contratto a termine, anche perché l'intendimento perseguito dal Governo prima e dal Parlamento dopo era esattamente l'opposto.

Va notata innanzitutto l'adozione di un decreto-legge (intitolato "Disposizioni urgenti per favorire il rilancio dell'occupazione e per la semplificazione degli adempimenti a carico delle imprese"), nonostante di lì a poco sia stato presentato un d.d.l. di riforma del mercato del lavoro¹³⁶⁸, per varare le nuove misure in materia di lavoro a termine e di apprendistato.

E nessuno ha dubitato della ricorrenza dei requisiti per la decretazione di urgenza: il Presidente della Repubblica rinviene i requisiti di cui all'art. 77 della Costituzione nella "straordinaria necessità ed urgenza di emanare disposizioni volte a semplificare alcune tipologie contrattuali di lavoro, al fine di generare nuova occupazione, in particolare giovanile"¹³⁶⁹.

È interessante che una svolta così significativa, nella normativa e nella stessa concezione del contratto a termine, venga presentata, in tono dimesso, come misura volta a semplificare la tipologia contrattuale, al fine di generare nuova occupazione, in specie giovanile. Ma la rappresentazione non è lontana dal vero, se si considera che il contratto a tempo determinato, visto dall'esterno come viatico per la flessibilità, è stato spesso percepito come una trappola dai datori di lavoro, considerata l'intensità del contenzioso alimentato dalla vecchia clausola a precetto generico.

Ho sottolineato l'uso del decreto-legge, anche se, è appena il caso di evidenziarlo, gli effetti propulsivi o proattivi, nelle intenzioni, immediati, del decreto, sono stati in qualche misura paralizzati dalla talora imprecisa formulazione del testo e dal dibattito subito aperto sulla opportunità di procedere a modifiche, e su punti praticamente non marginali, dello stesso¹³⁷⁰.

2. La sostituzione del principio della causalità con quello della acausalità.

L'analisi delle novità e delle implicazioni sistematiche della nuova disciplina del contratto a termine non è particolarmente agevole, perché la principale innovazione introdotta (previsione della acausalità del contratto a termine fino a trentasei mesi: v. art. 1, 1° comma, d.lgvo 368/2001), si

¹³⁶⁸ Il cd. Jobs Act: si tratta del d.d.l. n. 1428, presentato al Senato il 3 aprile 2014, avente ad oggetto "Deleghe al Governo in materia di riforma degli ammortizzatori sociali, dei servizi per il lavoro e delle politiche attive, nonché in materia di riordino dei rapporti di lavoro e di sostegno alla maternità e alla conciliazione dei tempi di vita e di lavoro".

¹³⁶⁹ Ed invero, secondo le ultime rilevazioni Istat, se il tasso di disoccupazione generale è pari al 12,7% (contro una media europea pari al 10,5%), il tasso di disoccupazione giovanile è addirittura pari al 42,7% (a fronte di una media europea pari al 27%).

¹³⁷⁰ Dubita infatti, anche sotto questo profilo, sull'effetto shock sull'occupazione da parte del decreto L. MARIUCCI, *La semplificazione che complica il lavoro*, www.lavoceinfo.info, 15 aprile 2014.

innesta su una stratificazione normativa che risale alla storica l. n. 230 del 1962, per poi passare, per citare i provvedimenti più importanti, per la l. n. 56 del 1987, la l. n. 196 del 1997, il d.lgvo n. 368 del 2001, la l. n. 247 del 2007, la l. n. 133 del 2008, la l. n. 92 del 2012, il cd. decreto sviluppo (d.l. n. 83 del 2012, convertito nella l. n. 134 del 2012), il cd. decreto Giovannini (d.l. n. 76 del 2013, convertito nella l. n. 99 del 2013).

Nell'attuale disciplina sul contratto a termine troviamo lasciti di tutte queste stagioni e, perfino, della "vecchia signora"¹³⁷¹, anche se pensionata (la l. n. 230 abrogata).

È per questo che non è così facile, con una semplice incisione chirurgica, come vorrebbe fare il decreto n. 34, sostituire al principio della causalità del contratto a termine quello opposto della acausalità in un impianto normativo che sulla causalità è conformato: è un'operazione che rischia di dare la stura a problemi applicativi in parte evidenti, in parte imprevedibili, con buona pace delle esigenze di semplificazione e di certezza. Certamente la mancanza delle condizioni per un dialogo sociale ha pesato nel produrre questo risultato. E ciò diversamente, ad esempio, da quanto accaduto in Olanda, ove si sta procedendo ad una modifica della disciplina del contratto a termine (anche là "acausale"), che prevede la riduzione del limite massimo di durata di 3 anni a 2 anni, a seguito di un accordo tra le parti sociali.

3. Il significato del comma 01 del d.lgvo 368/2001.

Stando strettamente all'analisi della nuova disciplina del contratto a termine, resta la previsione del comma 01 dell'art. 1 del d.lgvo n. 368 per cui "il contratto di lavoro a tempo indeterminato costituisce la forma comune di rapporto di lavoro"¹³⁷². È l'equivalente della disposizione contenuta nel preambolo dell'accordo tra le parti sociali europee, tradotto nella direttiva 99/70/CE¹³⁷³.

Si tratta di una disposizione contenuta nel preambolo dell'accordo, che ne illustra le finalità, ma che non entra nel contenuto precettivo del medesimo (e dunque della direttiva). Talora si osserva che questa previsione può essere un mezzo di interpretazione delle disposizioni della direttiva, che, tuttavia, restano solo quelle nella medesima contenuta ed in particolare, per quanto ci riguarda, quelle di cui alla clausola 5, relativa alle "Misure di prevenzione degli abusi"¹³⁷⁴. E non mi consta che in nessuna sentenza della Corte di giustizia il preambolo abbia assunto un ruolo autonomo nella decisione, poggiata invece sempre sulla clausola 5.

¹³⁷¹ Per usare l'espressione icastica di L. MONTUSCHI, *Ancora nuove regole per il lavoro a termine*, ADL, 2002, 42.

¹³⁷² In questi termini è stato modificato, dalla legge n. 92 del 2012, il comma 01 che, nel testo introdotto dalla l. n. 247 del 2007, disponeva: "Il contratto di lavoro subordinato è stipulato di regola a tempo indeterminato".

¹³⁷³ Così si dispone nel preambolo dell'Accordo quadro sul lavoro a tempo determinato: "le parti firmatarie dell'accordo riconoscono che i contratti a tempo indeterminato sono e continueranno ad essere la forma comune dei rapporti di lavoro fra i datori di lavoro e i lavoratori". In un'ottica compromissoria, da tutti riconosciuta, peraltro si aggiunge che "esse inoltre riconoscono che i contratti a tempo determinato rispondono, in alcune circostanze, sia alle esigenze dei datori di lavoro sia a quelle dei lavoratori".

¹³⁷⁴ La clausola 5 prevede che "per prevenire gli abusi derivanti dall'utilizzo di una successione di contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato, gli Stati membri, previa consultazione delle parti sociali a norma delle leggi, dei contratti collettivi e della prassi nazionali, e/o le parti sociali stesse, dovranno introdurre, in assenza di norme equivalenti per la prevenzione degli abusi e in un modo che tenga conto delle esigenze di settori e/o categorie specifici di lavoratori, una o più misure relative a: a) ragioni obiettive per la giustificazione del rinnovo dei suddetti contratti o rapporti; b) la durata massima totale dei contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato successivi; c) il numero dei rinnovi dei suddetti contratti o rapporti".

Per inciso, tutto il dibattito sulla sostituzione della fattispecie qualitativa con quella quantitativa ha avuto sullo sfondo la considerazione della normativa europea e dei limiti che ne derivano. Bisogna tuttavia prestare attenzione nel leggere la direttiva europea – tra l'altro essa stessa frutto di un compromesso – e le stesse sentenze della Corte di Giustizia, dalle quali comunque emerge che le misure previste dalla clausola 5 (lett. a), b), c)) sono alternative e non esiste gerarchia tra di esse¹³⁷⁵. E ciò mentre è ormai scontato che la famosa clausola di non regresso non vale a privare gli Stati membri del potere di modificare la normativa vigente, purché questo avvenga al fine di perseguire fini di politica economica e occupazionale: insomma, stando alla giurisprudenza della Corte di Giustizia¹³⁷⁶, essa impone agli Stati membri un onere di trasparenza nell'adozione delle proprie scelte legislative.

4. Dalla fattispecie qualitativa alla fattispecie quantitativa.

La vera rivoluzione si ha con il comma 1 che sgancia la validità della clausola appositiva del termine dalla sussistenza delle ragioni tecniche, produttive, organizzative o sostitutive. Oggi è consentita l'apposizione del termine al contratto di lavoro per lo svolgimento di qualsiasi tipo di mansione nel limite di trentasei mesi, comprensivo di eventuali proroghe.

È sbagliato parlare di "liberalizzazione" del contratto a termine in senso proprio, nel senso cioè di una sua equiparazione al contratto a tempo indeterminato; piuttosto, ad una fattispecie qualitativa si sostituisce una fattispecie quantitativa: la durata massima del contratto e delle relative, eventuali, proroghe, che, appunto, non può eccedere i trentasei mesi. Tali proroghe, a loro volta, non possono essere più di cinque¹³⁷⁷, secondo il testo risultante dalla legge di conversione, per garantire al lavoratore un minimo di stabilità. Nulla prescrive la normativa circa la durata delle proroghe, che possono essere anche brevi, nel rispetto del numero massimo.

Possiamo dire che, già a questo punto, il fine della prevenzione degli abusi, come inteso dalla direttiva comunitaria, è realizzato, prevedendosi un limite massimo di protrazione del rapporto a termine pari a trentasei mesi, che si accompagna anche alla limitazione del numero delle eventuali proroghe, col conseguente rispetto, non solo della lett. b), ma anche della lett. c) della clausola 5 della direttiva.

Ma in più vi è la limitazione – di portata oggettiva – della percentuale dei rapporti di lavoro a tempo determinato instaurabili (soglia prima eventuale e demandata ai contratti collettivi, ai sensi dell'art. 10, comma 7, d.lgvo n. 368 del 2001) pari al 20% del "numero dei lavoratori a tempo indeterminato in forza al 1° gennaio dell'anno di assunzione"¹³⁷⁸: soglia peraltro apparentemente derogabile – in forza del rimando contenuto nel 1° co. dell'art. 1 del d.lgvo n. 368 all'art. 10, co.

¹³⁷⁵ Cfr., tra le altre, Corte Giustizia 23 aprile 2009, cause riunite da C-378/07 a C-380/07, *Angelidaki*; Corte Giustizia 4 luglio 2006, C-212/04, *Adeneler*; Corte Giustizia 26 gennaio 2012, C-586/10, *Küçük*.

¹³⁷⁶ Cfr., tra le tante, Corte Giustizia 22 novembre 2005, C-144/04, *Mangold*; Corte Giustizia 23 aprile 2009, *Angelidaki*, cit.

¹³⁷⁷ Il d.l. n. 34/2014 prevedeva invece un limite di otto proroghe.

¹³⁷⁸ Il d.l. n. 34/2014 faceva riferimento alla nozione di "organico complessivo", ritenuta troppo imprecisa e fonte di problemi interpretativi.

7 – in più e in meno, da parte dei contratti collettivi stessi¹³⁷⁹. L'interpretazione potrebbe essere contestabile dopo l'introduzione della normativa transitoria (v. art. 2 *bis*, aggiunto dalla legge di conversione), per la quale solo "in sede di prima applicazione" i limiti previsti dai contratti collettivi¹³⁸⁰, se diversi, trovano applicazione¹³⁸¹. Sul regime intertemporale si tornerà più avanti. Va da sé, comunque, che un punto di così vitale importanza non dovrebbe essere lasciato all'incertezza interpretativa.

5. La persistenza del regime degli intervalli nella successione di contratti a termine.

In questo contesto, restano in vita le disposizioni di cui all'art. 5 del d.lgvo n. 368 del 2001, su "Scadenza del termine e sanzioni. Successione dei contratti", frutto delle diverse stagioni di disciplina del contratto a termine.

Mentre è comprensibile, al fine della completezza della disciplina, la disposizione relativa alla proazione di fatto del rapporto entro rispettivamente i trenta giorni (se il rapporto ha durata inferiore a sei mesi) e i cinquanta giorni (per gli altri casi), di più ardua spiegazione è la disposizione relativa agli intervalli, rispettivamente di dieci e venti giorni¹³⁸², nel caso di successione di contratti.

Si tratta di una disposizione la cui *ratio* non era facilmente intellegibile neppure nel sistema della l. n. 230, se è vero che l'assunzione a termine doveva essere presidiata da ragioni oggettive: essa

¹³⁷⁹ Cfr. V. SPEZIALE, *Totale liberalizzazione del contratto a termine, ne Il Decreto lavoro. Opinioni a confronto*, LavoroWelfare n. 4/2014, www.lavorowelfare.it, 31; M. GIOVANNONE, M. TIRABOSCHI, P. TOMASSETTI, *La disciplina del contratto a termine tra istanze di semplificazione e logiche di sistema*, in *Disposizioni urgenti per favorire il rilancio dell'occupazione e per la semplificazione degli adempimenti a carico delle imprese*, Ebook Adapt n. 22/2014, 8.

¹³⁸⁰ Le clausole di contingentamento oggi presenti nei contratti collettivi sono molto variegate. Le percentuali di contingentamento oscillano da un minimo del 7% ad un massimo del 35%; mentre alcuni contratti non prevedono alcun contingentamento: v. ad esempio CCNL Bancari e Metalmeccanici. Inoltre alcuni CCNL individuano solo limiti quantitativi all'utilizzo di contratti a termine (es. CCNL alimentari: 14% in media annua dei lavoratori con contratto a tempo indeterminato occupati nell'impresa alla data del 31 dicembre dell'anno precedente; CCNL cemento: 12%). Altri, invece, individuano limiti quantitativi sia in relazione al contratto a termine, sia in relazione alla somministrazione a termine. Di questi, alcuni pongono identiche percentuali per entrambe le tipologie contrattuali (es. CCNL chimici: 18% - 30% per aziende operanti nel Mezzogiorno - in media annua dei lavoratori con contratto a tempo indeterminato occupati nell'impresa alla data del 31 dicembre dell'anno precedente; CCNL elettrici: 7% in media annua dei lavoratori con contratto a tempo indeterminato occupati nell'impresa alla data del 31 dicembre dell'anno precedente; CCNL impianti sportivi: 15%; CCNL lapidei: 25%); altri individuano percentuali distinte (CCNL commercio: contratto a termine - 20% annuo; somministrazione a termine - 15% annuo; CCNL tessili: contratto a termine - 10% per aziende fino a 70 dipendenti; 5% per aziende oltre i 70 dipendenti; somministrazione a tempo determinato - non può superare nell'arco di 12 mesi la media dell'8% dei lavoratori occupati dall'impresa utilizzatrice con contratto di lavoro a tempo indeterminato); altri ancora prevedono un unico limite percentuale sia per i contratti a termine che per i contratti di somministrazione a termine (CCNL autoferrotranvieri: 35% dei lavoratori a tempo indeterminato nelle aziende fino a 50 dipendenti, 25% nelle aziende fino a 500 dipendenti e 20% nelle aziende con più di 500 dipendenti; CCNL edili: 25% dei rapporti di lavoro con contratto a tempo indeterminato dell'impresa; CCNL gomma e plastica: 25%, riferito ai lavoratori con contratto a tempo indeterminato occupati nell'azienda alla data del 31 dicembre dell'anno precedente).

¹³⁸¹ Tant'è che era stato approvato in Commissione lavoro del Senato un ordine del giorno interpretativo (n. G/1464/2/11) volto a dare la priorità in modo "strutturale, anche oltre la fase transitoria" alle disposizioni della contrattazione collettiva.

¹³⁸² V. art. 5, co. 3, d.lgvo n. 368/2001, così come modificato dal d.l. n. 76/2013 convertito nella l. n. 99/2013. L'intervallo non si applica per le attività stagionali (cfr. art. 5, co. 4 *ter*), nonché in relazione alle ipotesi individuate dai contratti collettivi, anche aziendali, stipulati dalle OO.SS. dei lavoratori e dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale (cfr. art. 5, co. 4 *bis*).

infatti era spiegata in una generica ottica “antifraudolenta” nell’ambito di un regime di forte sfavore per il lavoro a termine¹³⁸³.

Ora, è vero che il contratto è divenuto acausale, ma, col limite massimo di trentasei mesi di rapporti a termine tra lo stesso lavoratore e lo stesso datore di lavoro (v. art. 5, co. 4 *bis*¹³⁸⁴) per mansioni equivalenti, francamente non se ne vede l’utilità, senza contare che essa non appare più in sintonia con l’atteggiamento proattivo del legislatore anche nei confronti del contratto a termine.

Quel che si può dire è che probabilmente questa normativa sarà largamente inutilizzata (vista la liberalizzazione delle proroghe) e riguarderà residualmente, se non irrealisticamente, le ipotesi in cui il successivo contratto a termine concerne un’attività lavorativa totalmente diversa. Solo in tal caso, infatti, non si potrà ricorrere alla proroga del contratto inizialmente stipulato.

6. Il regime sanzionatorio in caso di violazione del limite percentuale.

Sul piano sanzionatorio, è interessante la diatriba apertasi in merito alla sanzione in caso di violazione del limite percentuale del 20%. Ed è interessante perché il d.l. n. 34 taceva, nel testo emendato dalla Camera compariva la cd. conversione del rapporto in rapporto a tempo indeterminato¹³⁸⁵, mentre ora si prospetta una sanzione amministrativa più lieve nel caso di primo sfornamento e più pesante nei successivi¹³⁸⁶.

Ricordo che tutta la materia delle sanzioni in caso di illegittima apposizione del termine era in un certo senso vergine dopo il d.lgvo n. 368/2001, dal momento che in esso non compariva più la disposizione di apertura dell’art. 1 della l. n. 230/1962 per la quale “il contratto di lavoro si reputa a tempo indeterminato, salvo le eccezioni appresso indicate”.

Se, ragionando sulla base del diritto comune, si poteva perfino concludere per la nullità del contratto, è però prevalsa la tesi, del tutto ragionevole, per la quale, in caso di illegittima apposizione del termine, dovesse applicarsi la “sanzione” della cd. conversione in contratto a tempo indeterminato. La tesi è stata avallata dalla Corte di Cassazione¹³⁸⁷, ma preparata da un’importante sentenza della Corte Costituzionale in materia di part-time¹³⁸⁸.

¹³⁸³ Cfr., tra i tanti, M. ROCCELLA, *I rapporti di lavoro a termine*, in M. ROCCELLA, P. A. VARESI, *Le assunzioni. Prova e termine nei rapporti di lavoro (artt. 2096-2097)*, in P. SCHLESINGER (diretto da), *Il Codice Civile. Commentario*, Giuffrè, Milano, 1990, 201; L. MENGHINI, *L'apposizione del termine*, in M. MARTONE (a cura di), *Contratto di lavoro e organizzazione*, vol. IV, t. 1, in M. PERSIANI, F. CARINCI (diretto da), *Trattato di diritto del lavoro*, Cedam, Padova, 2012, 230.

¹³⁸⁴ Il comma 4 *bis* è stato introdotto nell’art. 5 dalla l. n. 247/2007 e poi modificato dal d.l. n. 112/2008, convertito nella l. n. 133/2008, nel senso di conferire ai contratti collettivi “nazionali, territoriali e aziendali” il potere di derogarvi e, infine, dalla l. n. 92/2012 nel senso di includere nel termine massimo di trentasei mesi anche i periodi di missione a termine. Come precisato dai commentatori ed anche dalla circolare ministeriale n. 18/2012, la norma poneva un limite unicamente alla stipulazione di contratti a tempo determinato e non invece al ricorso alla somministrazione di lavoro, che si poteva protrarre anche oltre il termine di trentasei mesi.

¹³⁸⁵ V. il d.d.l. n. 1464, presentato al Senato il 24 aprile 2014.

¹³⁸⁶ Si tratta di una sanzione amministrativa pari al 20% della retribuzione, per ciascun mese o frazione di mese superiore a quindici giorni di durata del rapporto di lavoro, se il numero dei lavoratori assunti in violazione di tale limite non sia superiore a uno, e pari al 50% della retribuzione ove il numero dei lavoratori assunti in violazione del limite sia superiore a uno (art. 5, co. 4 *septies*, d.lgvo n. 368/2001, aggiunto in sede di conversione in legge).

¹³⁸⁷ V. Cass. 21 maggio 2008, n. 12985, FI, 2008, I, 3569 ss.

¹³⁸⁸ V. Corte cost. 11 maggio 1992, n. 210, FI, 1992, I, 3232 ss.

Nel caso in cui però la illegittimità derivasse dalla violazione del limite quantitativo, in ipotesi previsto dal contratto collettivo ai sensi dell'art. 10, co. 7, d.lgvo n. 368, si era posto un problema pratico di non facile soluzione, in relazione all'ipotesi in cui il superamento della soglia fosse determinato da una serie di assunzioni contestuali: quali sarebbero stati i contratti da convertire? E poi perché mai dovrebbe stabilizzarsi il contratto stipulato per ultimo e non quello di maggiore durata nell'azienda? Dove starebbe la ragionevolezza di tale scelta? ¹³⁸⁹

Anche in relazione a questo problema, come al fatto che il porre percentuali di contingentamento non rientra tra le misure imposte dalla direttiva per prevenire abusi ed è piuttosto connesso all'interesse pubblico al controllo sugli stocks di occupazione a tempo determinato¹³⁹⁰, non è irragionevole la previsione della sanzione amministrativa. Tra l'altro, sebbene non sia questo il caso¹³⁹¹, si deve ricordare che la giurisprudenza della Corte di Giustizia è ferma nel ritenere che le sanzioni per la violazione della direttiva comunitaria non debbano necessariamente consistere nella conversione¹³⁹², ma possano ben essere altre, l'unica condizione essendo che si tratti di sanzione proporzionata, effettiva e sufficientemente dissuasiva¹³⁹³.

7. L'esclusione dei datori di lavoro fino a cinque dipendenti.

Vi sarebbero altri punti da esaminare assumendo un'ottica più analitica: ad esempio, non è per nulla chiarita la portata della specifica disciplina delle micro-imprese, o, meglio, dei datori di lavoro che occupano fino a cinque dipendenti per i quali "è sempre possibile stipulare un contratto di lavoro a tempo determinato" (cfr. art. 1, comma 1). Cosa significa quel "sempre"? Solo l'opportuno riferimento alla soglia di contingentamento, come a me pare, o, come da qualcuno è stato prospettato, tutta la disciplina del 1° co.? Ed il computo dei dipendenti in questo caso come si opera?

8. Il regime intertemporale.

Il regime transitorio non era presente nel testo originario del d.l. n. 34, è stato introdotto nel testo approvato alla Camera e poi modificato in sede di definitiva conversione. In base all'art. 2 *bis*, come infine approvato, della legge di conversione, le nuove disposizioni di cui agli artt. 1 e 2 "si

¹³⁸⁹ L'inapplicabilità della sanzione della conversione è stata sostenuta incisivamente da M. ROCCELLA, *I rapporti di lavoro a termine*, op. cit., 148-149, e, più recentemente, sia pure sulla base di altri argomenti, da S. CIUCCIOVINO, *Il sistema normativo del lavoro temporaneo*, Giappichelli, Torino, 2008, 264. In relazione alla somministrazione, v. V. LECCESE, V. PINTO, *Osservazioni in tema di lavoro temporaneo*, in E. GHERA (a cura di) *Occupazione e flessibilità*, Jovene, Napoli, 1998, 19. In giurisprudenza, contro la tesi della conversione, v. Cass. 10 aprile 2012, n. 5667, DRI, 2013, 504 ss.; Appello Firenze, 21 gennaio 2005, D&L, 2005, 213; apparentemente a favore, Cass. 19 gennaio 2010, n. 839, ADL, 2010, 1015 ss.; Cass. 12 settembre 2013, n. 20916.

¹³⁹⁰ Così, giustamente, M. ROCCELLA, op. cit., 150.

¹³⁹¹ Il limite percentuale di lavoratori assumibili con contratto di lavoro a tempo determinato non è misura prevista dalla direttiva e, a quanto consta, non è misura presente in altri ordinamenti. Solo nell'ordinamento spagnolo la legge (art. 15, co. 1, lett. b) *Estatuto de los Trabajadores*) attribuisce alla *contratación colectiva* il potere di fissare i limiti percentuali di lavoratori assunti a termine rispetto a quelli assunti a tempo indeterminato.

¹³⁹² Cfr., tra le altre, Corte Giustizia 4 luglio 2006, *Adeneler*, cit.; Corte Giustizia 1° ottobre 2010, C-3/10, *Affatato*; Corte Giustizia 8 marzo 2012, C-251/11, *Huet*.

¹³⁹³ V. Corte Giustizia 7 settembre 2006, C-53/04, *Marrosu e Sardino*; Corte Giustizia 12 giugno 2008, C-364/07, *Vassilakis*; Corte Giustizia 23 aprile 2009, *Angelidaki*, cit.; Corte Giustizia 1° ottobre 2010, *Affatato*, cit.

applicano ai rapporti di lavoro costituiti a decorrere dalla data di entrata in vigore del presente decreto. Sono fatti salvi gli effetti già prodotti dalle disposizioni introdotte dal presente decreto”.

La mancanza, nel d.l. n. 34, di un regime intertemporale aveva già fatto sorgere il problema se, a fronte di un contratto acausale ai sensi dell'art. 1, comma 1 *bis*, del d.lgvo n. 368 del 2001 – ed anche a ben vedere a fronte di un contratto causale –, potesse applicarsi il nuovo regime delle proroghe. In base ai principi, la risposta avrebbe dovuto essere positiva¹³⁹⁴. Una interpretazione difforme, oltre a non porsi in sintonia con i principi e con l'intento di semplificazione della normativa sui contratti a termine, avrebbe finito per penalizzare lo stesso lavoratore che avrebbe visto ridurre la possibilità di prosecuzione del rapporto e che sarebbe stato soggetto alla regola dell'intervallo, per poi proseguire nella attività lavorativa a termine con la stipulazione di un nuovo contratto. Ora invece si prevede la regola, a mio avviso inspiegabile, in base alla quale tutto il nuovo regime è applicabile ai contratti stipulati successivamente all'entrata in vigore del d.l. n. 34. Anche se, con una formulazione criptica, si fanno salvi gli effetti già prodotti dalle disposizioni del decreto. E con ciò pare che si voglia dire che, nel caso in cui, confidando nella entrata in vigore del decreto-legge, le parti abbiano già prorogato il contratto sulla base della nuova normativa, la proroga è valida.

C'è poi il problema della sorte delle clausole di contingentamento attualmente previste dai contratti collettivi. Ora, come si è già accennato, si prevede che “in sede di prima applicazione del limite percentuale, di cui all'articolo 1, comma 1”, conservano efficacia, ove diversi, i limiti percentuali già stabiliti dai vigenti contratti collettivi nazionali di lavoro: si deve ritenere che il legislatore abbia inteso chiarire che le vigenti clausole di contingentamento non sono travolte dalle nuove disposizioni fino al rinnovo o, comunque, ad una diversa previsione collettiva. Ma allora ci si può domandare quale senso abbia il terzo comma dell'art. 2 *bis* che, nel prevedere l'obbligo per il datore di lavoro di rientrare entro il 31 dicembre 2014 nel limite del 20%, pena la impossibilità di assumere a termine altri lavoratori, specifica che questo avviene salvo che un contratto collettivo “applicabile nell'azienda” disponga un limite percentuale o un termine più favorevole. Si può ipotizzare che il terzo comma fotografi il caso di mancanza di limiti percentuali nei contratti collettivi (v., ad esempio, CCNL metalmeccanici e bancari), attribuendo ai contratti collettivi, anche aziendali, il compito di gestire questa fase transitoria. Resta sempre naturalmente sullo sfondo il problema dei livelli contrattuali e delle modalità con le quali si può derogare al limite legale percentuale del 20%.

9. Dopo il contratto a termine, il cd. Jobs Act?

In sostanza, riassumendo e proiettandoci verso il futuro, non vi è, nel d.l. n. 34 del 2014, una liberalizzazione in senso proprio del contratto a termine, equiparato quanto alle condizioni d'uso al contratto a tempo indeterminato.

Vi è piuttosto la sostituzione della fattispecie qualitativa con una fattispecie quantitativa, con limiti sia soggettivi, in termini di durata massima del singolo rapporto, sia oggettivi, in termini di percentuale di posti di lavoro complessivi ricopribili con contratti a termine. L'idea sottesa è di dare maggiore certezza alle imprese che vogliono ricorrere al contratto a tempo determinato, sul presupposto che esso possa costituire un efficace strumento per consentire lo sfruttamento di

¹³⁹⁴ Cfr. M. GIOVANNONE, M. TIRABOSCHI, P. TOMASSETTI, *La disciplina del contratto a termine etc.*, op. cit., 4.

qualsiasi opportunità di aumento dei volumi produttivi e degli organici. Si è preso così atto che l'ostracismo, storicamente decretato nei confronti del contratto a termine, indipendentemente dalle sue condizioni d'uso, non è giustificato. Se è vero che una certa quota di rapporti di lavoro non standard, in particolare a termine, subordinati e no, è ormai immanente nel modo attuale di organizzazione delle imprese anche in sistemi a diverso grado di rigidità, più che adottare un'ottica punitiva nei confronti del contratto a termine, si tratta di prevenirne gli "abusi", in modo che il lavoratore non cada nella trappola della precarietà; e, comunque, di assicurare che i lavoratori non standard siano tutelati sul piano del sostegno del reddito (oltreché della conseguente copertura previdenziale) e della formazione professionale in modo da mantenerne inalterate ed anzi aumentarne le capacità professionali.

Resta da stabilire se così, con la riforma della disciplina del contratto a termine e quella contestuale del contratto di apprendistato, il nostro ordinamento sia sufficientemente attrezzato a rispondere, non solo nell'immediato – per cogliere quella timida ripresa del mercato del lavoro che l'ISTAT avrebbe rilevato – ma anche strutturalmente, all'imperativo di creare le regole e le strutture per un mercato del lavoro attivo ed equo (in altre parole sia attrezzato per rispondere alla domanda di flexicurity che, piaccia o non piaccia, è oggetto delle raccomandazioni ripetutamente rivolte anche negli anni più recenti dall'Unione Europea agli Stati membri¹³⁹⁵ ed è una direttiva seguita dai nostri partners europei).

Il cd. Jobs Act (per come si è tradotto nel d.d.l. n. 1428) contiene, tra l'altro, un ampio programma di riforma delle tipologie contrattuali, che "possa anche prevedere l'introduzione, eventualmente in via sperimentale, di ulteriori tipologie contrattuali espressamente volte a favorire l'inserimento nel mondo del lavoro, con tutele crescenti per i lavoratori coinvolti"¹³⁹⁶. E nel preambolo inserito ora nella legge n. 78/2014 si precisa che la nuova normativa sul lavoro a termine viene introdotta "nelle more dell'adozione di un testo unico semplificato della disciplina dei rapporti di lavoro con la previsione in via sperimentale del contratto a tempo indeterminato a protezione crescente". Nonostante la menzione legislativa, che cosa sia il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti si può desumere solo dal dibattito politico-accademico¹³⁹⁷.

¹³⁹⁵ Cfr., da ultimo, la Comunicazione della Commissione Europea del 3 marzo 2010, *Europa 2020 - Una strategia per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva*.

¹³⁹⁶ V. art. 4, co. 1, lett. b), d.d.l. n. 1428.

¹³⁹⁷ Si ricordano, al riguardo, il d.d.l. n. 2630 del 22 luglio 2009 (prima firmataria Madia) che propone l'istituzione di un contratto unico di inserimento formativo, di natura subordinata, con previsione di un periodo di "abilitazione" (di durata da 6 mesi a 3 anni in relazione al tipo di professionalità da conseguire secondo la valutazione del CCNL) seguito dall'assunzione a tempo indeterminato; il d.d.l. n. 1873 dell'11 novembre 2009 (primo firmatario Ichino) che propone un contratto di lavoro dipendente a protezione crescente: salva la sindacabilità dei motivi illeciti e discriminatori, il datore può recedere in qualsiasi momento per motivo oggettivo, pagando un costo di separazione che cresce al crescere dell'anzianità di servizio; d.d.l. n. 2000 del 5 febbraio 2010 (primo firmatario Nerozzi) che prevede il contratto unico di ingresso per il lavoro dipendente a tempo indeterminato articolato con una fase d'ingresso non superiore a 3 anni durante la quale, salva la sindacabilità dei motivi illeciti e discriminatori, il datore può recedere liberamente per motivo oggettivo corrispondendo un'indennità pari a 5 giorni di retribuzione per ogni mese lavorato; il d.d.l. n. 4277 del 7 aprile 2011 (primo firmatario Della Vedova) che prevede l'istituzione di un'indennità di licenziamento a carico del datore di lavoro, da corrispondere al lavoratore alla cessazione del rapporto conseguente a licenziamento non disciplinare, pari almeno a tanti dodicesimi della retribuzione lorda complessivamente goduta nell'ultimo anno di lavoro quanti sono gli anni compiuti di anzianità di servizio in azienda, computandosi anche gli eventuali contratti tra le stesse parti che abbiano preceduto quello a tempo indeterminato; il d.d.l. n. 1006 del 7 agosto 2013 (primo firmatario Ichino) che ricalca il d.d.l. 1873/2009.

È sostanzialmente l'evoluzione dell'idea del "contratto unico". Bisogna sottolineare che è un'evoluzione di quella idea, perché mentre il contratto unico era destinato a soppiantare l'ampio arcipelago dei contratti di lavoro a termine anche non subordinati, questo contratto "a tutele crescenti" in un'ottica sperimentale si affiancherebbe alle tipologie esistenti ed in particolare al nuovo contratto a termine.

Non è agevole individuare la differenza, se non nella logica di incidere – a regime – sull'art. 18 St. lav., tra un contratto a termine e un contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti, di durata pari a 3 anni nel corso dei quali non si applica il regime di stabilità ma, in caso di risoluzione del rapporto, una modesta indennità economica¹³⁹⁸.

È vero che il modello flessibile del contratto di lavoro a termine, o dei cd. *contingent workers*, mette in crisi l'interesse delle imprese ad investire in formazione: e ciò mentre quello di cui il sistema ha più bisogno è una società meglio educata¹³⁹⁹. Però non è perché il rapporto è a tempo indeterminato, ma instabile, che aumenta l'interesse del datore ad investire in formazione. Peraltro, questa è una questione che attiene alle politiche e alle strutture della formazione professionale (in particolare continua) e che riguarda, a ben vedere, anche con modalità diverse, in generale tutta la forza lavoro, anche i lavoratori a tempo indeterminato¹⁴⁰⁰.

Nell'ottica del breve periodo pure questa sperimentazione del contratto a tutele crescenti potrebbe essere utile. Ma forse è venuto il momento di effettuare una riflessione seria circa il rapporto tra flessibilità tipologica e flessibilità funzionale del rapporto di lavoro standard, a tempo pieno ed indeterminato, che, a mio avviso, come insegna l'esempio di altri paesi virtuosi come la Germania, devono essere viste, non come alternative, ma in un'ottica di complementarità.

Quanto alla flessibilità funzionale, si tratta solo di vedere quanto compete al legislatore e quanto compete alle parti sociali. Nel nostro ordinamento non è sconosciuta la tecnica della flessibilizzazione controllata o negoziata della disciplina dei rapporti di lavoro, che poi si è sublimata, o per qualcuno snaturata, nell'art. 8 della l. n. 148 del 2011, che ha moltissime potenzialità ma frenate dalla sua stessa asistematicità. Ma questo, come è evidente, è tutto un altro discorso.

¹³⁹⁸ È questa l'impostazione dell'emendamento proposto da Ichino al Senato in sede di conversione del d.l. 34/2014: v. www.pietroichino.it.

¹³⁹⁹ Cfr., *amplius*, M. MAGNANI, *Organizzazione del lavoro e professionalità tra rapporti e mercato del lavoro*, DLRI, 2004, 165 ss.

¹⁴⁰⁰ Cfr. M. MAGNANI, *Diritto dei contratti di lavoro*, Giuffrè, Milano, 2009, 174.

Il “riordino” dei modelli di rapporto di lavoro tra articolazione tipologica e flessibilizzazione funzionale*

Lorenzo Zoppoli

1. Riordino dei contratti o dei rapporti di lavoro?	478
2. In Italia il terzo “riordino” in dieci anni.	478
3. “Tipo”, contratto di lavoro, lavoro standard nella SEO.	480
4. Alla ricerca di un “ordine minimamente giusto”: profili “esterni” ed “interni”.	483
5. Quali riflessi del riordino sulla fattispecie centrale tipica del diritto del lavoro? Il contemperamento tra diritto all’organizzazione e diritto alla felicità.	486
6. Il riordino dei contratti di lavoro e il maxi rilancio del contratto a termine “acausale”.	488
7. L’alternativa (sempre inattuale) del contratto unico.	492
8. Tipologia contrattuale, lavoro economicamente dipendente, lavoro accessorio: arginare il <i>bricolage</i> , favorire la destandardizzazione dei contenuti negoziali.	495

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”.IT – 213/2014

1. Riordino dei contratti o dei rapporti di lavoro?

Il tema è la annunciata riforma dei contratti di lavoro per il tramite di una legge delega dai tratti più ampi, fatta comunemente rientrare nel c.d. *Jobs Act*, proposto per grandi linee dal Governo Renzi sin dal momento in cui ha chiesto la fiducia in Parlamento (febbraio 2014). Per chiunque abbia superato la soglia della maturità (non solo scientifica), riordino è parola inquietante, specie se riferita ai contratti di lavoro. Per la verità, leggendo l'art. 4 della legge delega AS 1428/2014 del 3 aprile scorso, la terminologia è subito incerta, oscillando tra una rubrica che parla di "riordino delle forme contrattuali" e un disposto che, con ridondanza, richiede "un testo organico di disciplina delle tipologie contrattuali dei rapporti di lavoro" (lett. b). Cosicché appare comprensibile che gli organizzatori dell'odierno convegno, nell'assegnarmi un tema, abbiano optato per un più neutro "riordino dei modelli di rapporto di lavoro". Tuttavia non si può certo dubitare che nella delega si stia parlando di una nuova disciplina dei "contratti", senza che assuma una qualche peculiare rilevanza la distinzione tra "contratto" e "rapporto", distinzione che nel campo della disciplina dei lavori prestati con subordinazione allude a (troppo nobili) diatribe essenzialmente dottrinali, seppure non prive di risvolti pratici. Comunque nella delega si vuole operare sui contratti e il termine "tipologia" va perciò riferito ai tipi contrattuali in senso stretto, cioè a tutto ciò che caratterizza *giuridicamente* un contratto rispetto ad un altro.

2. In Italia il terzo "riordino" in dieci anni.

Chiarito questo primo aspetto attinente ai concetti da utilizzare proprio per dar corso alla delega (art. 4 lett. a), ci sono altri due profili preliminari sui quali spendere qualche parola.

Il primo è che siamo almeno al terzo riordino dei contratti di lavoro negli ultimi 10 anni. Si cominciò con la l. 30/2003, che è espressamente diretta ad un riordino solo "dei contratti a contenuto formativo e di tirocinio" (art. 2): un riordino che portò al superamento del contratto di formazione-lavoro, ma che ci ha immesso in un ordinamento incentrato su tre contratti di apprendistato regolati dal d.lgs. 276/03 in modo talmente ingarbugliato (anche per le trappole contenute nel nuovo art. 117 Cost.) da aver raggiunto un assestamento solo con un testo unico del 2011 (poi ancora ritoccato, fino al dl 34/14, di cui oggi si discute¹⁴⁰¹) ed una disciplina degli stage produttiva di una Repubblica di sfruttati¹⁴⁰², dalla quale ancora si stenta ad uscire. Ma la l. 30/2003 chiedeva anche al governo di rivedere la disciplina del contratto di somministrazione (art. 1) e di razionalizzare "le tipologie di lavoro a chiamata, coordinato e continuativo, temporaneo, occasionale, accessorio e a prestazioni ripartite" (art. 4): revisioni e razionalizzazioni puntualmente portate a termine, sempre con il d.lgs. 276/03, all'insegna della flessibilizzazione degli accessi e della collocazione cronologico-organizzativa della prestazione lavorativa, non senza immediati apprezzamenti di (parte di) forze sociali e dottrina dopo poco seguiti da ripensamenti e recriminazioni (non di rado ad opera delle medesime prima plaudenti). Da quel momento il sistema giuslavoristico ha visto l'ascesa della nuova stella del "lavoro progetto": che però ha portato nuovo disordine da riordinare al più presto.

Proprio per porre riparo ai guasti di questo primo riordino/revisione/razionalizzazione – a seguito

¹⁴⁰¹ Il d.l. 20 marzo 2014, n. 34, discusso nel convegno di cui alla nota precedente (ma nella versione già emendata dal passaggio in Commissione lavoro al Senato, avvenuto proprio il 6 maggio), è stato poi convertito con la l. 16 maggio 2014, n. 78, pubblicata nella Gazz.uff. – serie generale – n. 114 del 19 maggio 2014.

¹⁴⁰² Voltolina, *La Repubblica degli stagisti*, Laterza, 2010.

del quale il nostro mercato del lavoro è divenuto insopportabilmente segmentato – si è in breve confezionato, nella primavera del 2012, l'ambizioso intervento della legge Fornero, destinato a tracciare un'invalicabile linea di demarcazione tra la flessibilità buona e quella cattiva, l'una e l'altra veicolate da distinte tipologie contrattuali. Tra quelle più sospettate, proprio il lavoro a progetto; tra quelle più incentivate, il contratto di apprendistato, da utilizzare per arricchire la formazione dei lavoratori giovani e meno giovani. Il riordino delle tipologie contrattuali avrebbe dovuto restituire centralità al contratto di lavoro a tempo indeterminato, veicolo di occupazione stabile, da incentivare con un cervelotico allentamento della flessibilità in uscita, dalla quale ci si sarebbe aspettati un miracoloso incremento dell'occupazione. Oggi siamo a leccarci le ferite sanguinanti di tassi di disoccupazione ai quali non eravamo più abituati da quasi quarant'anni. Molti addossano alla legge Fornero grandi responsabilità (io direi solo che invece di frenare la perdita, quantitativa e qualitativa, di lavoro subordinato, la ha assecondata, come largamente previsto). Nel "riordino" vi sarebbero state troppe restrizioni alla flessibilità in ingresso¹⁴⁰³. Pare dunque che la flessibilità non imbocchi mai il verso giusto, pur essendosi ormai, nell'Italia del 2012, almeno alla sesta ondata di flessibilità, tutte differenti e comunque di diversa altezza e possanza (1983, 1987, 1992/3, 1997, 2001/2003). Eppure la Fornero ha introdotto per prima il contratto a termine acausale: ed è questo, con grande evidenza, ad essersi "mangiato" il rilancio dell'apprendistato. Troppo poco secondo un'opinione dilagante: l'acausalità per "soli" 12 mesi e i vincoli ai rinnovi (poi rimossi dal governo Letta) avrebbero ridotto il potenziale bacino di neo-assumibili a termine. Né la nuova nebulosa dell'art. 18 stat. lav. sarebbe tale da assicurare le imprese che volessero assumere a tempo indeterminato sicure di poter licenziare il lavoratore divenuto superfluo. Al di fuori del lavoro subordinato a tempo determinato o indeterminato, i nuovi vincoli per co.co.pro. e partite IVA (per la verità pure questi piuttosto sbiaditi alla fine) avrebbero impaurito le imprese. Insomma dopo solo due anni si brancola di nuovo nel buio sui contratti con flessibilità buona e contratti con flessibilità cattiva. Forse solo i contratti a termine appartengono alla prima categoria (?). Allora si procede ad un nuovo riordino, partendo però da un maxi rilancio del contratto a termine, che è ormai (con una vertiginosa percentuale del 68% nel 2013¹⁴⁰⁴) il contratto dominante quando si arriva a decidere un'assunzione (dopo stage, co.co.pro., partite iva, ecc.), magari abbinato con part-time più o meno fasulli.

Il problema è che le coordinate che dovrebbero presiedere a questo terzo riordino appaiono ancora più vaghe e confuse delle prime due. Si ricavano soprattutto dall'art. 4 lett a) e consistono in una generica, nonché eventuale, "semplificazione...delle tipologie contrattuali" al fine di assicurare "l'effettiva coerenza con il tessuto occupazionale e con il contesto produttivo nazionale e internazionale", tenendo "conto degli obiettivi indicati dagli orientamenti annuali dell'Unione europea in materia di occupabilità". Senza peraltro escludere "l'introduzione, eventualmente in via sperimentale, di ulteriori tipologie contrattuali espressamente volte a favorire l'inserimento nel

¹⁴⁰³ Nessuno al riguardo cita in verità i rilievi della Commissione europea che, con raccomandazione del 29.5.2013, COM (2013) 362 final, rilevava come "la riforma profonda del mercato del lavoro, volta a superarne rigidità e segmentazioni...dev'essere completata con l'adozione delle disposizioni attuative in itinere e ne dev'essere monitorata attentamente l'applicazione concreta sul campo. Inoltre per l'attuazione di strategie di attivazione efficaci manca ancora il sostegno che può offrire l'integrazione dei servizi pubblici per l'impiego con l'amministrazione competente in materia di indennità di disoccupazione" (considerando 14) e raccomandava di "dare attuazione effettiva alle riforme del mercato del lavoro...; realizzare ulteriori interventi a promozione della partecipazione al mercato del lavoro, specialmente quella delle donne e dei giovani, ad esempio tramite la Garanzia per i giovani; potenziare l'istruzione professionalizzante e la formazione professionale, rendere più efficienti i servizi pubblici per l'impiego e migliorare i servizi di orientamento e di consulenza per gli studenti del ciclo terziario...".

¹⁴⁰⁴ P. Ichino, relazione alla Commissione Parlamentare del 23.4.2014.

mondo del lavoro, con tutele crescenti per i lavoratori coinvolti” (art. 4, lett. b). Quindi un riordino all’insegna di finalità produttivo-occupazionali, con la “benedizione” dell’UE e, possibilmente, con approccio semplificatorio: ma che potrebbe anche portare a reintrodurre un, pur nuovo, contratto di inserimento, unico tipo contrattuale cancellato dalla riforma Fornero.

Insomma non si può proprio dire che il terzo riordino delle forme contrattuali si avvii in modo da chiarire le idee agli operatori e lasciare tranquilli chi ha paventato gli scarsi risultati dei precedenti due riordini.

3. "Tipo", contratto di lavoro, lavoro standard nella SEO.

L’ultimo profilo preliminare da chiarire riguarda l’utilizzo del termine “tipo”, intorno al quale giuristi, giuslavoristi e legislazione sul lavoro (ma anche politiche del lavoro) nemmeno hanno sempre trovato il linguaggio della chiarezza. E se il riordino delle tipologie deve servire a “semplificare” (art. 4 lett. a), parrebbe necessario prender le mosse almeno da un vocabolario chiaro e univoco.

Ora con il termine “tipo” abbinato a contrattuale, si fa classicamente riferimento nella teoria giuridica ad uno schema contrattuale fornito di una sua tipicità che può essere “causale”¹⁴⁰⁵ o di “assetto normativo”. Il riferimento alla “causa” del contratto assicura un più solido ancoraggio del tipo ad una funzione social-tipica: nel senso che l’ordinamento predispone un determinato schema contrattuale, caratterizzato da una certa disciplina legale, essenzialmente perché ritiene a monte che con quel contratto le parti perseguano una finalità giuridicamente rilevante e meritevole di una tutela proprio per i “valori” che incorpora e per l’utilità economica che arreca alle parti come alla generalità dei consociati. Nell’ordinamento italiano (ma anche in molti altri) il contratto di lavoro subordinato assurge a “tipo” contrattuale molto tardi (solo nel 1924 con una legislazione speciale riservata agli impiegati, ma addirittura nel 1942 per tutte le categorie di lavoratori subordinati) con la configurazione “causale” delineata nell’art. 2094 (nel quale, secondo la dottrina e la giurisprudenza maggioritarie, si devono individuare i tratti distintivi di un contratto di scambio, seppure con significative peculiarità connesse alle qualità soggettive dei contraenti), ma con un conseguente assetto legislativo che emerge solo progressivamente, dovendo fare i conti con la Costituzione del 1948 – permeata da valori ben diversi rispetto al codice del 1942¹⁴⁰⁶

¹⁴⁰⁵ Il rapporto tra “tipo” e “causa” è già dibattuto nella teoria del contratto in generale. “Il tipo legale altro non è se non un astratto schema regolamentare che racchiude in sé la rappresentazione di una operazione economica ricorrente nella pratica commerciale” (Gazzoni, *Manuale di diritto privato*, ESI, 2011, p. 809); “il legislatore si preoccupa di predisporre una regolamentazione uniforme dei contratti, che sarà, nel suo complessivo contenuto disciplinare in parte derogabile, in parte inderogabile a seconda che l’ordinamento ritenga necessario tutelare alcuni o altri aspetti della vicenda anche contro la volontà dei contraenti ovvero presuma che una data disciplina sia conforme al loro interesse, ammettendo così, in caso contrario, la possibilità che essi dettino una regola difforme” (ibid., p. 808; ed ivi si aggiunge: “il legislatore appronta alcuni *tipi contrattuali* che non sono inventati a tavolino ma sono la continuazione dei tipi di diritto romano, cui si sono aggiunti tipi nati dalla pratica commerciale”). “La causa sarebbe l’astratta e quindi tipica ragione economico-giuridica del contratto, ciò che giustifica l’operazione privata, strumento dunque dell’operare dei singoli all’interno dell’ordinamento giuridico (Betti)” (ibid. p. 808). Ma “il legislatore del 1942 ha chiaramente utilizzato il termine causa come sinonimo di *tipo contrattuale*, con una commistione concettuale che è fonte di notevoli equivoci” (ibid., p. 808), perché la causa, ai fini previsti dallo stesso codice civile agli artt. 1325/1418, va più correttamente intesa come la funzione economico-individuale del contratto (G.B. Ferri), la ragione dell’affare (Bianca, Giorgianni), la giustificazione dell’operazione economica in concreto (Gabrielli, Gazzoni stesso). In considerazione di questo dibattito “tipo” e “causa” possono correlarsi, solo se la seconda si intende come funzione economico-sociale tipica, se viene usata “in una prospettiva oggettiva incentrata sull’unità del contratto come strumento per il perseguimento di scopi riconducibili all’interno di schemi predisposti dall’ordinamento” (Gazzoni, cit., p. 807). Esattamente in questa accezione il termine “causa” verrà utilizzato nel testo.

¹⁴⁰⁶ Si pensi ad esempio al vincolo derivante dall’art. 36 Cost. per l’autonomia negoziale, vincolo ben più pregnante rispetto a quello derivante dall’art. 2099 c.c.

– e assestandosi addirittura negli anni '70 con lo Statuto dei lavoratori.

La sfasatura tra nascita del “tipo” contrattuale e sua disciplina legale può spiegare come mai i lavoratori abbiano, fin dalla metà degli anni '80, messo in dubbio che il modello social-tipico della legislazione in materia si dovesse desumere dalla definizione codicistica contenuta nell'art. 2094. E, animati proprio dalla prima spinta verso una flessibilizzazione funzionale del tipo legale, volta soprattutto ad affrontare la crisi occupazionale degli anni '70/'80, abbiano sperimentato il c.d. metodo tipologico. Grazie a questo metodo – secondo cui la disciplina tipica del contratto di lavoro si spiegherebbe non tanto e non solo con lo schema causale desumibile dall'art. 2094 bensì con la sua riferibilità ad un modello social-tipico che aggiungerebbe al tipo legale alcuni elementi particolarmente rilevanti (*full time* e tempo indeterminato) – hanno potuto riservare spazi considerevoli all'interprete nel proporre interpretazioni flessibilizzanti della legislazione a tutela del lavoratore ogniqualevolta ci si trovasse dinanzi a variazioni della disciplina legale standard, seppure di incidenza nulla o dubbia sullo schema causale. Il ricorso a questo metodo – reso obsoleto dalla moltiplicazione dei tipi legali realizzata dal 2003 - ha comunque fatto sì che il riferimento al “tipo” contrattuale perdesse di precisione e rigore, evocando in modo disgiunto almeno tre diversi aspetti, tutti divenuti via via più problematici: il profilo causale, quello degli assetti legislativi e quello della metodologia per qualificare le fattispecie concrete al fine di ricostruirne un assetto regolativo sempre più frammentato.

Infine, a partire dalla metà degli anni '90, ci si è messo il MAC (metodo aperto di coordinamento), di matrice europea, e le definizioni di carattere economico-statistico. Nel senso che per comparare le *performance* occupazionali dei vari paesi europei – comparazione necessaria proprio per monitorare la Seo – occorre un'omogeneità di categorie e nozioni, tra le quali campeggia quella di lavoro standard o tipico: solo che questa nozione poco ha a che fare con la disciplina del contratto di lavoro tipico di questo o quell'ordinamento degli Stati membri, facendo piuttosto riferimento alle nozioni utilizzate in ambito econometrico. E qui non v'è dubbio che il lavoro standard (o tipico) è quello a tempo indeterminato (non necessariamente subordinato); mentre il lavoro a termine è lavoro non standard o atipico. Una distinzione che – se si guardasse alle norme del nostro codice – sarebbe invece assai opinabile, perché il termine è un elemento accidentale del contratto che non incide affatto sullo schema causale (ma su questo si dovrà tornare)¹⁴⁰⁷.

In presenza di una tale ambiguità semantica del riferimento “tipologico” occorre probabilmente premettere a quale significato del termine “tipo” si fa riferimento nel procedere al nuovo “riordino” dei contratti di lavoro.

Il legislatore con la nuova delega pare non tener affatto conto delle problematiche ora illustrate, che sono proprie della storia più o meno recente del diritto del lavoro. E parrebbe piuttosto indurre il Governo ad un riordino in funzione “degli obiettivi indicati dagli orientamenti annuali dell'Unione europea in materia di occupabilità”. Anche il riferimento al tessuto occupazionale e al contesto produttivo nazionale ed internazionale sembrano indirizzare verso l'uso delle categorie e delle nozioni funzionali a monitorare e comparare le *performance* occupazionali dei diversi

¹⁴⁰⁷ Per una ricostruzione di questa evoluzione altrettanto utile e interessante, ma in parte divergente v. Magnani, *Diritto dei contratti di lavoro*, Giuffrè, 2009, p. 159 ss. e 174 ss.

paesi, quindi alla strumentazione in uso da parte degli economisti e degli statistici. Se così è il giurista - pur proteso ad arricchire la sua metodologia¹⁴⁰⁸- ha in verità poco da dire. Salvo ad avvertire che, come tra breve si preciserà, il riordino della tipologia contrattuale non può avere come orizzonte unico e nemmeno assorbente quello della ripartizione delle occasioni di lavoro e della miglior resa “quantitativa” di questo o quel contratto. Il discorso giuridico sul “tipo” contrattuale ha una valenza diversa, conducendo ad interrogarsi sui valori e sugli equilibri socio-politici che un ordinamento ritiene vadano posti a base del modello di società e di Stato. Si può quindi affermare che la definizione del “tipo” contrattuale, soprattutto riguardo al lavoro e ad una Repubblica fondata sul lavoro, non possa essere posposta alle *performance* delle politiche occupazionali, quand’anche queste siano parametri da valutare per rientrare tra gli Stati in regola con i vincoli macroeconomici fissati dagli organi di governo dell’Ue. Il regolamento di interessi realizzato dal tipico contratto di lavoro subordinato ha una sua valenza costituzionale, innanzitutto interna, come ha più volte messo in luce la Corte Costituzionale¹⁴⁰⁹ (e anche su questo si dovrà tornare); e questa valenza/rilevanza costituzionale è un vincolo anche per il legislatore delegato, che non può impostare un riordino dei contratti di lavoro che ignori i vincoli di sistema derivanti dalla Costituzione italiana.

Vi è poi da aggiungere che anche l’Unione europea non si può ridurre “agli orientamenti annuali...in materia di occupabilità”¹⁴¹⁰. Nonostante tutto, l’Unione ha anche una dimensione sociale che si esprime in vincoli giuridici, derivanti da norme di c.d. diritto secondario, ma anche in norme di diritto primario, come quelle della Carta dei diritti fondamentali, la cui incombenza in fase di riordino di tipologie contrattuali sicuramente interessate dal diritto europeo anche secondario va accuratamente vagliata.

Volendosi poi limitare ad un’osservazione extragiuridica che - essendo io di professione solo un giurista, e nemmeno di prim’ordine, potrebbe anche lasciare il tempo che trova - occorrerebbe però aver presente che gli orientamenti europei in materia di occupabilità non danno una rilevanza di particolare pregio all’occupazione considerata precaria, che, anzi, negli *outlook* europei viene ritenuta un problema da rimuovere (da questo partiva la riforma Fornero, che non a caso inseguiva l’incremento dell’occupazione stabile). Ora per l’Unione è lavoro precario quello non caratterizzato da stabilità e, quindi, per definizione il contratto a termine¹⁴¹¹. Questo, nel procedere al riordino in esame, dovrebbe rendere avvertiti del fatto che l’incentivazione delle

¹⁴⁰⁸ Per maggiori argomentazioni rinvio ad un mio scritto, *Il diritto del lavoro dalle ideologie alla numerologia? L’insostenibile pesantezza delle politiche, del diritto e dei tecnici del diritto*, in corso di pubblicazione in ADL (quaderni).

¹⁴⁰⁹ V. la giurisprudenza costituzionale sull’indisponibilità anche legislativa della fattispecie tipica (CC 121/93, 115/94 e 30/96; non pare invece appropriato al riguardo il riferimento a Corte Cost. 399/08, che sulla scorta di Vallebona, fa Persiani, *Considerazioni sulla nuova disciplina delle collaborazioni non subordinate*, in RIDL, 2013, I, p. 841). Qui si è obiettato che in Costituzione non sarebbe dedotto un “tipo” contrattuale (Magnani, op. cit., p. 6 ss.). Ma non pare dubbio che la Corte abbia fatto riferimento ad un dato socio-strutturale che è presente nel tipo delineato dall’art. 2094 (estraneità all’organizzazione produttiva) e che costituisce l’ancoraggio di tutele minime che possono poi essere ragionevolmente differenziate in ragione del grado di dipendenza del lavoratore.

¹⁴¹⁰ Oltretutto fermi al 2010: v. Consiglio europeo, Orientamenti per le politiche degli Stati membri a favore dell’occupazione, decisione del 21.10.2010 (2010/707/UE). Tali orientamenti sono stati confermati con decisione del 13.11.2013, COM (2013) 803 final.

¹⁴¹¹ Da ultimo, con chiarezza, v. Commissione Europea, *Verso una ripresa forte di occupazione*, Comunicazione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, del 18.4.2012 COM (2012) 173 final, p. 12, in un paragrafo intitolato “Garantire disposizioni contrattuali adeguate per contrastare la segmentazione del mercato del lavoro”, : “dai dati risulta chiaramente che molti dei nuovi posti di lavoro creati negli ultimi anni (anche prima della crisi) erano basati su contratti a termine e altre forme di lavoro atipiche...In molti casi ...questi posti di lavoro non costituiscono un punto di partenza verso forme di lavoro più stabili”. Ma, anche per riferimenti a precedenti documenti, Zappala, *La tutela della persona nel lavoro a termine*, Giappichelli, 2012, 75 ss. e spec. 79 (ove citazione di M. Draghi).

assunzioni a termine, indipendentemente dallo loro conformità ai vincoli di sistema costituzionali italiani ed europei, in tanto si traduce in risultati apprezzabili in chiave europea in quanto si mantenga entro quantità complessive circoscritte e conduca a successive stabilizzazioni. Quindi a poco o nulla potrebbe servire vantare dinanzi alle autorità europee un nuovo boom dei contratti a termine nei prossimi due/tre anni, cioè un arco temporale che, stando all'attuale equilibrio normativo tra le tipologie contrattuali, non condurrebbe probabilmente a grandi incrementi di lavoro stabile e, anzi, spingerebbe il sistema italiano a raggiungere quella soglia del 20% di occupati a termine che al recente legislatore appare tollerabile in vista di un incremento delle occasioni di lavoro per i giovani disoccupati, ma che è un netto peggioramento dell'attuale rapporto tra occupati standard (tipici) e occupati non standard (atipici), dove i non standard sono ancora sensibilmente sotto il 20%.

4. Alla ricerca di un "ordine minimamente giusto": profili "esterni" ed "interni".

Venendo a quel che può dire un giurista nella prospettiva di questo terzo riordino, considerate le premesse, partirei da un'innata aspirazione del discorso giuridico – tanto teorico quanto pratico – per la quale prendo a prestito una frase di Giorgio Fontana, autore di un recente bel romanzo dal titolo suggestivo *"Morte di un uomo felice"* (Sellerio, 2014) e dal contenuto solo apparentemente lontano dal nostro tema (l'assassinio di un politico ad opera di terroristi "rossi"¹⁴¹²). La frase è che il giurista sente come propria missione quella di "contribuire anche minimamente a creare un ordine giusto" (p. 208).

Il tipo contrattuale serve anche a realizzare un ordine giusto in quanto costituisce "una sintesi degli effetti giuridici" che l'ordinamento assicura in relazione ad un determinato assetto di interessi. Esempio, per capirsi: nel lavoro subordinato l'assetto degli interessi dedotto nel contratto tipico comporta che il contratto stesso non può essere estinto dal datore di lavoro senza una valida giustificazione. Ciò evidentemente perché si presume che nel contratto di lavoro subordinato l'inserimento della prestazione in un'organizzazione eterodiretta determina una dipendenza del lavoratore dal proprio datore di lavoro, che è economica ma non solo economica (si pensi agli intrecci tra orari di lavoro e impegni familiari; ma anche alla difficoltà di curare e far evolvere in autonomia livello ed utilizzo della propria professionalità), che è un disvalore disincentivato dall'ordinamento giuridico. Sotto questo aspetto l'art. 2094 c.c. è davvero un mirabile esempio di come la descrizione di uno schema negoziale tipico possa ricomprendere un effetto necessariamente da garantire - la subordinazione tecnico-funzionale - con un altro effetto da scongiurare o almeno mitigare - la "dipendenza" di cui sopra, che sempre più è apparsa al legislatore extracodicistico come una condizione in contrasto con la valorizzazione piena sia della persona (art. 2 Cost.) sia del cittadino lavoratore (art. 3 Cost.).

Qui però subito occorre fare i conti con la contestualizzazione del contratto di lavoro. Da molti anni ormai si dice che il contratto di lavoro non può essere regolato scindendolo dal mercato o dai mercati in cui il lavoro viene scambiato. Ciò comporta che occorre perseguire una doppia giustizia: "esterna", cioè tra occupati e disoccupati, nella ripartizione delle occasioni di lavoro, e "interna", tra le due parti del contratto di lavoro. Si tratta di due profili molto diversi e che

¹⁴¹² A scanso di equivoci e fraintendimenti, tengo a precisare che voglio solo dire che i giuslavoristi sanno bene che contribuire "ad un ordine minimamente giusto" può costare molto dal momento che hanno spesso pagato con la vita per le loro idee ed il loro impegno civile, indipendentemente dai loro orientamenti e valori (il pensiero va, ovviamente, a Marco Biagi e Massimo D'Antona).

potrebbero anche non entrare in correlazione regolativa o in contrasto, nel senso che per ciascun tipo di giustizia esisterebbero tecniche regolative e di intervento diverse che possono essere complementari e sinergiche. In un caso si tratta infatti di promuovere e incentivare il lavoro come attività rilevante sotto il profilo della produzione della ricchezza nazionale: qui ciò che conta è che il maggior numero di soggetti contribuiscano al mantenimento e all'incremento del valore reale creato dal sistema economico (che si misuri in PIL o in *Gross output*, cioè Produzione lorda¹⁴¹³) in modo da mantenere elevato il tasso di attività o di occupazione dei cittadini. Se cresce il Pil e cresce il tasso di attività vi sarà comunque un margine rilevante grazie al quale può esservi ampia scelta tra diversi modelli di ripartizione delle occasioni di lavoro e, presumibilmente, dei redditi ad esse conseguenti. Fino ad un certo punto, insomma, le regole per la produzione di ricchezza in un sistema capitalistico possono prescindere da quelle che presiedono alla distribuzione della ricchezza prodotta tra imprese e lavoratori e tra occupati e disoccupati. Anche perché un elevato incremento del Pil consente un ricco finanziamento del Welfare State che funziona da correttivo delle regole di distribuzione dei redditi determinate dai mercati.

Tutto cambia invece quando il Pil cresce troppo poco o non cresce per nulla. Allora diverrebbero prevalenti le regole dirette alla produzione, ponendo in secondo ordine quelle riguardanti la distribuzione del reddito. Poiché la stagnazione prolungata del Pil è il contesto nazionale ed internazionale in cui oggi navighiamo, assumono priorità le regole volte a fissare un ordine giusto riguardo alla promozione di un maggiore tasso generale di attività. La disciplina del contratto di lavoro subordinato tipico realizzata nel secolo scorso non sarebbe più adeguata, perché, con i suoi costi, più ancora che con le sue rigidità, costituirebbe un disincentivo all'incremento dell'occupazione, almeno sotto il versante della domanda di lavoro. Essa genererebbe ingiustizia, nel senso di tutele massime (o salari superiori a quelli corrispondenti all'equilibrio di mercato) per gli occupati e precarietà o povertà per chi è disoccupato o ai margini del sistema, come, in massima parte, i giovani (o anche le donne, gli ultracinquantenni, i cittadini delle aree meno sviluppate del paese). Quindi un nuovo "ordine minimamente giusto" dovrebbe privilegiare quelle regole che portano in ogni caso ad un incremento della domanda di lavoro da parte delle imprese, con assai minore attenzione alle condizioni in cui quel lavoro viene poi concretamente prestato.

In questa prospettiva la distribuzione della ricchezza prodotta conta relativamente, perché, finché c'è crescita del Pil o della PI, si possono fronteggiare, in un modo o nell'altro, i bisogni essenziali di tutti i cittadini e comunque saranno gli equilibri di mercato a tendere verso gli assetti più razionali ed equi. È proprio a questo riguardo però che il riferimento al mercato e all'una o all'altra delle diverse teorie economiche rischia di assumere una valenza marcatamente ideologica. Infatti vi sono almeno due/tre obiezioni che si possono muovere a chi sostiene che il benessere di una nazione è tanto più grande quanto minori sono i vincoli a carico delle imprese. La prima è che la ricchezza di una nazione si incrementa se la produttività della propria economia (che determina i costi dei prodotti e i prezzi dei beni commerciabili) è maggiore di quella delle altre. Ora la produttività è grandezza difficile da misurare, ma in ogni caso non è affatto detto che su di essa influisca solo il costo del lavoro. Tant'è vero che la produttività, anche per unità di prodotto, può essere più elevata in paesi in cui il costo del lavoro è più alto¹⁴¹⁴. Quindi ne deriva

¹⁴¹³ V. Arriva il "GO" alternativa al Pil per misurare la crescita Usa, in la Repubblica del 25.4.2014. Diverso il discorso se si usasse come indicatore la Felicità interna lorda, proposto, tra gli altri, da economisti del calibro di Stiglitz e Sen.

¹⁴¹⁴ Tipico esempio è la Germania che negli ultimi anni (dal 2006) ha mantenuto salari abbastanza elevati senza incrementare troppo il CLUP e consentendo così un forte ripresa del Pil già dal 2010 (in cui la ripresa è già al 4%)

che non è affatto automatico che il contesto produttivo nazionale e internazionale imponga una revisione di quegli schemi regolativi che impediscono al costo del lavoro di scendere sotto determinati livelli.

La seconda obiezione è che per determinare un maggiore benessere generale non è sufficiente un incremento puramente quantitativo della produttività a livello di impresa. Non basta infatti che venga massimizzata la redditività delle imprese, ma occorre che il plus di reddito venga reinvestito nella c.d. economia reale e che gli incrementi di produttività vadano ad alimentare la domanda di beni e servizi. Qui il libero mercato può non essere sufficiente, perché il maggior profitto può orientarsi verso investimenti finanziari puramente speculativi con orizzonti globali e accentuata volatilità, senza tradursi affatto in ossigeno per il sistema produttivo, meno che mai quello nazionale¹⁴¹⁵.

Infine c'è un ulteriore elemento che non pare trascurabile. Gli incrementi di produttività nei paesi democratici avanzati sono realizzabili soprattutto grazie al ricorso a nuove tecnologie che riducono la quantità di lavoro necessaria a produrre determinati beni. Ciò vuol dire che il lavoro umano vale di meno sul mercato e che le imprese, se libere di rinegoziare le condizioni contrattuali alle quali si assicurano il lavoro subordinato necessario, sono nella condizione di incrementare notevolmente i propri profitti senza assolutamente incrementare il numero di occupati. Quindi una liberalizzazione delle regole di ingaggio del lavoro non necessariamente si traduce oggi in un incremento degli occupati. Tradizionalmente – ovvero negli ultimi cent'anni di storia industriale¹⁴¹⁶ – una più equa divisione della ricchezza derivante dal progresso tecnologico si realizza attraverso una riduzione dell'orario di lavoro a parità di salario. Oggi invece il mercato lasciato a se stesso, ovvero alimentato con dosi crescenti di flessibilità, chiede ai medesimi lavoratori occupati prestazioni di più lunga durata¹⁴¹⁷ e offre salari più bassi. Anche così sottraendo risorse all'economia reale.

Perciò, in definitiva, poco convincono gli argomenti, spesi a piene mani dagli economisti c.d. *mainstream*¹⁴¹⁸, per sostenere che un ordine minimamente giusto sia raggiungibile oggi guardando soprattutto a regole sulla produzione invece che a quelle sulla distribuzione della ricchezza congegnate in modo tale da affidare a ciascuna impresa la ricerca del migliore equilibrio tra tutela delle proprie esigenze e tutela del lavoro. Una prospettiva di generale deregolazione dei rapporti di lavoro, che affidi sostanzialmente alla sola autonomia negoziale il bilanciamento degli interessi delle parti (ovvero al soggetto più forte, normalmente il datore di lavoro), non corrisponde all'interesse generale, nemmeno se lo si depurasse da valori e istanze di carattere non strettamente economico. È ancora di generale utilità un "tipo" contratto di lavoro subordinato accuratamente

¹⁴¹⁵ Qui la letteratura economica è vastissima. Pare aggiungere elementi interessanti Piketty, *Capital in the Twenty-First Century*, Harvard University Press, 2014.

¹⁴¹⁶ V., da ultimo, Carniti, *La disoccupazione tra chiacchiere e indifferenza*, Nota ISRIL online, n. 15- 2014.

¹⁴¹⁷ Una recente ricerca registra oggi, a livello mondiale, un incremento medio di 28 giorni all'anno per i genitori che lavorano rispetto al 1970: v. Rampini, *Siamo ormai obbligati a essere multi-tasking*, in la Repubblica D, del 3.5.2014, p. 80, citando Crittenden, *The price of Motherhood*. V. anche l'efficace pamphlet di Gallino, *Vite rinviate. Lo scandalo del lavoro precario*, Laterza, 2014, ed ivi (p. 54) l'icastica affermazione secondo cui "la credenza che una maggiore flessibilità del lavoro, attuata a mezzo di contratti sempre più brevi e insicuri, faccia aumentare o abbia mai fatto aumentare l'occupazione, equivale quanto a fondamenta empiriche alla credenza che la terra è piatta".

¹⁴¹⁸ Su cui v., da ultimi, criticamente, ma con ampie indicazioni bibliografiche, Pacella, Realfonzo, Tortorella Esposito, *Flessibilità del lavoro e competitività in Italia*, in DLM, 2014, n. 1. V. anche Realfonzo, Tortorella Esposito, *Gli insuccessi nella liberalizzazione del lavoro a termine*, in www.economiaepolitica.it del 13 maggio 2014.

regolato: ed è questo che dunque va ancora posto al centro del terzo riordino della normativa lavoristica.

5. Quali riflessi del riordino sulla fattispecie centrale tipica del diritto del lavoro? Il temperamento tra diritto all'organizzazione e diritto alla felicità.

Appurato questo, occorre allora innanzitutto individuare quali sono i tratti del tipo centrale da sottoporre a rivisitazione o riordino. Nella ricerca continuiamo a farci guidare dall'obiettivo di realizzare "un ordine minimamente giusto". Ma proprio questo obiettivo costringe a riconoscere la persistente attualità delle indicazioni di fondo ricavabili dallo schema contrattuale scolpito nell'art. 2094 c.c., così come si è venuto evolvendo alla luce del dettato costituzionale e del temperamento tra le diverse esigenze imposto dall'evolversi della società intorno a modelli prima industriali e poi post-industriali. Le organizzazioni esprimono ancora oggi il bisogno di lavoro eterodiretto – seppure con gradi di autonomia diversificata nell'esecuzione della prestazione – che genera dipendenza – sempre difficilmente arginabile da parte del lavoratore *uti singulus*. In linea generale continua dunque ad essere valido uno schema tipico in cui occorre, da un lato, assicurare all'impresa la subordinazione tecnico-funzionale della prestazione, garantendo titolarità ed effettività di tutti i poteri necessari a raccordare professionalità e disponibilità temporale del singolo lavoratore con il risultato organizzativo, pur tenendo conto delle grandi differenze indotte da saperi e tecnologie¹⁴¹⁹; mentre la dipendenza del lavoratore dall'organizzazione – intesa come unica garanzia di continuità e sicurezza del reddito, di utilizzazione delle proprie capacità professionali senza esaurimento o obsolescenza delle stesse, di identificazione bio-psichica della persona con l'organizzazione, di confusione tra vita lavorativa ed extralavorativa – continua ad essere un fattore di debolezza che affligge uno dei contraenti, il lavoratore, meritevole per questi aspetti più che mai di protezione. Si può rilevare che, a seguito delle modifiche organizzative e degli stili di vita, non tanto il tipo contrattuale va modificato, ma i contenuti dei diversi contratti individuali di lavoro che sempre meno si prestano ad essere ricondotti a standard troppo ampi; mentre puntare su un più accentuato "effetto disciplina"¹⁴²⁰ prodotto dallo schema contrattuale in quanto tale – cioè sul timore del lavoratore di essere penalizzato o addirittura licenziato – può favorire una riduzione salariale (non utile in prospettiva macroeconomica) ma non assicura una diffusa e duratura crescita della produttività (meno che mai in termini di costo del lavoro per unità di prodotto, clup). Insomma il tipo contrattuale - basato su un assorbente, ma consensuale, inserimento nell'organizzazione altrui compatibile con il pieno sviluppo della personalità del lavoratore (art. 2

¹⁴¹⁹ Al riguardo non v'è dubbio che le modalità di raccordo organizzazione/prestazione sono assai mutate nel corso degli anni, grazie all'evoluzione tecnologica, gestionale, produttiva e culturale in genere (v., tra i giuslavoristi delle ultime generazioni, Borzaga, *Lavorare per progetti. Uno studio su contratti di lavoro e nuove forme organizzative di impresa*, Cedam, 2012; Alessi, *Flessibilità del lavoro e potere organizzativo*, Giappichelli, 2012; Pallini, *Il lavoro economicamente dipendente*, Cedam, 2013; e, per un altro approccio, lo studio ampio ed acuto di Berta, *Produzione intelligente. Un viaggio nelle nuove fabbriche*, Einaudi, 2014). Non si vede però come questo incida sullo schema contrattuale di fondo predisposto dal codice per il lavoro eterorganizzato, che nasce di certo in epoca fordista, ma nella sua configurazione generale si è prestato e si presta a notevoli adattamenti rispetto a tutte le successive evoluzioni. Salvo quanto tra poco si dirà sul sistema delle fonti di disciplina dei rapporti di lavoro che poco spazio ha riconosciuto in passato all'autonomia negoziale individuale (v., da ultimo, A. Zoppoli, *Verso il tramonto dell'inderogabilità?*, in, *Il diritto del lavoro in trasformazione*, curato da Corazza e Romei, il Mulino, 2014, p. 37 ss.), in sé e per sé non certo negata dall'art. 2094, e che sempre meno potrà riconoscere se la fattispecie contrattuale verrà sempre più "sbilanciata" dagli assetti legislativi.

¹⁴²⁰ V. gli autori citati in nota 19.

Cost) - è valido più che mai; ma richiede un contesto ambientale e istituzionale – nella cultura e nell'etica del lavoro, nel mercato, nell'impresa, nelle amministrazioni pubbliche, nella magistratura, nei sindacati – che consenta e sostenga un genuino adattamento degli specifici contenuti contrattuali alle differenti situazioni organizzative, garantendo eque condizioni di lavoro ma anche tempestive reazioni agli inadempimenti individuali e alle modifiche dei contesti economico-produttivi.

Sotto questo punto di vista la scelta della riforma Fornero di rilanciare il contratto di lavoro a tempo indeterminato è una scelta opportuna, condivisibile e in linea con il tessuto occupazionale e il contesto produttivo nazionale ed internazionale¹⁴²¹. Quel che non va è che la l. 92 poco ha fatto per ammodernare la subordinazione tecnico-funzionale, puntando invece su un'accentuazione della "dipendenza" del lavoratore, oggi più esposto di prima al licenziamento poco ponderato¹⁴²². Cioè - non essendosi fatto nulla nemmeno per caratterizzare in senso più cooperativo le relazioni industriali¹⁴²³ - attualmente la legislazione sul lavoro può contare meno di ieri su percorsi di genuine negoziazioni volte magari ad adattare temporaneamente determinate condizioni di lavoro alle peculiari situazioni di crisi produttive o occupazionali. Il lavoratore subordinato è infatti più "dipendente" e quindi meno in grado di negoziare a livello individuale eque condizioni di lavoro; mentre a livello collettivo le negoziazioni, quando sono di livello nazionale, si svolgono ad un livello troppo ampio per abbracciare le differenziazioni organizzative¹⁴²⁴, e, quando sono a livelli più decentrati, devono quasi sempre affrontare situazioni di risorse scarse, dove prevale il conflitto, spesso acceso, sulla necessaria convergenza cooperativa.

Invece la legislazione sul lavoro deve essere modernizzata complessivamente, facendo in modo che lo schema tipico - ricavabile dall'art. 2094 c.c. e vivificato dalle norme costituzionali - possa adeguarsi alla nuova centralità dell'impresa. È infatti indubbiamente vero che è a questo livello che la produttività va recuperata in tutti i modi e che le strade per farlo possono non essere omogenee. Quindi serve senz'altro più duttilità regolativa in vista di maggiore produttività, ma da realizzare in via consensuale, negoziale e, comunque, con tutti i controlli sociali per garantire che la maggiore produttività si traduca in ricostituente per l'economia reale e non vada ad alimentare le rendite speculative, vecchie e nuove¹⁴²⁵.

Inoltre va anche detto che il tipo classico di contratto di lavoro, tributario di un assetto contenutistico predeterminato in via eteronoma, tiene poco conto dei nuovi bisogni, indotti dalla società evolute e, al contempo, più difficili da soddisfare a causa della crisi della società industriale e del Welfare State. Si configurano nuove debolezze: i lavoratori giovani, che devono metter su famiglie

¹⁴²¹ Degno di nota al riguardo è che il nostro Paese rientra tra quelli c.d. *wage led*, nei quali una compressione dei salari, che sempre consegue ad una maggiore flessibilità numerica, ha effetti più marcatamente depressivi per l'economia in generale.

¹⁴²² Per una più approfondita argomentazione sul punto rinvio al mio *Flex/insecurity. La riforma Fornero (l. 28 giugno 2012, n. 92) prima, durante e dopo*, Editoriale scientifica, 2012.

¹⁴²³ V., da ultimi, Ales, *Quale futuro per il modello partecipativo in Italia?*; Zoli, *La partecipazione in Italia fra vecchi e nuovi modelli*, in L. Zoppoli, A. Zoppoli, M. Delfino (a cura di), *Una nuova costituzione per il sistema di relazioni sindacali?*, Editoriale scientifica, 2014 (il secondo anche in DLM, 2013, 3); L. Zoppoli, *Per una legge sindacale di stampo partecipativo*, in F. Carinci (a cura di), *Legge o contrattazione?*, Adapt Labour studies, e-Book series, n. 20, 2014.

¹⁴²⁴ V. Treu, *Il sindacato può galleggiare, ha forti ancoraggi, ma nulla di più*, ne *Il diario del lavoro*, 2 maggio 2014, che parla di contrattazione *taylor made*.

¹⁴²⁵ Sotto tale profilo si concorda con chi sostiene che il tipo contrattuale da porre al centro del diritto del lavoro debba essere destandardizzato (v. anche Magnani, op. ult. cit.; Proia, *Manuale del nuovo corso del diritto del lavoro*, Cedam, 2013, p. 32), ma non mi pare affatto che se ne debba dedurre la necessità di accantonarlo o di confonderlo in una pluralità indistinta di lavori non standard (o atipici).

più aperte e paritarie in condizioni più difficili di una volta (almeno in occidente) per il costo delle case, i servizi sociali carenti, i maggiori bisogni di familiari anziani che vivono più a lungo; i genitori separati, che devono mantenere più famiglie con un tasso di disoccupazione giovanile e femminile altissimo; le diverse nazionalità, religioni, culture del lavoro, che richiedono più formazione, più integrazione anche extralavorativa, diversi regimi di orario. Ma anche l'evolversi positivo degli interessi e delle aspettative, che tornano a farci parlare di un "diritto alla felicità", un diritto che non va declinato in termini esistenziali o impalpabilmente soggettivi, ma molto laici e quotidiani, come, anticipando giuristi ed economisti, ci ricordano Carlo Petrini e Luis Sepúlveda in un recente bel dialogo sulla felicità, dove si allude non alla felicità dell'essere ricchi ma all'essere liberi di godersi "le gioie semplici" del buon vivere con dignità (nelle quali rientrano: l'arte in tutte le sue mille manifestazioni, le pratiche religiose, l'amicizia, le relazioni sessuali, il buon cibo, lo sport, il contatto con la natura), una libertà da riconoscere a tutti, che il lavoro non deve cancellare ma, al contrario, garantire¹⁴²⁶.

Insomma i termini dello scambio novecentesco sono cambiati, ma non possono fare a meno di una regolazione che ancora una volta tenga conto dell'*id quod plerumque accidit*. Perciò questa regolazione – se non vuole essere espressione di una ricorrente "lotta di classe", che magari oggi vede il capitale in posizione dominante¹⁴²⁷, ma domani chissà - non può essere messa nelle sole mani dell'impresa o del datore di lavoro che, legittimamente, persegue solo il suo interesse di breve termine e non può pretendere di rappresentare le ragioni dell'altra parte. Quindi lo strumento della regolazione deve ancora essere un contratto frutto dell'incontro di volontà libere di entrambe le parti, ma dai contenuti meno standardizzati di una volta. Questo risultato non si raggiunge con l'accentuazione della gerarchia aziendale e dell' "effetto disciplina", che minano alla radice la possibilità di negoziazioni genuine. E nemmeno pensando di recuperare tutto il potere negoziale sul versante dei lavoratori in capo a sindacati centralistici e, a loro volta, marcatamente gerarchizzati, secondo logiche e priorità non sempre tarate sui bisogni delle organizzazioni e degli individui in carne ed ossa. Sembra perciò urgente un diritto del lavoro che, pur partendo da un tradizionale e ormai obsoleto incrocio tra il lavoratore collettivo e l'autoritarismo aziendale, sappia fare spazio all'evoluzione di collettività di lavoratori sempre più specifiche e consapevoli, fornite degli strumenti per negoziare al livello giusto con imprese dotate di una moderna cultura delle regole e della gestione le condizioni ottimali dello scambio tra prestazione di attività eterorganizzata e risorse necessarie ad assicurare il pieno sviluppo della personalità del lavoratore.

6. Il riordino dei contratti di lavoro e il maxi rilancio del contratto a termine "acausale".

Nella prospettiva di un riordino che abbia al centro un tipo contrattuale come quello descritto – perfettamente compatibile con il nostro tessuto occupazionale e con il contesto produttivo nazionale ed internazionale - quale spazio è da riconoscere al contratto a termine e, più in generale,

¹⁴²⁶ V. Sepúlveda e Petrini, *Un'idea di felicità*, Guanda, 2014. Senza considerare che sociologi e filosofi segnalano come nei paesi ricchi insieme o oltre i "bisogni forti" (lavoro, casa, famiglia) avanzano i "bisogni deboli", "la cultura moderna nata dalla fabbrica cede il passo alla cultura postmoderna nata dalla televisione: un *patchwork* pasticciato di idee, desideri, oggetti, luoghi ed esperienze in cui è difficile distinguere la sostanza dall'apparenza, il contenuto dal contenitore, l'autentico dall'inautentico, il mezzo dal fine" (De Masi, *Mappa mundi. Modelli di vita per una società senza orientamento*, Rizzoli, 2013, p. 832). Anche questo rende sempre più difficile predisporre condizioni standard per lo scambio eterorganizzato della prestazione lavorativa.

¹⁴²⁷ V. Gallino, *La lotta di classe dopo la lotta di classe*, Laterza, 2012.

ad un'articolazione di ulteriori tipi contrattuali?

Quanto al contratto a termine nella versione che pare scaturire dal dl 34/2014, non tocca a me parlarne. Non v'è dubbio però che, visti i dati sulla abnorme espansione di questo contratto nelle assunzioni e la facile previsione di un suo sempre più diffuso utilizzo per la nuova occupazione, occorre seriamente interrogarsi sulle ripercussioni che l'apposizione facile di un termine al contratto di lavoro tipico produce sull'assetto degli interessi che il contratto stesso dovrebbe realizzare. Infatti, ammesso pure che se ne riuscirà a contenere l'utilizzo nell'ambito del 20% dei singoli organici¹⁴²⁸, a questo segmento sarà *istituzionalmente* affidata sempre più la funzione di assorbire la nuova forza-lavoro, garantendo una rotazione tra occupati marginali, con qualche sporadica *chance* di incrociare il turnover degli occupati a tempo indeterminato.

Sotto il profilo strettamente giuridico ha a mio parere ragioni da vendere chi sostiene che, in fondo, si tratta di un ritorno al codice civile del 1942, che consentiva senza troppi vincoli l'apposizione del termine quale clausola accessoria al contratto di lavoro di cui all'art. 2094. Anzi oggi vi sarebbe il limite dei 36 mesi, che l'art. 2097 (abrogato nel 1962) non contemplava affatto. Dunque il termine non altera lo schema contrattuale tipico¹⁴²⁹ e si inserirebbe nelle modalità di utilizzo del lavoro subordinato socialmente accettabili ed accettate. Porre restrizioni in materia non tutelerebbe affatto i lavoratori – si dice - e, anzi, li priverebbe di occasioni di lavoro, almeno fino a quando le imprese non disporranno del potere di licenziare i lavoratori in esubero e non si sprecheranno più risorse a “mettere i lavoratori nel frigorifero della cassa integrazione”¹⁴³⁰. Il contratto a termine, si dice ancora, serve a superare il dualismo del mercato del lavoro tra *insiders* e *outsiders* e a elevare il tasso di occupazione in modo da consentire la partecipazione alla nuova fase di crescita europea all'Italia e a un numero più elevato di italiani. Va incentivato non limitato,

¹⁴²⁸ E in questo l'indebolimento dell'apparato sanzionatorio (v. art. 1, c. 1 lett. b-septies del d.l. 34/14), per quanto circondato da imprecisioni e incertezze (v. Ichino, *Decreto Poletti, i limiti di un testo storico, ne il Corriere della sera* del 20.5.2014), non aiuterà certo.

¹⁴²⁹ Questa caratteristica non è messa in dubbio neanche da chi sottolinea, pure di recente, l'essenzialità del termine al fine di ricostruire in concreto l'assetto degli interessi garantito del singolo contratto (P. Saracini, *Contratto a termine e stabilità del lavoro*, Editoriale scientifica, 2013, p. 41-42), che, come in precedenza si è detto, allontana dal “tipo” legale. Invece Pietro Ichino, in un recentissimo intervento (in www.pietroichino.it, newsletter del 5.5.2014) sostiene che il termine, proprio con le innovazioni del d.l. 34/2014, rientrerebbe tra gli elementi essenziali del contratto per quanto attiene alla considerazione degli interessi dell'impresa e, in quanto tale, costituirebbe un elemento ostativo a giustificare la sanzione della conversione del contratto a termine in contratto a tempo indeterminato qualora lo specifico contratto si ponesse oltre la soglia del 20% dell'organico (in quanto la violazione atterrebbe ad un elemento del tutto estrinseco al contratto). È difficile essere d'accordo con questa prospettiva, che appare molto strumentale a sostenere gli emendamenti al dl 34 proposti nel passaggio in Senato; infatti il problema della sanzione per violazione di norma imperativa (chè di questo si tratta) poco ha a che fare con la struttura causale del contratto, nozione, come s'è detto, delicata perché concettualmente complessa, dalla quale non si può far scaturire automaticamente la preferenza per l'una o l'altra soluzione normativa. Occorre infatti attentamente interrogarsi sulle ragioni per cui il legislatore dovrebbe dare prevalenza alla tutela dell'interesse concreto del datore di lavoro ad assumere a termine. Può essere una scelta di politica del diritto. Ma non scaturisce da nessuna considerazione tecnico-sistematica. Anche a richiamare la sanzione della nullità totale del contratto ex art. 1419 c.c. in quanto il datore di lavoro non lo avrebbe concluso “senza quella parte del suo contenuto che è colpita da nullità” (cioè il termine), si farebbe applicazione unilaterale della norma civilistica che recita “se risulta che *i contraenti* non lo avrebbero concluso senza...” (sul punto vi è, in generale, giurisprudenza non univoca); ma è evidente che il lavoratore lo avrebbe concluso anche senza il termine. Allora la domanda sarebbe: quale interesse occorre tutelare in via privilegiata quello del lavoratore ad ottenere un lavoro senza durata predeterminata arbitrariamente definita dal datore di lavoro o quello del datore di lavoro ad assumere a termine? Forse è una scelta squisitamente politica e a complicarla indubbiamente c'è anche il fatto che la conversione avvantaggerebbe comunque gli ultimi arrivati in azienda (ma anche a tal riguardo, va considerato che, se si adottano soglie numeriche come limiti alla legittimità dei contratti, le conseguenze poi hanno la drasticità dei numeri). A metterla sul tecnico, direi che occorre bilanciare valori e interessi di rango costituzionale e allora, leggendo e rileggendo gli art. 4 e 41 Cost., mi pare difficile sostenere che vada privilegiato l'interesse dell'impresa.

¹⁴³⁰ V. l'editoriale di M. Ferrera, *Quando tutelare significa ingannare, ne il Corriere della sera*, del 24.4.2014

anche perché alle imprese pare interessare molto.

Si tratta di discorsi molto comuni e addirittura oggi dilaganti. Però, com'è evidente, questi discorsi non riguardano l'ordine giusto "interno", quello tra le parti stipulanti assicurato dal tipo contrattuale, bensì quello "esterno", cioè la ripartizione delle occasioni di lavoro che il mercato offre.

Si dovrebbe quindi tornare a quel che si è detto nel par. 4 ed eventualmente approfondirlo. Non è questo però che più mi interessa. Vorrei piuttosto osservare che, se si sviluppa il discorso, da un lato, sulla specifica disciplina del d.l. 34/2014 e, dall'altro, sui riflessi interni al tipo contrattuale, si scopre che un eccesso di contratti a termine forse produce più problemi di equità di quanti ne risolve.

Innanzitutto il d.l. 34 nell'estendere la possibilità di ricorso al termine (chè questo vuol dire in ogni caso la acausalità, perché il controllo giudiziale sulla motivazione non è solo a tutela del lavoratore che viene assunto¹⁴³¹, bensì a garanzia di un uso restrittivo dei contratti a scadenza predeterminata) pone un limite di organico (20%), ma nessun limite *ad personam*. Questo, a parte la reiterabilità delle assunzioni a termine con una stessa impresa, vuol dire che la vita lavorativa dei lavoratori che non hanno avuto o non hanno il privilegio di essere assunti con contratto a tempo indeterminato può anche svolgersi interamente con successive infinite assunzioni a termine da parte di varie imprese semprechè ciascuna di esse lo possa computare nel suo 20% di organico. Si ampliano dunque le possibilità di lavoro, ma per gli *outsiders* si configura un mercato secondario, caratterizzato quasi da una garanzia di precarietà, proprio quella che, con linguaggio europeo, si chiama "trappola della precarietà", dalla quale deriva tutt'altro rispetto a quel diritto alla felicità cui prima si accennava. Se ne gioverebbero almeno il tessuto occupazionale e la produttività del nostro Paese? Qui non c'è alcuna garanzia. Sappiamo solo che uno dei problemi del nostro mercato del lavoro è la inadeguatezza delle competenze dei nostri lavoratori o aspiranti tali e che le imprese non investono in formazione sulla forza lavoro marginale¹⁴³²; e sappiamo che l' "effetto disciplina", garantito da un contratto breve dal rinnovo incerto, funziona relativamente: coinvolge poco il lavoratore, un po' di più alle prime esperienze, assai di meno quando si fa chiara la prospettiva fuori/dentro.

Invece, guardando al versante interno, l' "effetto disciplina" funziona meravigliosamente nell'enfatizzare il potere contrattuale della parte più forte, cioè del datore di lavoro. Dunque il contratto a termine è, per sua natura, un contratto senza equilibrio contrattuale, un contratto profondamente "ingiusto", salvo che non faccia parte di un percorso finalizzato entro tempi certi a rafforzare la posizione contrattuale e professionale del lavoratore (si pensi agli stagionali con diritto di precedenza: v. art. 1, c. 5. c. 4-quinquies del d.lgs. 368/01).

Infine, così come viene congegnato dal d.l. 34/2014, è con ogni probabilità un contratto contrario a principi costituzionali interni ed europei. Qui il discorso è squisitamente tecnico-giuridico e presenta dei risvolti di complessità e novità notevoli. Purtroppo non si presta tanto a semplificazioni, come vorrebbe la legge delega. Però, trattandosi proprio dei vincoli costituzionali che comunque si impongono anche al legislatore delegato, non possono tralasciarsi.

¹⁴³¹ E che, si dice, poco si gioverebbe di un'eventuale conversione del contratto dal momento che potrebbe poi essere licenziato con una certa facilità, visto anche il nuovo art. 18 stat.lav.

¹⁴³² V. Commissione europea, Progetto di relazione comune sull'occupazione che accompagna la comunicazione della Commissione sull'analisi annuale della crescita 2014, del 13.11.2013.

La questione attiene a quale garanzia di “stabilità” va rinvenuta nei principi costituzionali, quali deducibili dagli artt. 1,2,4,35 e 41 della Costituzione italiana e dall’art. 30 della Carta dei diritti fondamentali dei cittadini europei. La risposta è agevole per quanto riguarda i limiti costituzionali al licenziamento, che è sicuramente un atto lesivo dell’interesse del lavoratore alla continuità del lavoro e del reddito. Tale interesse è considerato costituzionalmente protetto in via interpretativa dalla nostra Corte Costituzionale, almeno nel senso di divieto del licenziamento arbitrario; e risulta protetto *per tabulas* dalla Carta europea del 2009, che all’art. 30 vieta chiaramente l’interruzione immotivata del rapporto di lavoro. In virtù di un parallelismo funzionale tra licenziamento ed apposizione del termine – due strumenti negoziali attraverso i quali si persegue il medesimo risultato di estinguere il contratto di lavoro – si ritiene che il divieto di uso arbitrario di tale strumentazione – nel senso di utilizzazione insindacabile quanto alla motivazione – vada riferito anche all’apposizione del termine. Questa ricostruzione, riferibile all’art. 30 della Carta Ue in virtù della sua piena applicabilità alle direttive in materia di termine (mi riferisco, ovviamente, alla direttiva n. 70 del 1999, che va interpretata oggi anche alla luce della Carta Ue, come imposto dall’art. 51 della medesima Carta), renderebbe di dubbia costituzionalità una disciplina del contratto a termine priva di qualsiasi controllo sulla sua giustificazione oggettiva¹⁴³³.

A seguito delle precedenti osservazioni, il riordino della tipologia dei contratti di lavoro non dovrebbe prescindere da un’attenta riconsiderazione delle novità introdotte dal d.l. 34/2014 e, quanto meno, dovrebbe disinnescare le trappole soggettive della precarietà e arginare lo squilibrio di potere contrattuale che deriva dal ricorso arbitrario al termine. A tal fine però sarebbe necessario introdurre un sistema di non facile configurazione e attuazione. Si potrebbe pensare, ad esempio, a riferire il limite dei 36 mesi a ciascun lavoratore, e non all’impresa, svincolando il completamento del triennio dall’unicità del datore di lavoro. Insomma ogni lavoratore potrebbe essere assunto a termine senza causale solo per tre anni complessivi, indipendentemente dall’impresa, dal settore, dalla professionalità, con l’obiettivo di facilitare il primo inserimento o il mantenimento della sua capacità lavorativa in un mercato del lavoro con squilibri sul versante della domanda di lavoro. Al termine del triennio al lavoratore dovrebbe essere riconosciuto un vero e proprio diritto di prelazione, maturato grazie alla pur precaria esperienza lavorativa di lunga durata (36 mesi sono più del periodo oltre il quale un lavoratore si considera nella Ue un disoccupato di lunga durata), un diritto che dovrebbe essere diretto ad ottenere un contratto a tempo indeterminato¹⁴³⁴. Tale diritto non può configurarsi nei confronti di un’impresa determinata, perché questo disincentiverebbe le assunzioni anche a termine e sarebbe contraddittorio rispetto all’obiettivo del d.l. 34/2014. Inoltre va considerato che già esistono diritti di precedenza per il lavoratore che abbia prestato presso la stessa azienda attività lavorativa per un periodo superiore a sei mesi nelle assunzioni a tempo indeterminato effettuate dal datore di lavoro entro i successivi

¹⁴³³ Saracini, cit., p. 72 ss. e 88 ss. Sui problematici vincoli derivanti dalla Carta dei diritti Ue v., da ultimi, Delfino, *La Corte e la Carta: un’interpretazione “utile” dei diritti e dei principi sociali fondamentali. Considerazioni a partire dal caso Association de médiation sociale*, in WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”.INT – 103/2014, e in DLM, 2014, n. 1; G. Fontana, *Crisi economica ed effettività dei diritti sociali in Europa*, in WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”.INT – 104/2014. Pure interessante è la recentissima CGUE dell’8 maggio 2014, causa C483/12, *Pelckmans Turnhout v. Van Gestel Balen e altri*. Per un aggiornato quadro comparato della legislazione negli Stati Ue in materia di contratti a termine v. *Comparative Labor Law dossier: Temporary Work and Fixed-Term Contracts*, in www.european-rights.eu, newsletter n. 44/2014.

¹⁴³⁴ Per equità occorrerebbe parificare a tal fine anche i lavoratori con contratti a termine delle agenzie di somministrazione che siano stati utilizzati per 36 mesi.

dodici mesi con riferimento alle mansioni già espletate in esecuzione dei rapporti a termine (art. 5, c. 4-quater del d.lg. 368/01; del diritto di precedenza degli stagionali già si è detto); e che questo diritto viene in qualche misura già valorizzato ed ampliato per le lavoratrici madri dal d.l. 34/2014 (v. art. 1, c. 1 lett. b-quinquies e b-sexies).

Il diritto di prelazione dovrebbe però andare oltre il diritto di precedenza già previsto, che, svolgendo una blanda funzione di “freno al prolungamento dello stato di precarietà dell’impiego del singolo lavoratore”¹⁴³⁵, è configurato in termini non proprio stringenti (durata di un anno, circoscritto ad assunzioni riguardanti mansioni già espletate; meccanismi sanzionatori indefiniti¹⁴³⁶) ed è ampiamente regolabile mediante contratti collettivi di ogni livello¹⁴³⁷. Si potrebbe però costruire un sistema, gestito dai servizi per l’impiego rinnovati, in cui in un determinato territorio (ad esempio la regione) le imprese che vogliano assumere a tempo indeterminato, ferma restando un’ampia possibilità di scelta, debbano necessariamente prima formulare un’offerta ad uno o più lavoratori inseriti in una lista locale dei “precari di lunga durata”. Con una “rete” di questo tipo molti potrebbero essere i raccordi da istituire, in via legale e/o contrattuale, tra “precariato” e assunzione a tempo indeterminato, con eventuali interventi mirati di formazione, sostegno al reddito, affidamento ad agenzie di somministrazione, ecc. In una logica – tutta da potenziare – di gestione molto attiva degli *stock* di occupazione particolarmente problematica, al fine di evitare non solo la segmentazione dei mercati del lavoro ma anche la segregazione di determinate fasce di lavoratrici/lavoratori in ambiti di sottoccupazione o di vera e propria marginalità/povertà.

Probabilmente un assetto di questo genere consentirebbe anche di evitare il contrasto con i suddetti vincoli all’arbitraria limitazione della durata del contratto di lavoro e - contrariamente a quanto ritenuto da Corte Cost. 44/08 a proposito del blando diritto di precedenza - potrebbe configurare un deterrente per l’abuso di contratti a termine piuttosto che una mera misura per favorire la stabilizzazione del singolo lavoratore. Infatti, per un verso, l’apposizione di un termine al contratto sarebbe, salvo pochi specifici casi, rigorosamente limitata ai 36 mesi ed il tempo trascorso non sarebbe utile solo a realizzare lo scambio corrispettivo lavoro precario/retribuzione, ma anche a far maturare i presupposti per un vero e proprio diritto alla stabilità, con il delinearsi delle tante agognate tutele crescenti. Per converso il diritto di prelazione, entro un certo ambito territoriale efficace *erga omnes*, non sarebbe solo una misura volta ad attenuare la precarietà del singolo lavoratore ma interverrebbe a calmierare in generale la possibilità di avvalersi di contratti a termine.

7. L’alternativa (sempre inattuale) del contratto unico.

Tutti i limiti di principio e funzionali del nuovo contratto a termine sono ben chiari anche a chi ha

¹⁴³⁵ Ciucciovino, *Il sistema normativo del lavoro temporaneo*, Giappichelli, 2008, p. 185.

¹⁴³⁶ V., anche per un riepilogo del dibattito dottrinale sul punto, Franza, *Il lavoro a termine nell’evoluzione dell’ordinamento*, Giuffrè, 2010, p. 296 ss.; Faleri, *Le tecniche di stabilizzazione dei rapporti di lavoro a termine e i diritti di precedenza*, in Del Punta, Romei (a cura di), *I rapporti di lavoro a termine*, Giuffrè, 2013, spec. p. 310 ss.; Preteroti, *Il contratto di lavoro a tempo determinato*, in G. Santoro-Passarelli (a cura di), *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale privato e pubblico*, Utet, 2014, p. 427 ss.;

¹⁴³⁷ V. Casillo, *I contenuti della contrattazione collettiva sul contratto a tempo determinato*, in Ferraro (a cura di), *Il contratto a tempo determinato*, Giappichelli, 2008, p. 297 ss.; Faleri, *Flessibilità del lavoro e precarietà dei lavoratori dopo la riforma Fornero*, in LD, 2012, p. 532 ss.

promosso, in via d'urgenza, il dl 34/2014. Diversa però è la terapia suggerita per superarli. In particolare si propone di affiancare alla liberalizzazione del contratto a termine la possibilità di ricorrere a un contratto a tempo indeterminato nel quale escludere per tre anni ogni limite sostanziale al potere di licenziamento, sottoposto soltanto all'obbligo di pagamento di una penale crescente ragguagliata ad un massimo di tre mesi circa di retribuzione¹⁴³⁸. Si tratta di un rilancio, alquanto semplificato, della proposta di c.d. contratto unico¹⁴³⁹, che però poco avrebbe di unico perché, dopo il dl 34/14, affiancherebbe tutti gli altri tipi esistenti. Anche in questa proposta si legge in effetti il parallelismo tra disciplina del termine e disciplina del licenziamento, che viene fatta operare nel senso di un generale allentamento della regolazione eteronoma del contratto di lavoro. Per quanto si è prima detto, non appare condivisibile questa soluzione, che aumenterebbe l'iniquità "interna" al tipo contrattuale, indipendentemente dall'apposizione del termine. Inoltre la proposta si pone in netto contrasto con la normativa costituzionale, che, per quanto riguarda il licenziamento, deve fare anche i conti con il più preciso e stringente disposto dell'art. 24 della Carta sociale europea. Essa dunque assume un carattere quasi paradossale: un rimedio di assai dubbia legittimità ad un problema creato dalla legislazione alla quale si riferisce il rimedio stesso. Insomma siamo sempre più in una strettoia creata da riforme dei contratti di lavoro che impongono riordini immediati che sollevano almeno altrettanti problemi di quelli che si vorrebbero risolti dalle riforme.

In effetti la legge delega AS 1428/2014 – ma, dopo l'accoglimento di un emendamento al Senato, già il dl 34/2014, con una premessa che non ha alcun concreto effetto normativo, se non in stretto raccordo con la delega - prevede anche l'introduzione, in via magari sperimentale, di un contratto di inserimento a tutele crescenti, senza peraltro chiarirne i rapporti con il nuovo lungo contratto a termine acausale. In questo punto la delega riecheggia il c.d. contratto unico. Ma già questo riferimento semantico è tutt'altro che chiarificatore, essendovi in Italia sul tappeto, a far data dal 2008, almeno 6 diverse proposte riconducibili ad un nuovo contratto finalizzato a superare in tutto o in parte le segmentazioni del nostro mercato del lavoro¹⁴⁴⁰. Mettere ora il c.d. "contratto unico" in concorrenza con il nuovo contratto a termine acausale vuol dire davvero restringerne di molto l'utilità e persino la necessità. Già le imprese non sono mai parse granchè interessate. Se poi si offre loro la possibilità di assumere liberamente a termine per periodi che possono reiterarsi per cinque volte con durate intorno ai 6/7 mesi, davvero non si capisce perché dovrebbero optare per un contratto a tempo indeterminato il cui scioglimento, seppure arbitrario (Costituzione permettendo), avrebbe un costo aggiuntivo¹⁴⁴¹. Stando così le cose, l'unica convenienza

¹⁴³⁸ V. emendamento Ichino proposto al Senato su cui "Perché quel preambolo è importante", in www.pietroichino.it, newsletter del 5 maggio 2014.

¹⁴³⁹ V. - oltre alla originaria proposta di Boeri e Garibaldo (già rinvenibile in *Un nuovo contratto per tutti*, Chiarelettere, 2008) e a quella formulata da Leopardi e Pallini (*Contratto unico contro la precarietà*, in *nelMerito.com* del 19 febbraio 2008) - i progetti/disegni di legge AS 1481/2009; AS 2000/2010; AC 2630/2009; AC 364/2013; AS 555/2013.

¹⁴⁴⁰ Per sintesi recenti ed efficaci v. Zappala', op.cit.; Pallini, op.cit. V. anche Cavallaro-Palma, *Come (non) uscire dal dualismo del mercato del lavoro: note critiche sulla proposta di contratto unico a tutele crescenti*, in RIDL, 2008, I, p. 507 ss.; Ichino, *Inchiesta sul lavoro*, Mondadori, 2011; Sinopoli, *Appunti su contratto unico e articolo 18 aspettando il "Job Act"*, in Associazione Paolo Sylos Labini, *paper on-line* del 10.1.2014.

¹⁴⁴¹ Anche i vantaggi indicati da Pietro Ichino nella relazione al Senato (assenza del contributo differenziale dell'1,4% e maggiore rigidità del contratto a termine) appaiono minimi e, comunque, eventuali (il differenziale non sempre è dovuto e comunque è inferiore al *firing cost*; che poi il contratto a termine sia rigido quando il datore di lavoro può decidere per ben 5 volte se reiterarlo o meno!). V. ora le considerazioni molto dure ma realistiche di Cazzola, *Quando la razionalità fa a pugni con la ragionevolezza*, in *Bollettino Adapt* del 19 maggio 2014, n. 20, www.adapt.it, che afferma "il nuovo contratto a termine è destinato a cannibalizzare qualsiasi contratto a tempo indeterminato anche se caratterizzato da una tutela più leggera in caso di licenziamento".

potrebbe rinvenirsi nel far costare apprezzabilmente meno il contratto a tempo indeterminato rispetto al contratto a termine. Ma anche questa strada appare di scarsa utilità, innescando una concorrenza al ribasso tra tipi contrattuali, di cui davvero non si sente la necessità, specie nella prospettiva di un ordine minimamente più giusto rispetto a quello attuale. E se la ragione dovesse essere quella di ridurre ancor più il costo del lavoro per aumentare la competitività delle nostre imprese, si può dubitare che i margini di ulteriore contenimento dei salari o degli oneri previdenziali consentano davvero di competere riducendo queste voci di costo.

Se invece, in modo davvero schizofrenico e al momento improbabile, si decidesse di andare verso il rapido accantonamento del maxi rilancio dei contratti a termine acausali, potrebbe tornare di attualità qualcuna delle proposte in tema di contratto unico. Alcune di esse infatti possono essere appetibili per il datore di lavoro in vista di una predeterminazione del costo di una libera interruzione del contratto dopo alcuni mesi o anni, e per il lavoratore in vista della costituzione di un contratto a tempo indeterminato con applicazione, seppure posposta, delle tutele contro il licenziamento arbitrario.

Le proposte che appaiono più coerenti con l'evoluzione del diritto del lavoro sono quelle presentate dal 2010 in poi, che parlano di un contratto unico di inserimento o di un contratto unico di inserimento formativo¹⁴⁴². Quasi tutte, a fronte dell'introduzione del nuovo contratto, prevedono forti restrizioni per contratti a termine e per le altre forme di lavoro parasubordinato. E invece allentano le sanzioni per i licenziamenti nei primi due/tre anni, configurando varie possibilità di intervento per la contrattazione collettiva. In ogni caso il contratto unico può essere utilizzato una volta sola dall'impresa nei confronti di uno stesso lavoratore. Si tratta di norme complesse, che appaiono in fondo finalizzate essenzialmente a reintervenire sulla disciplina dei licenziamenti. La loro convenienza per i datori di lavoro rispetto all'attuale gamma di contratti appare dubbia; la loro convenienza per i lavoratori altrettanto, vista la possibilità che le imprese li utilizzino solo nella misura in cui consentono massima libertà di licenziamento. Questi contratti avrebbero un unico vantaggio probabile: potrebbero assorbire la più ampia tipologia di lavori flessibili al margine, con un effetto di maggiore trasparenza e governabilità del mercato del lavoro, anche in vista di un potenziamento dei servizi per l'impiego.

Però essi affrontano ancora essenzialmente la flessibilità numerica potenziando l' "effetto disciplina" del contratto tipico, senza per questo garantire maggiore equità né "esterna" né "interna".

È poi da escludere che il contratto unico sia riconducibile agli orientamenti per l'occupabilità dell'Ue. Infatti la Commissione europea ne fa un fuggevole accenno solo riguardo al solito problema della segmentazione dei mercati del lavoro, dell'eccesso di atipicità e della necessità di

¹⁴⁴² Recentissima, e ancora solo abbozzata, la proposta di un "contratto ad affidamento crescente", formulata da Bruno Caruso (v. *Nel cantiere del contratto di inserimento: il "contratto ad affidamento crescente"*, in *nelMerito.com* del 12 maggio 2014). Dalla sintetica presentazione si deduce un interessante impianto teorico e una articolata disciplina, fatta di un "mix bilanciato di tutele e incentivi crescenti", volta ad assorbire in questa nuova fattispecie la funzione di "prova lunga" del contratto a termine a-causale appena introdotto dal dl 34/2014. Se ne dovranno meglio valutare i dettagli e, soprattutto, quanto anche questa proposta possa incontrare l'interesse delle imprese se non si riduce l'ampia liberalizzazione del contratto a termine appena realizzata (v. già le dichiarazioni del Presidente di Confindustria, Giorgio Squinzi, all'indomani della conversione del dl 34, ne *il Sole 24 ore* e *la Repubblica* del 22 maggio 2014).

contrastare il ricorso al falso lavoro autonomo¹⁴⁴³; o, al massimo, lo richiama in studi o rapporti annuali¹⁴⁴⁴.

Del resto negli Stati dell'Unione poco si parla del contratto unico e ancor meno se ne fa uso¹⁴⁴⁵. Solo in Spagna, dove particolarmente alta è la segmentazione del mercato del lavoro, sembra esservi un qualche interesse più concreto. Mentre in Francia e Germania si presta molta più attenzione alla flessibilizzazione regolativa. Come d'altronde in GB, dove si parla di un Soec (*single open-ended contract*) ma come variante contenutistica del contratto tipico abbastanza liberamente determinabile dall'autonomia delle parti.

8. Tipologia contrattuale, lavoro economicamente dipendente, lavoro accessorio: arginare il *bricolage*, favorire la destandardizzazione dei contenuti negoziali.

Il contratto unico – piuttosto che come improbabile strumento di drenaggio dei lavori atipici o di flessibilizzazione ulteriore della disciplina sui licenziamenti – potrebbe essere un'occasione per ripensare alla classica dicotomia tipologica autonomia/subordinazione, come sembrano suggerire anche le indicazioni della Commissione Ue a proposito del superamento del falso lavoro autonomo.

Al riguardo va però considerato, da un lato, che i tentativi finora fatti di ridurre le distanze tra le due tipologie introducendo un contratto di lavoro economicamente dipendente destinato ad avvicinare schemi formali e realtà gestionali non sembrano aver dato risultati incoraggianti (v. Spagna¹⁴⁴⁶).

In effetti – se si mantiene come bussola, pur ammodernata, quella che indica un polo da garantire (eterodirezione) e un polo da evitare (dipendenza) – possono risultare ancora piuttosto chiare le distinzioni tipologiche tra lavoro subordinato e autonomo. Non si tratta infatti di differenze basate solo sul reddito percepito (come traspare da alcuni ddl); esse invece attengono alla diversa sfera di libertà che il contratto lascia al lavoratore. Il contratto di lavoro subordinato si caratterizza allora per la più marcata riduzione dell'autodeterminazione del lavoratore nell'effettuazione della prestazione: è in questa limitazione intrinseca che si radica la dipendenza e quindi la necessità di una peculiare tutela eteronoma. Non è così per il lavoro autonomo. Dopodiché si può pure concordare sul fatto che – anche in conseguenza della fuga opportunistica dal lavoro subordinato tipico – vi siano ragioni diverse – come il marcato sfruttamento della posizione di potere economico del committente – per apprestare tutele anche per i lavoratori formalmente autonomi ma economicamente dipendenti¹⁴⁴⁷. Si tratterà però di altre ragioni social-tipiche, come ad esempio proteggere chi lavora e ciononostante rischia la povertà o l'integrità psico-fisica, ecc. In tal caso sarebbe preferibile individuare una diversa fattispecie contrattuale cui connettere norme protettive specifiche; mentre il ricorso ad indicatori del tutto estrinseci al legame contrattuale – emersi

¹⁴⁴³ Comunicazione, cit. in nota 12, p. 12.

¹⁴⁴⁴ V. brano citato da Pallini, cit., p. 57 nota 194. Anche Zappalà, op.cit., p. 113-114.

¹⁴⁴⁵ V. Lulom, *Cosa resta del contratto unico?*, in RGL, 2013, I, p. 539 ss.; Barnard, *The single open-ended contract and the floor of rights*, slides per presentazione ad un convegno (2012/2013).

¹⁴⁴⁶ V. J. Crùz Villalon, *Il lavoro autonomo economicamente dipendente in Spagna*, in DLM, 2013, p. 287 ss.

¹⁴⁴⁷ V., da ultimo, con particolare incisività, G. Santoro-Passarelli, *Falso lavoro autonomo e lavoro autonomo economicamente debole ma genuino: due nozioni a confronto*, in RIDL, 2013, I, p. 103 ss. Sulla crescente rilevanza della dipendenza economica nel diritto civile, con specifico riguardo al c.d. "terzo contratto" (caratterizzato da "asimmetria di potere contrattuale tra le parti" e "mancanza di alternative sul mercato"), v., da ultimo, Pollice, *Appunti sulla parte generale del contratto*, Giappichelli, 2014, p. 195 ss.

anche nella normativa più recente (come le fasce di reddito o l'alternativa mono/pluricommitenza) – può servire ad accostarsi al problema, ma appare sintomatico di una tecnica ancora assai rudimentale. Sacrificare sull'altare di questi embrionali forme di regolazione protettiva di nuovi soggetti deboli sotto il profilo socio-economico la centralità della fattispecie tipica del lavoro subordinato appare rischioso e, per molti versi, strumentale.

Come pure si potrà convenire sull'opportunità di predisporre schemi contrattuali più ricchi, e inevitabilmente, complessi quando ci siano rilevanti interessi generali, come quello alla formazione; oppure, al contrario, che si debbano accorpate e unificare alcuni adempimenti quando una prestazione lavorativa saltuaria e sporadica – riconducibile sotto un'unica "etichetta" di lavoro accessorio (al quale pure fa riferimento il ddl AS 1428/2014, all'art. 4 c. 1 lett. d) - viene resa a vantaggio di soggetti non organizzati per i quali occorre il massimo della semplificazione (voucher).

Si tratta di esigenze alle quali può farsi fronte con una disciplina molto pragmatica e dal circoscritto ambito di applicazione, il cui primo obiettivo dovrebbe proprio essere quello di evitare che la morfologia dell'utilizzo del lavoro altrui possa avvalersi di modelli giuridici che rendono troppo facile evitare di cimentarsi con un adattamento dello schema tipico del contratto di lavoro subordinato alle concrete esigenze di temperare diritto all'organizzazione e diritto alla felicità.

In ogni caso permangono le condizioni per differenziare fisiologicamente il lavoro autonomo dal lavoro subordinato, delineando una disciplina che scoraggi chi ha bisogno di lavoro eterorganizzato dall'utilizzare forme contrattuali ibride, ambigue dove l'autonomia formale si coniuga con la dipendenza sostanziale. Questa è proprio la strada imboccata dalla riforma Fornero¹⁴⁴⁸ e al più si potrebbe approfondire, tornando sulla disciplina delle presunzioni o sulla disciplina delle c.d. partite IVA, che sembra ammettere troppe eccezioni non tutte razionali¹⁴⁴⁹. E si potrebbe rafforzare un *floor of rights* comune, anche istituendo un salario minimo per tutti, cui pure fa riferimento il ddl AS 1428/2014, all'art. 4 lett. c¹⁴⁵⁰.

Mentre la giustizia c.d. "esterna" tra *insiders* ed *outsiders* – che poco si avvantaggia dalla segmentazione dei mercati del lavoro in funzione delle tipologie contrattuali – si potrebbe forse meglio garantire facendo funzionare davvero il sistema di formazione e i servizi per l'impiego, che sono i punti davvero carenti affinché una disciplina più flessibile dei contratti di lavoro vada di pari passo con mercati del lavoro che assicurino transizioni poco traumatiche da un lavoro all'altro. E in questa prospettiva ampliare, nel senso prima immaginato, i diritti dei lavoratori precari può aiutare a migliorare la gestione istituzionale dei mercati del lavoro più complessi.

Per il resto la tipologia esistente va più che bene. Una manutenzione è sempre opportuna; ma

¹⁴⁴⁸ V. diffusamente Pallini, op.cit., p. 79-180, che nella l. 92/2012 individua una sufficiente emersione di una nuova fattispecie contrattuale, pur evidenziando i molti limiti e le contraddizioni presenti nella nuova disciplina rivisitata non sempre in modo attento alle dinamiche reali delle professioni e delle organizzazioni.

¹⁴⁴⁹ La dottrina in prevalenza è infatti molto critica. V., per tutti, Magnani, *Autonomia, subordinazione, coordinazione nel gioco delle presunzioni*, WP Massimo D'Antona.IT – 174/2013; Ferraro, *Il lavoro autonomo*, in Cinelli, Ferraro, Mazzotta (a cura di), *Il nuovo mercato del lavoro*, Giappichelli, 2013, p. 128 ss.; G. Santoro Passarelli, op.ult.cit.; Persiani, cit., p. 827 ss.

¹⁴⁵⁰ Ma vanno attentamente ponderate anche le diversità di tecniche se si vuole delineare una disciplina effettiva: v. da ultimo Pallini, op. cit., p. 183 ss.

anche i fenomeni patologici di eccesso di lavori non standard, creati in certa misura da un legislatore che non ha saputo arginare la crescente crisi/trasformazione strutturale dell'economia e della società, vanno assorbiti con gradualità e determinazione, senza sopravvalutare nuove riforme legislative facili da sbandierare, ma sempre più bisognose di rodaggi lunghi e incerti. Il nodo sicuramente critico del nostro diritto del lavoro sta nel sistema delle fonti, da mettere a punto in modo da finalizzarlo a discipline meno standardizzate e più funzionali a bilanciare in modo duttile il diritto all'organizzazione dei datori di lavoro con il diritto alla felicità individuale dei lavoratori¹⁴⁵¹. Un diritto del lavoro rigido e astratto, con un indirizzo disumanizzante non è proprio all'altezza dei tempi. Occorre cercare con coraggio nuovi equilibri (e anche una nuova semantica) inseguendo quell' "ordine minimamente giusto" che oggi più di ieri può realizzarsi solo con il responsabile contributo di tutti, riducendo le prove di forza, le esibizioni muscolari e narcisistiche e incoraggiando il rispetto e, se possibile, il sostegno verso ogni progetto di vita compatibile con quello degli altri e con il miglioramento dei nostri ambienti vitali.

¹⁴⁵¹ Per una proposta articolata v. il progetto di legge sindacale in corso di pubblicazione in DLM, 2014, n. 1 (e in appendice al volume dell'Editoriale scientifica cit. in nota 24).

Il processo di “aziendalizzazione” della contrattazione collettiva: tra prossimità e crisi di rappresentatività sindacale*

Carmelo Romeo

1. Le trasformazioni della contrattazione collettiva.	499
2. La crisi di rappresentatività e l'Accordo del giugno 2011.	500
3. L'intervento del legislatore con l'entrata in vigore della disposizione di cui all'art. 8 legge n. 148/2011.	503
4. Segue: le materie delle c.d. “specifiche intese”	505
5. Le questioni irrisolte sulla rappresentatività sindacale e il successivo Accordo del maggio 2013.	507
6. Il c.d. T.U. sulla rappresentanza del 10 gennaio 2014.	509
7. Il difficile rapporto con la contrattazione di primo livello	510
8. Una questione aperta: la ricaduta sul piano contributivo	513
9. L'incerto futuro della contrattazione aziendale.	515

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 214/2014

1. Le trasformazioni della contrattazione collettiva.

Le vicende che stanno oggi caratterizzando, con modalità sempre più evidenti e invasive - ciò specialmente a partire dal mese di giugno 2011 -, il complessivo scenario della contrattazione collettiva del lavoro in Italia, sono indubbiamente contrassegnate da note critiche, ma anche da plausi di pieno consenso. In gran parte, per la verità, si tratta - nella quasi totale assenza di una significativa interpretazione giurisprudenziale, ovviamente, *ratione temporis*, per il momento di solo merito - di interventi della più recente dottrina giuslavoristica che riguardano, in prevalenza, la problematicità dell'impatto delle nuove regole, sia negoziali e sia legislative, sull'assetto consolidato delle nostre relazioni industriali¹⁴⁵². Il quesito di base della presente analisi, partendo dallo spunto dei c.d. "contratti di prossimità", riguarderà la funzione e i contenuti della contrattazione collettiva di lavoro, segnatamente di quella di secondo livello.

Ed infatti, emerge oggi, senza dubbio alcuno, un inedito sistema negoziale, a livello decentrato, ben più articolato, nonché decisamente più variegato e complesso rispetto a quello che si è formato sino ad un recente passato. Il nuovo, a ben vedere, si discosta ampiamente dalla tradizione storica del nostro diritto sindacale che, come è ben noto, è improntato sull'affascinante chiave di lettura di regole e prassi essenzialmente rivolte a fronteggiare (e comporre) il conflitto con la parte datoriale¹⁴⁵³.

Volendo guardare ora al tema, qui selezionato per la nostra specifica indagine, risulta sufficientemente emblematica e palese l'emersione di un duplice (e allarmante) profilo: **a**) una progressiva e inarrestabile destabilizzazione della classica convergenza di intese rispetto al fronte unitario e coeso delle oo.ss., in quanto abituati a considerarle come un sol corpo; **b**) ed in parallelo, l'evidenza di rovesciamento delle regole del gioco in materia di rapporti tra contratti collettivi di lavoro, declinati nei diversi livelli di competenza¹⁴⁵⁴. Ed infatti, traspaiono tutti gli indicatori, nello specifico segno di un'invasiva incertezza sul fronte dell'inderogabilità delle tutele per i lavoratori, del maggior peso attribuito, nell'attualità, alla contrattazione di secondo livello, frutto spurio evidente della crisi dell'unità sindacale e del grado di precettività della contrattazione di primo livello.

Il complessivo contesto denota, d'altro canto, che si sia oramai radicalizzata, per via di una crescente tendenza isolazionista del maggiore sindacato italiano, la logica dei c.d. "tavoli separati" e che non sembra affatto che l'innovazione qui in argomento sia limitata al solo caso, sia pure importante e deflagrante, di qualche anno fa della FIOM, come è ben noto legato alle vicende di

¹⁴⁵² Tra i detrattori che, in particolare ne denunciano le fragilità strutturali, si v. U. ROMAGNOLI, *L'ambiguo compromesso del 28 giugno*, in www.lavoroelibertà.it, G. FERRARO, *Il contratto collettivo oggi dopo l'art. 8 del d. n. 138/2011*, in W.P. C.S.D.L.E., "Massimo D'Antona", 129/2011. Tra gli apologeti, *ex pluribus*, L. MARIUCCI, *Un buon accordo, finalmente!*, in www.cgil.it, 29 giugno 2011; M. MISCIONE, *Regole certe su rappresentanze sindacali e contrattazione collettiva con l'Accordo Interconfederale del 28 giugno 2011*, in *Lav. giur.* 2011, 7, p. 653 e ss.; ma, soprattutto, R. De LUCA TAMAJO, *Crisi economica e relazioni industriali: prime osservazioni sull'art. 8 del d.l. 13 agosto 2011*, in www.cuorecritica.it.

¹⁴⁵³ A ben vedere, il riferimento, più che al diritto sindacale in generale, è proprio allo specifico della contrattazione collettiva, protesa alla "graduata composizione degli opposti interessi". Così G. GIUGNI e S. SCIARRA, *Contrattazione collettiva*, in *Noviss. Dig. it.*, Appendice, vol. II, 1981, Torino, UTET, p. 607.

¹⁴⁵⁴ È sufficiente rileggere la manualistica del diritto sindacale *post* Statuto dei Lavoratori per cogliere il senso del tradizionale rapporto tra i contratti di diverso livello di allora. Si v., tra tutti, per una obiettiva ricostruzione del concorso-conflitto tra contratti di diverso livello, la sintetica, ma efficace, riflessione di G. GIUGNI, *Diritto Sindacale*, Bari, Cacucci, 2006, spec. alle pp. 173 e 174.

Pomigliano 2010¹⁴⁵⁵. Quest'ultimo caso ha solo costituito la punta di un *iceberg*, la cui parte sommersa è rappresentata dall'universale mutamento del paradigma economico e dalle esigenze di una competizione globale che impongono scelte decisamente condizionanti e irreversibili sul piano della rivisitazione delle tutele.

Per quanto riguarda il nostro specifico osservatorio, mette conto sottolineare, invece, che è in discussione lo stesso modello gestionale delle oo.ss., nell'evidenza di una necessaria revisione del classico e storico ordinamento intersindacale. Quest'ultimo, infatti, sembra proprio che abbia cominciato a scricchiolare, in parte a seguito dei tentativi (sia pure non riusciti) di istituzionalizzare la concertazione¹⁴⁵⁶, allo scopo di legittimare e rafforzare d'ufficio i poteri di rappresentatività del sindacato.

È pur vero, inoltre, che con la nuova disciplina sulla contrattazione di prossimità, specialmente di quella di estrazione legislativa e di cui si parlerà diffusamente più avanti¹⁴⁵⁷, si è data oggi la possibilità di derogare alla contrattazione collettiva nazionale e a norme di legge, nell'evidenza di un generale riassetto delle fonti e delle regole contrattuali e legali. Orbene, la molteplicità degli interventi in questione in uno alla frammentazione delle regole che implicano una vera e propria "de-localizzazione" della contrattazione collettiva, a seguito della quale vi è la palese sensazione che si stia navigando a vista nel nostro sistema delle relazioni industriali, hanno trovato, indubbiamente, un evidente *incipit* soprattutto nell'Accordo Interconfederale del 28/06/11.

2. La crisi di rappresentatività e l'Accordo del giugno 2011.

È qui solo il caso di ricordare brevemente che l'avvenuto mutamento di rotta, rispetto al tradizionale assetto tipico delle fonti negoziali collettive di lavoro, trova riscontro in un evidente depotenziamento dei principi dell'inderogabilità. È in atto un vero e proprio processo di destrutturazione delle regole, in origine poste a garanzia dell'effettività delle tutele legali, oggi chiamate, invece, a contribuire alla riregolamentazione del lavoro flessibile, attraverso una serie massiccia di rinvii e deroghe¹⁴⁵⁸. Si tratta di un'evoluzione dirompente, decisamente epocale, ma necessaria alla modernizzazione del nostro sistema giuslavoristico in chiave europea e che apre problemi inediti in ordine alla riflessione sull'*ubi consistam* dei fondamenti dello stesso diritto del lavoro.

Su un altro e sia pure parallelo versante, il segnale della rottura più evidente si ha rispetto ai precedenti e consolidati principi della rappresentatività sindacale, specie in ambito aziendale, segnatamente con le innovazioni in materia di delegazione e capacità di incidere sulle regole dei rapporti individuali di lavoro. Il tutto, emblematicamente, è poi caratterizzato da un'evidente ambiguità di sistema tra il contratto collettivo nazionale di lavoro di primo livello e quello decentrato.

¹⁴⁵⁵ Sull'argomento, cfr. F. CARINCI, *La cronaca si fa storia: da Pigliano a Mirafiori*, in Arg. Dir. Lav., 1, 2011 p, 23.

¹⁴⁵⁶ Per una ricostruzione dei modelli dell'azione sindacale nel nostro Paese, cfr, in generale, G. GIUGNI, *La lunga marcia della concertazione*, Bologna, Il Mulino, 2003.

¹⁴⁵⁷ Per una breve rassegna sulle questioni relative ai contratti di prossimità, si v. il mio contributo: C. ROMEO, *La contrattazione collettiva di prossimità: le questioni aperte sulla rappresentatività sindacale e le ricadute sul piano contributivo*, in Mass. giur. lav., 2014, n. 6, a p. 531

¹⁴⁵⁸ Per una valutazione in tal senso, si cfr. C. ZOLI, *Contratto e rapporto tra potere e autonomia nelle recenti riforme del diritto del lavoro*, in Giornale dir. lav. e relazioni ind., 2004, p. 359 e ss..

Il primo formalmente ambisce a mantenere ancora le sue prerogative; mentre, in controtendenza, si sta già formando una contrattazione articolata di secondo livello che nel concreto è ampiamente legittimata ad esercitare un notevole potere regolativo, anche al di fuori delle materie delegate ad essa. Si tratta, come si avrà modo di approfondire nel prosieguo di questa analisi, di una vera e propria rivoluzione dell'intero sistema delle fonti regolative della disciplina applicabile ai rapporti individuali di lavoro; di un brusco cambio di marcia capace di rivoltare sino in fondo i già precari equilibri tra la legge e la contrattazione collettiva¹⁴⁵⁹.

Orbene, per usare una metafora, la prova documentale di tutto ciò risiede nel testo letterale di cui al punto 7) dell'Accordo Interconfederale del 28 giugno 2011 che qui si riporta fedelmente: *“i contratti collettivi aziendali possono...definire, anche in via sperimentale e temporanea, specifiche intese modificative delle regolamentazioni contenute nei cc.cc.nn.ll. di lavoro”*. In verità, però, è poi specificato nel dettaglio che ciò può avvenire *“nei limiti e con le procedure previste dagli stessi accordi collettivi nazionali di lavoro”*, con l'esplicazione di un evidente funzione di chiusura dei profili funzionali e strutturali delle relazioni negoziali tra le parti sindacali¹⁴⁶⁰, nel tentativo di rilegittimare un rinvio al primo livello di contrattazione, in chiave di “cornice” e di principi fondativi delle forme decentrate di negoziazione.

In ragione di queste prime indicazioni, quindi, l'Accordo del 2011 avrebbe dovuto avere, non già una funzione destabilizzatrice, bensì una funzione di tenuta rispetto alla progressiva disarticolazione della contrattazione collettiva. Ed infatti, dallo stesso tenore letterale delle regole sopra riportate, segnatamente dalla riarticolazione dei due livelli della contrattazione, emerge una valutazione di ordine concettuale e politico allo stesso tempo: il tentativo di salvare una assai fragile unità sindacale, nonché quello di assicurare in parallelo una compattezza della negoziazione collettiva che, però, nei fatti oggi non è più reale per via delle eccessive ramificazioni di discipline, sovente non omogenee.

La verità è che, nell'attualità, viene messo in discussione il principio di una legittimazione piena ed esaustiva (*rectius*: dell'originario primato) della contrattazione di livello nazionale; non più strumento di interazione tra legge e contratto individuale, ma orpello decisamente scomodo da gestire sul piano del pragmatismo aziendale.

Senza alcuna pretesa di completezza di analisi, ma tenendo conto “di come eravamo e di come siamo”, non sembra trascurabile segnalare la scena di fondo nella quale si è sviluppata l'intera vicenda qui in commento. Il contratto collettivo di primo livello sembrava essere intangibile, inserito com'era in un contesto di assoluta centralità, e relativo ad un sistema autoreferenziale, nonché diretto a forme di accreditamento reciproco di opposti interessi. Per la verità assicurava un indiscusso dominio del sistema negoziale, con la riconosciuta prerogativa di disciplinare le

¹⁴⁵⁹ Sulle evidenti ricadute dei punti salienti dell'Accordo riguardo la complessiva architettura della contrattazione collettiva, cfr. M. PERSIANI, *Osservazioni estemporanee sull'Accordo interconfederale del 2011*, ma anche F. CARINCI, *Al capezzale del sistema contrattuale: il giudice, il sindacato, il legislatore*, entrambi in *Argomenti dir. lav.*, 2011, rispettivamente alle pp. 451 e ss. e 1137 e ss.

¹⁴⁶⁰ Particolarmente attente è stata, in passato, la dottrina giuslavoristica sulle tematiche funzionali e strutturali della contrattazione collettiva. Senza alcuna pretesa di esaustività, in questa sede si citino in generale, *ex pluribus*, M. PERSIANI, *Saggio sull'autonomia privata collettiva*, Padova, Cedam, 1972 e G. FERRARO, *Ordinamento, ruolo del sindacato, dinamica contrattuale di tutela*, Padova, Cedam, 1981.

diverse categorie di afferenza, nel segno di dinamiche positive e spontanee, e ciò in omaggio al principio di un “mutuo riconoscimento”¹⁴⁶¹, tipico della teoria dell’ordinamento intersindacale.

Tuttavia, l’assetto sopra descritto è ben presto entrato in crisi nel corso di quest’ultimo quinquennio, e ciò a seguito di evidenti conflitti di competenza che, come già si denunciato prima, hanno finito per destabilizzare il sistema delle relazioni sindacali. Il punto dolente della vicenda, infatti, risiede proprio nell’evidente criticità di voler mantenere, a qualsiasi costo, logiche e prassi decisamente provate dal tempo e non più efficaci sul piano pragmatico; tra l’altro con un’evidente e inarrestabile “caduta” dell’effettività delle regole, applicabili per via della tradizionale funzione normativa del contratto collettivo.

Chiariti questi passaggi preliminari, vi è da dire che nelle intenzioni dei promotori sindacali la nuova impalcatura della negoziazione collettiva, segnata da evidenti (e comprensibili) compromessi¹⁴⁶², avrebbe dovuto consentire una riscrittura dell’assetto della concertazione, funzionale all’avvio di una più moderna e dinamica fase. Il progetto, poi, avrebbe dovuto trarre concretezza nel tentativo di salvataggio della rappresentatività sindacale, al fine di legittimare il ruolo e gli scopi istituzionali delle stesse organizzazioni sindacali, nell’obiettivo finale di un rafforzamento delle medesime. Si trattava di percorrere una via alternativa, autorizzando accordi aziendali derogatori, ma nell’ambito di procedimenti e percorsi previsti dalla stessa contrattazione nazionale. Il tutto, quindi, attraverso l’indicazione di specifici limiti previsti *ex ante* dalla contrattazione di primo livello che, con l’Accordo in discussione, finiva per mantenere una funzione di coordinamento e di canalizzazione delle scelte operate, poi, a livello aziendale.

Sorge spontanea, però, l’osservazione che dall’attenta lettura del testo dell’Accordo del giugno 2011 non sembra possa configurarsi un vero e proprio obbligo, in capo alla parte datoriale, di negoziazione con il sindacato più rappresentativo¹⁴⁶³. In altri termini, non emerge alcuna indicazione certa, esplicitamente diretta a consolidare l’operatività del sistema della rappresentanza sindacale che, quindi, rimane monca, affidata ad una capacità di concertazione che non sembra sia in grado di autogestirsi. La verità è che, oggi più che mai, si va alla ricerca di regole scritte, di accordi predefiniti sui possibili criteri della rappresentanza sindacale, nella percezione di un’evidente impossibilità a poter ricompattare il sistema sulla base di logiche della concertazione e delle prassi regolative non scritte, in auge sino ad un decennio fa.

Appare chiaro che i reali termini della crisi della rappresentatività, in uno all’impossibilità di soluzioni pregnanti ai fini dei rinnovi contrattuali e con modalità autogestite dalle stesse organizzazioni sindacali, implicano evidenti rallentamenti nelle prassi delle relazioni industriali. Il risultato negativo consiste nel fatto che si finisce con il pregiudicare il tradizionale ruolo propositivo dei sindacati, nonché lo stesso dualismo tipico della contrattazione collettiva di lavoro¹⁴⁶⁴. Peraltro, appare altrettanto chiaro ed evidente che i criteri valutativi delle “specifiche intese” possano

¹⁴⁶¹ In tal senso, si v. R. DEL PUNTA, *Diritto del lavoro*, 5° ed., Milano, Giuffrè, 2012, a p. 209.

¹⁴⁶² Si rinvia anche alle condivisibili osservazioni di F. CARINCI, *L’accordo interconfederale del 28 giugno 2011: armistizio o pace?*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2011, 3, p. 457 e ss., che, però, sono relative alla prima fase della complessa vicenda.

¹⁴⁶³ Cfr., in tal senso, T. TREU, *Le relazioni industriali dopo l’accordo del 28/06/11 e oltre*, in *Dir. Rel. Ind.*, 2011, pp. 613 e segg., ma anche C. Romeo, *La contrattazione collettiva di prossimità*, cit., a p. 538.

¹⁴⁶⁴ Sino al punto che un’autorevole dottrina ha ravvisato il superamento stesso dell’inscindibile connessione tra contrattazione nazionale e negoziazione aziendale. In merito si v. le considerazioni di M. PERSIANI, *Osservazioni estemporanee sull’accordo interconfederale del 2011*, in *Arg. dir. lav.*, 2011, a p. 453.

trovare un concreto e un immediato fondamento avuto riguardo all'esigenze dei peculiari contesti produttivi, nel segno di adattarsi agli obiettivi di risparmio di spesa e di investimenti delle singole aziende, e non già a implementare i livelli delle tutele a favore dei dipendenti, come sarebbe logico attendersi, invece, dalla stessa funzione della contrattazione collettiva.

3. L'intervento del legislatore con l'entrata in vigore della disposizione di cui all'art. 8 legge n. 148/2011.

A pochi mesi dalla stipula dell'Accordo del giugno del 2011, nell'evidenza di una sostanziale sfiducia del modello, giudicato insufficiente a comporre un'effettiva pacificazione sindacale, è intervenuto il legislatore, prima in via d'urgenza, poi in sede di conversione. Si anticipa subito che si è così voluto ulteriormente rafforzare il contratto di secondo livello, attribuendogli il potere di regolare, e ciò a prescindere da una specifica delega da parte della contrattazione collettiva nazionale di lavoro, un consistente numero di materie, con un effetto decisamente dirimpante per l'intero diritto del lavoro¹⁴⁶⁵, perché foriero di una nuova fase mirata ad un vero e proprio decentramento strutturale della disciplina.

È opinione di chi scrive che, nonostante le critiche palesate sul precedente Accordo, la vicenda riguardante la complessiva destrutturazione della contrattazione collettiva di lavoro avrebbe ben potuto fermarsi sulla soglia degli svolgimenti legati alle dinamiche sindacali e non essere, invece, sottoposta alla legge. In altri termini, appare sufficientemente chiaro che l'esigenza di procedere ad una riforma del sistema nostrano della contrattazione collettiva avrebbe ben potuto, in coerenza con le logiche tipiche del diritto sindacale, limitarsi ad una sorta di *interna corporis* delle relazioni sindacali tra le parti contrapposte, senza che fossero richiesti urgenti interventi istituzionali eteronomi, e ciò al fine di un ulteriore sostegno *ad adiuvandum* della legittimità dell'operazione.

Oltre alle ragioni politiche dell'operazione, indiscutibilmente legate al "gioco delle parti", segnatamente Governo-Sindacati, questo scritto intende limitarsi ad un'analisi effettuale delle motivazioni per le quali debba essere la legge a scegliere come strumento di deregolazione degli assetti precostituiti dallo stesso legislatore la contrattazione aziendale. In altri termini, risulta utile una riflessione che, prescindendo da ogni caratura politica e ideologica, proceda a delineare l'esatta portata delle nuove regole legali¹⁴⁶⁶.

L'analisi, però, in via del tutto preliminare, non può fare a meno di essere preceduta da una considerazione: l'evidente stranezza (*rectius*: ambiguità) di un sistema che pur lasciando inattuato l'art. 39 della Costituzione, in punto di efficacia soggettiva del contratto collettivo, finisce per assicurare ora attraverso una legge ordinaria una efficacia derogatoria ai contratti di prossimità, come si vedrà più approfonditamente nel prosieguo. La verità è che la oramai somatizzata inattuazione della norma costituzionale non ha mai compromesso la materiale applicazione dei contratti collettivi, mentre nell'attualità sorge l'esigenza di predisporre una vera e propria "stampella" al potere regolativi della negoziazione collettiva.. E si tratta, a ben vedere, di un supporto

¹⁴⁶⁵ Analoghe osservazioni sono in R. PESSI, *Indisponibilità del tipo e disponibilità regolative dell'autonomia collettiva. Sull'art. 8 della manovra bis*, in Riv. it. dir. lav., 2011, I, p. 538 e ss. Ma anche R. DE LUCA TAMAJO, *Il problema dell'inderogabilità delle regole a tutela del lavoro, ieri e oggi*, in Relazione alle giornate di studio dell'AIDLASS, Bologna, 16 – 17 maggio 2013.

¹⁴⁶⁶ Dubbi sulla legittimità del nuovo sistema sono in V. LECCESE, *Il diritto sindacale al tempo della crisi. Intervento eteronomo e profili di legittimità costituzionale*, in Dir. lav. rel. ind., 2012, p. 479 e ss..

del tutto diverso da quello già sperimentato con lo Statuto dei lavoratori. Quest'ultimo, infatti, nato negli anni settanta in funzione promozionale dell'organizzazione e dell'attività sindacale nelle singole unità produttive; mentre la nuova norma, invece, è sospetta di essere frutto di un'operazione economico-finanziaria rivolta a smorzare il peso dell'inderogabilità.

Tuttavia, è accaduto che, soprattutto a livello europeo, sia stata rimarcata la necessità, oggi divenuta improrogabile, per la messa a punto di un allineamento delle nostre dinamiche collettive agli *standard* degli altri paesi dell'Unione¹⁴⁶⁷. È appena il caso di ricordare, in questa sede, che il primato del diritto comunitario non riguarda solo il suo rapporto con le leggi, ma anche attiene al confronto con le regole dei contratti collettivi di diritto comune¹⁴⁶⁸. Quindi, nel riconoscimento di un'ulteriore e più rilevante riforma: quella volta ad utilizzare, tramite i contratti di secondo livello, norme delle direttive europee come fonti delle nostre regole negoziali decentrate¹⁴⁶⁹. Tutto ciò, ovviamente per il tramite di un intervento legislativo nazionale mirato sulla materia, quindi, al di sopra delle logiche tipiche degli stessi accordi interconfederali.

In tal senso, come è ben noto, si è manifestata la misura urgente dettata prima dal d. l. n. 138 del 13/08/11, e poi dalla successiva legge di conversione del 14/09/11, n. 148. Nello specifico, la norma in questione da richiamare è senz'altro quella di cui all'art. 8 della legge, intitolata, per l'appunto, "sostegno alla contrattazione collettiva di prossimità" e, quindi, funzionale ad una riscrittura delle regole sulle potenzialità della contrattazione collettiva di secondo livello, sia pure nel pieno e incondizionato rispetto delle disposizioni della nostra Costituzione e dei vincoli derivanti dalle normative comunitarie, nonché dalle convenzioni internazionali in materia di lavoro.

Il potere che la legge assegna alla contrattazione collettiva è realmente dirompente, atteso che viene affidata a quest'ultima una responsabilità di notevole portata: ridefinire le discipline applicabili ai contratti individuali di lavoro, in ragione dei singoli contesti aziendali e al fine di favorire lo sviluppo e l'occupazione, e ciò anche in deroga a norme ordinarie di legge e alla contrattazione collettiva nazionale.

Il principio di cui sopra non ha precedenti nell'ambito dei rapporti di lavoro del settore privato, atteso che il legislatore, in passato, aveva concesso alla contrattazione collettiva un ruolo di collaborazione e di supporto, soprattutto finalizzato al superamento delle crisi economica delle imprese e all'emersione del lavoro sommerso; mai, però, era stato attribuito il ruolo di poter derogare esplicitamente e senza mezzi termini a gran parte delle discipline legali in materia di lavoro subordinato.

¹⁴⁶⁷ Talune riflessioni sul contesto comunitario sono in un mio breve intervento. C. ROMEO, *Contrattazione e retribuzione contesto comunitario e nazionale*, in *Il lavoro nella giurisprudenza*, 2012, fasc. 2, in particolare a p. 73. Tuttavia è innegabile che, appena dopo la stipula dell'Accordo, sia emerso, con tutte le conseguenze, il problema relativo al debito pubblico italiano e che la Banca Centrale Europea, allarmata da possibili situazioni di default che potessero mettere in pericolo l'euro, abbia sollecitato misure legislative urgenti, tradotte poi nel D.L. n. 138/2011 convertito nella legge n. 148/2011.

¹⁴⁶⁸ Si ricordino, a questo proposito, le considerazioni di M. ROCCELLA e T. TREU, *Diritto del lavoro della Comunità europea*, Padova, Cedam, 2009, soprattutto a p. 57.

¹⁴⁶⁹ Per diversi (e opposti profili, invece, esclude possibilità di trasporre e/o derogare, alle norme delle direttive europee nell'ambito delle regole della contrattazione aziendale, M. DELFINO, *Contratti collettivi di prossimità e deroga alle norme europee*, in *Diritti, Lavori, Mercati*, 2012, III, p. 465 e ss.

A ben vedere, il legislatore ha sperimentato, con la norma dell'art. 8, un vero e proprio processo di aziendalizzazione della contrattazione collettiva e, per di più, con ampia delega a quest'ultima di poter surrogarsi a disposizioni contenute in leggi vigenti.

Ma, il testo della norma rivela in sé talune incongruenze e approssimazioni di non poco rilievo, specialmente riguardo i soggetti legittimati e gli ambiti consentiti e no.

In primo luogo, com'è stato autorevolmente rilevato¹⁴⁷⁰, il legislatore del 2011 utilizza la nozione "di associazione comparativamente più rappresentativa", in verità già superata da una precedente legislazione con la diversa e più attuale nozione di "confederazione maggiormente rappresentativa", e ciò in ragione degli interventi demolitori della Corte Costituzionale sulla portata dell'art. 19, lett. a), della L. 20/05/70, n. 300. Peraltro, è qui solo il caso di segnalare che le associazioni comparativamente più rappresentative non possono, come tali, costituire loro rappresentanze sindacali, come invece pretende l'espressione utilizzata dal 1° comma dell'art. 8.

La verità è che, sotto il profilo semantico e lessicale, ma anche sotto quello sostanziale, il testo dell'art. 8 si discosta, e di notevole misura, dai contenuti del precedente Accordo Interconfederale del 28/06/11. Tant'è che l'effetto della norma qui in commento, come già si è anticipato prima, non è mai stato quello di recepire fedelmente i contenuti dell'Accordo precedente, bensì quello di poter disciplinare un'efficacia generale della contrattazione aziendale, dotandola di una forza regolativa superiore alla legge, e ciò in ragione di un principio di carattere generale ispirato ad una totale libertà sindacale, in sintonia con il 1° comma dell'art. 39 Cost.

Sotto il profilo istituzionale potrà accadere quanto appreso: le organizzazioni sindacali, ovvero le loro rappresentanze aziendali, caso per caso, potranno adeguare le regole in materia di lavoro nelle singole unità produttive, oppure per ciascun territorio, secondo le esigenze della situazione contingente e nell'obiettivo di un rilancio degli investimenti e dell'occupazione. Ogni deroga dovrà essere rispettosa del dettato costituzionale e delle direttive comunitarie, e adottate nell'ambito delle specifiche materie analiticamente indicate.

L'oggetto della deroga, come si dirà meglio nel prosieguo a proposito delle cc.dd. "specifiche intese", è amplissimo, atteso che finisce per essere investito gran parte del diritto del lavoro, con l'effetto che non sono prevedibili le conseguenze in punto di concrete regolamentazioni negoziali. Già sin d'ora, infatti, emergono casistiche fortemente variegata, con discipline contrattuali assolutamente diversificate rispetto al *corpus* del diritto del lavoro, interessato ad una revisione del sistema delle tutele rivolte alla persona del lavoratore.

4. Segue: le materie delle c.d. "specifiche intese"

La disposizione in argomento, come è stato diffusamente già scritto dalla più recente dottrina giuslavoristica in merito¹⁴⁷¹, legittima il raggiungimento di specifiche intese tra le parti stipulanti,

¹⁴⁷⁰ Sullo specifico argomento, si rinvia alla ricostruzione di F. CARINCI, *Il lungo cammino per Santiago della rappresentatività sindacale: dal titolo III dello Statuto dei lavoratori al T.U. sulla rappresentanza del 10/01/2014*, in corso di pubblicazione su Dir. rel. ind., 2014, nonché rinvenibile su sito ADAPT.

¹⁴⁷¹ Tra gli altri si richiamano qui le considerazioni di A. VALLEBONA, *L'efficacia derogatoria dei contratti aziendali e territoriali: si sgretola l'idolo dell'uniformità oppressiva*, in www.adapt.it, Fare Contrattazione, docs, 14528vallebona. Ma anche quelle di M.

e tutto ciò attraverso il livello della contrattazione aziendale o territoriale. Peraltro, trattasi di accordi *ad hoc*, finalizzati al raggiungimento di un maggior livello di occupazione e/o all'adozione di variegata forme di partecipazione dei lavoratori all'impresa. Il campo applicazione della norma dovrebbe riguardare, con il ricorso ad un lessico piuttosto ambiguo, *"tutti i lavoratori interessati"*; ma, a condizione che i predetti contratti vengano sottoscritti sulla base di un criterio maggioritario *"da associazioni di lavoratori comparativamente più rappresentative sul piano nazionale o territoriale, ovvero dalle loro rappresentanze sindacali operanti in azienda"*.

Le *"specifiche intese"* di cui sopra riguardano, in estrema sintesi, le seguenti materie, a ben vedere tutte riferite all'organizzazione del lavoro e alla produzione, e cioè: interventi sugli impianti audiovisivi, introduzione di nuove tecnologie, disciplina delle mansioni del lavoratore, regole sulla classificazione e inquadramento del personale, disposizioni sui contratti a termine e part-time, disciplina dell'orario di lavoro e modalità di assunzione dei dipendenti. In verità, tra le materie indicate vi è pure quella del recesso dal rapporto di lavoro, ovviamente fatta eccezione per i licenziamenti discriminatori, in concomitanza del matrimonio e del periodo di gravidanza e di puerperio, nonché quelli intimati alla lavoratrice madre (fino ad un anno di età del bambino). Sono, poi, parimenti inderogabili le norme sul congedo parentale e quelle che dispongono sulla nullità del licenziamento in caso di adozione o affidamento.

Si profila, con tutta evidenza, che la disposizione sopra richiamata sia sicuramente destinata a potenziare l'area di operatività della negoziazione di secondo livello e, considerando le singole materie di cui sopra si è detto, a riregolamentare settori e aree tipicamente governate dalla contrattazione collettiva di livello nazionale. Ed infatti, non è revocabile in dubbio che l'elencazione tassativa, come sopra sinteticamente riportata, finisca per coinvolgere istituti già ampiamente regolati dal legislatore e dai contratti collettivi di lavoro di categoria¹⁴⁷²; ed inoltre, finisce per coinvolgere in concreto la specifica regolamentazione dei rapporti individuali di lavoro.

A ben vedere, gli aspetti di portata derogatoria del citato art. 8 della legge n. 148/2011, rispetto all'assetto complessivo delle materie ivi elencate, sono evidentemente più invasivi e incisivi rispetto a quelli che già si intravedevano nel, sia pure di poco, antecedente Accordo interconfederale. Quest'ultimo, per la verità, è stato ritenuto insufficiente allo scopo ed è stato coinvolto il legislatore che ora acconsente che, come fonte derogatoria, sia l'autonomia collettiva decentrata a regolare i rapporti individuali di lavoro.

Ed infatti, con il ricevuto avallo della norma di legge risultano, in ultima analisi, ulteriormente potenziate le scelte modificative sulla disciplina del rapporto di lavoro, il tutto ad opera di regole dettate dalla contrattazione di secondo livello. Quindi, si innescano, in concreto, possibilità di previsioni peggiorative, rispetto agli *standard* nazionali, e ciò nei riguardi dei livelli assentiti per la tutela dei lavoratori dipendenti. Le regole vengono ora dettate da soggetti più vicini (questo è il senso della prossimità) alle parti interessate. Il tutto nell'ambito di un contesto che, valutando le

TIRABOSCHI, *Il via libera della Corte Costituzionale alla contrattazione di prossimità*, in Guida al Lavoro, n. 41, ottobre 2012, p. 12 e ss. Di segno opposto, per una ricostruzione delle polemiche che hanno accompagnato la disposizione in questione, cfr. A. PERULLI e V. SPEZIALE, *L'art. 8 della legge 14 settembre 2011, n. 148 e la "rivoluzione d'Agosto" del diritto del lavoro*, in <http://www.lexunict.it>, perulli_speciale_n132-2011. Tuttavia, per una rassegna sistematica, ma critica, sulle nuove regole, si v. F. CARINCI, *Al capezzale del sistema contrattuale: il giudice, il sindacato, il legislatore*, in *Contrattazione in deroga*, a cura di F. CARINCI, Milano, IPSOA, 2012, da p. 1 e ss.

¹⁴⁷² Sull'argomento cfr. V. MAJO, *Struttura e articolazione della contrattazione collettiva*, Padova, Cedam, 2013, p. 85.

concrete e reali esigenze produttive delle aziende, abbia il compito reale di rimodulare e adattare le regole in materia di lavoro in ragione delle singole aziende.

Senza poter qui tacere che nella norma in esame non viene indicata la controparte datoriale, con la quale dovrebbero confrontarsi le associazioni sindacali dei lavoratori. L'omissione induce a riflettere sulla circostanza che il contratto aziendale è con un solo datore di lavoro, mentre quello territoriale è, per definizione, pluridatoriale, quindi, l'omissione non trova alcuna spiegazione.

La norma dell'art. 8, infine, consente di attribuire un'efficacia generale, nei confronti di tutti i lavoratori interessati, alla contrattazione di secondo livello, ma a condizione che trattasi, di contratti stipulati da associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale e purché risultino sottoscritti sulla base di un criterio maggioritario. L'espressione utilizzata, "lavoratori interessati", evoca la possibilità che vi siano dissenzienti. In tale ipotesi, non si ritiene possa applicarsi un sistema di deroghe alla contrattazione nazionale e alla legge, attesa la mancata delega alle oo.ss. da parte di lavoratori, per l'appunto, non interessati.

5. Le questioni irrisolte sulla rappresentatività sindacale e il successivo Accordo del maggio 2013.

Pur nella sua indiscutibile portata dirompente, la riforma, attuata nel settembre del 2011, lascia taluni nodi, decisamente di notevole rilievo e di centrale valenza, ancora del tutto irrisolti. Ed infatti, traspare l'evidenza che il legislatore, sia pure con l'ausilio di un intervento decisamente invasivo e destabilizzante delle tradizioni - specie sul piano, come si è già diffusamente detto, dell'attribuzione di un maggior peso alla contrattazione collettiva di secondo livello -, non abbia affatto trovato il bandolo della matassa sul vero nodo gordiano della rappresentanza sindacale, delegando in bianco alla regolamentazione di futuri accordi interconfederali. D'altro canto, non è in alcun modo praticabile, nel complessivo contesto riguardante l'estrema delicatezza e la sensibilità delle tematiche oggetto di riflessione, una soluzione "istituzionale", la quale trovi esclusivo fondamento in un intervento "a gamba tesa" del nostro legislatore afferente ad un'area, invece, tradizionalmente riservata agli accordi collettivi¹⁴⁷³.

A testimonianza di quanto sopra rilevato, dunque, nonostante il supporto di cui alla disposizione dell'art. 8 della L. n. 148/11, il sistema binario della rappresentanza e della rappresentatività sindacale, segnatamente dell'efficacia, dell'esercizio e della titolarità della contrattazione collettiva, è stato contrassegnato da un ulteriore e decisivo accordo d'intesa, sempre di natura interconfederale. Si tratta del Protocollo d'intesa del 31/05/13¹⁴⁷⁴, che costituisce la naturale attuazione e il logico sviluppo dei principi programmatici di cui al più noto Accordo interconfederale del 28/06/11.

Tuttavia, non è affatto trascurabile segnalare all'interprete che, in verità, non si tratta di una semplice e modesta intesa applicativa del precedente accordo, dalla sola portata esplicativa; bensì,

¹⁴⁷³ Critico nei confronti della nuova regola legale è G. FERRARO, *Il contratto collettivo dopo l'art. 8 del decreto n. 138/2011*, in Working Paper CSDLE "Massimo D'Antona" – IT, 2011, n. 129, p. 1 e ss.

¹⁴⁷⁴ In merito a quest'ultimo si vedano le riflessioni di A. MARESCA, *Il contratto collettivo nazionale di categoria dopo il Protocollo d'Intesa del 31 maggio 2013* e A. VISCOMI, *Prime note sul Protocollo del 31 maggio 2013*, entrambi in Riv. it. dir. lav., 2013, rispettivamente alle pp. 707 e ss. e 749 e ss.

trattasi di un'autentica svolta, soprattutto sul piano della concreta ridefinizione dei principi di rappresentatività¹⁴⁷⁵, tra l'altro utilizzando (*rectius*: mutuando da) uno strumentario di regole già vigenti nell'area del pubblico impiego privatizzato¹⁴⁷⁶.

A ben vedere, il più recente Protocollo del 2013 finisce per assicurare, in concreto, l'operatività del sistema della rappresentatività sindacale, in pratica contribuendo all'attuazione degli accordi precedenti che erano rimasti inapplicati. Il criterio di fondo è quello di "contare" materialmente il peso delle singole organizzazioni sindacali, e ciò sulla base dei relativi dati associativi; come, ad esempio, deleghe relative ai contributi sindacali a carico dei lavoratori, nonché dei dati elettorali ottenuti in occasione delle elezioni delle rappresentanze sindacali in azienda.

È utile precisare ulteriormente, infine, che le pregresse regole relative alle rappresentanze sindacali unitarie rimangono sostanzialmente confermate e non abrogate. Rimane, quindi, operativa la più risalente disciplina dello storico Accordo interconfederale, come è ben noto sottoscritto il 20/12/93. Quest'ultimo, pertanto, risulta ancora vigente, nonché di necessario riferimento, sia pure con gli adeguamenti resi obbligatori dalle più recenti modifiche¹⁴⁷⁷, atteso che l'ultimo Accordo in ordine cronologico, e cioè quello del maggio 2013, si pone essenzialmente nel segno della "continuità".

Per quanto attiene, poi, al nostro specifico problema, attinente alla contrattazione di secondo livello, è utile chiarire quanto appresso. Si profila di un certo interesse rilevare (e sottolineare) che la condizione essenziale (e necessaria) per l'efficacia degli accordi decentrati, a livello di unità produttiva, è che siano approvati dalle rappresentanze sindacali aziendali, costituite nell'ambito di sindacati destinatari della maggioranza delle deleghe. Orbene, solo ed esclusivamente in tale specifica ipotesi la contrattazione aziendale potrà discostarsi da quella nazionale di primo livello.

Senza, però, poter mancare di osservare che l'Accordo del 2013 è stranamente privo di riferimenti alla precedente (e analoga) regola di cui alla norma dell'art. 8 della L. n. 148/11, atteso che il primo emblematicamente si prefigge solo di dare piena "applicazione all'accordo del 28 giugno 2011".

La confusione, per la verità, sul piano dei processi *in itinere* in materia di contrattazione collettiva, regna sovrana, nell'evidenza di dinamiche negoziali non allineate rispetto alle riforme istituzionali. Non sembra affatto che vi sia una logica comune e le varie fasi, nel contesto di un'evidente crisi funzionale delle organizzazioni sindacali, sia dei lavoratori, sia di quelli datoriali, lascia intendere che "le parti sociali preferiscano non partecipare alla gestione dell'economia"¹⁴⁷⁸.

Ed infatti, è accaduto che il nuovo testo, costituito dal Protocollo d'intesa del maggio 2013, per la verità ignora del tutto, non solo le regole di cui all'art. 8 della legge più volte citata, ma anche ogni riferimento ai cc.dd. "contratti di prossimità". Con la conseguenza che si viene a realizzare una

¹⁴⁷⁵ Per un'analoga valutazione v. F. CARINCI, *Adelante Pedro, con iudicio, dall'accordo interconfederale 28 giugno 2011 al Protocollo d'intesa 31 maggio 2013, passando per la riformulazione "costituzionale" dell'art. 19, lett. B St.*, in wwCSDLE "Massimo D'Antona". It, 179/2013.

¹⁴⁷⁶ Si tratta dell'art. 43 del D. Lgs. n. 165/2001, come già modificato dai precedenti DD. Lgs. 396/1997, 80/1998 e 387/1998 sulla rappresentatività sindacale nell'ambito dei rapporti di lavoro con le pubbliche amministrazioni.

¹⁴⁷⁷ Cfr. sull'argomento, per una sintetica rassegna, G. FALASCA, *Rappresentanza sindacale: al via le nuove regole*, in Guida al lavoro, n. 4, p. 25.

¹⁴⁷⁸ Così, testualmente, M. MISCIONE, *I sindacati nella crisi*, in Dir. Pratica Lav., 2014, n. 21, che apertamente denuncia l'inadeguatezza delle oo.ss. a mettere mano a nuove forme di interventi nell'attualità del complessivo contesto.

sovrapposizione di discipline legali e negoziali sullo specifico della contrattazione decentrata aziendale, circostanza che certamente non giova all'obiettivo di una visione unitaria della problematica. La sensazione è che convivano, in tema di regole sui contratti collettivi aziendali, due distinte discipline legali e convenzionali, con la possibilità di intese modificative dei livelli nazionali, sia in ragione del citato art. 8, sia in applicazione del Protocollo d'Intesa del 2013.

6. Il c.d. T.U. sulla rappresentanza del 10 gennaio 2014.

La conclusione complessiva del percorso, come sopra illustrato sia pure in sommi capi, non può che prendere nella dovuta considerazione anche l'ultimo atto, sotto il profilo delle scansioni cronologiche, della vicenda *de qua*: quella riguardante la stesura di un vero e proprio Testo Unico nell'ambito del settore privato sulla rappresentanza sindacale, nazionale e aziendale. In verità, nonostante l'espressione utilizzata con enfasi per la sua identificazione, ovviamente non si tratta di un intervento legislativo, riassuntivo di precedenti disposizioni di legge. Bensì trattasi di un ulteriore, e si spera ultimo, tentativo da parte delle organizzazioni sindacali di riappropriarsi dello "scettro perduto"; vale a dire di essere nuovamente artefici nell'ambito dell'azione riguardante la contrattazione di prossimità e di quella di tipo tradizionale, e ciò dopo essere state palesemente espropriate dall'intervento eteronomo di cui alla legge n. 148/2011. Si badi bene che - per continuare con la metafora - il tentativo di ristabilire nuovamente la propria sovranità non riguarda le sole oo.ss. dei lavoratori, ma anche Confindustria che ha ultimamente subito una progressiva erosione del proprio ruolo, con documentate prove di disaffezione da parte dell'imprenditoria.

Il cambiamento di rotta dovrebbe essere assicurato, nell'attualità, dall'Accordo del 10 gennaio 2014. Si tratta di un testo decisamente corposo e di ampio calibro, raggiunto e sottoscritto da Confindustria, nonché da CGIL, CISL e UIL, che, a ben guardare, finisce per rafforzare i termini dell'Accordo interconfederale del giugno 2011, nonché quello successivo del 31/05/13, dettando analitiche e puntuali regole per la misura e la certificazione della rappresentanza delle organizzazioni sindacali dei lavoratori. A tal fine vengono assunti, come base di calcolo, i dati associativi (deleghe), nonché i vari dati elettorali espressi in occasione di elezioni delle r.s.u.

A ben vedere, si tratta in gran parte di un complesso di regole pratiche, per lo più dettate per mettere a punto, nella prassi applicativa, la funzionalità degli accordi già sottoscritti. Ciò avviene attraverso la regolamentazione delle rappresentanze sindacali in azienda, nonché attraverso analoghe regole che disciplinano la più ampia rappresentanza ai fini della contrattazione collettiva nazionale di categoria di primo livello.

Orbene, non è certamente compito di questa ricerca analizzare in maniera sistematica e approfondita il richiamato T.U., attesa la specificità dell'analisi fin qui condotta solo sulla contrattazione collettiva di prossimità. Tuttavia, non è trascurabile segnalare che, anche per il caso del T.U. del gennaio 2014 - come già era avvenuto per l'Accordo del 2013 -, non si tiene in alcuna considerazione il più volte citato art. 8¹⁴⁷⁹. Tutto ciò ancora una volta rappresenta come la materia, in verità, non possa che essere governata dagli accordi interconfederali e non già dal legislatore.

¹⁴⁷⁹ Sullo specifico argomento condividiamo le valutazioni espresse da F. CARINCI, *Il lungo cammino per Santiago della rappresentatività sindacale...*, cit., pag. 19, che sostanzialmente evidenzia come la norma dell'art. 8 sia stata poco applicata, quasi del tutto ignorata "come se non fosse mai stata scritta".

In ogni caso, a seguito delle osservazioni di cui sopra, preme sottolineare come la vicenda della contrattazione aziendale risulti essere, in parallelo, contrassegnata da una duplice disciplina: a) quella legale, di cui all'art. 8 della legge n. 148/2011; b) quella negoziale, oggi riassunta dal T.U., che è soprattutto incentrato sulle forme della rappresentanza in azienda, nonché sul concreto funzionamento delle r.s.u. Sorge il fondato sospetto, non solo dell'evidente mancanza di collegamento tra le due fonti regolative, ma anche quello di una palese disarmonia, atteso che i criteri di stabilizzazione delle rappresentanze in azienda, dettate dal citato T.U., sono assai dissimili dal sostegno alla contrattazione collettiva di prossimità, come disposto dall'art. 8. Quest'ultimo, infatti, come già si è avuto modo di sottolineare prima, non si preoccupa di stabilire i criteri di rappresentanza, quanto invece di estendere lo strumento della contrattazione aziendale, anche in difformità da quella nazionale e dalla legge, secondo talune coordinate metodologiche che appaiono in distonia con il ruolo della contrattazione collettiva. È innegabile il serio rischio che, per via delle potenzialità intrinseche ai contenuti dell'art. 8, la contrattazione aziendale possa divenire "lo strumento di governo privato dell'impresa"¹⁴⁸⁰, in una logica protesa esclusivamente a preservare i livelli di competitività e di *performance* della stessa.

Le conseguenze negative, specie sul piano strutturale e della tenuta del nostro sistema di diritto sindacale, sono evidenti: non solo manca un'effettiva coesione tra legge e accordo, ma, per di più, le due fonti regolative appaiono decisamente contrapposte e disomogenee tra loro, con un'evidente incertezza sul piano delle discipline applicabili. D'altro canto, è parimenti vero che lo slancio del legislatore, di cui vi è testimonianza concreta con la norma dell'art. 8 e che si sta evidentemente muovendo nella direzione di una notevole flessibilità regolativa, sembra essere tarpato da un'analitica e dettagliata regolamentazione delle forme di rappresentanza sul fronte sindacale. Il tutto, sia pure con la dovuta dose di ambiguità, sembra muoversi nella logica volta alla ricerca di dettagliate soluzioni, sia sulle modalità di costituzione, sia sul funzionamento delle stesse rappresentanze sindacali unitarie. In particolare, queste ultime dovrebbero - ma, l'uso del condizionale è d'obbligo - essere le uniche forme di rappresentanza in azienda.

La sfida di questa nuova fase della contrattazione collettiva è nel senso di auspicare che ogni singola unità produttiva, ovviamente con più di 15 dipendenti, debba adottare una sola ed esclusiva forma di rappresentanza sindacale. Solo qualora non si dovesse procedere in tal senso e cioè nella direzione della costituzione di una rappresentanza unitaria, si potrà optare per il diverso modello delle r.s.a.

7. Il difficile rapporto con la contrattazione di primo livello

Le nuove modalità delle dinamiche negoziali, ora legittimate dagli Accordi sindacali interconfederali, ora dal legislatore, nel segno di un'ambivalente e contraddittoria vicenda riformatrice, lasciano perplesso l'interprete, specie sul piano del necessario orientamento all'interno del nuovo sistema delle relazioni industriali in Italia. Ed infatti, nonostante il significativo intervento a livello interconfederale e sul fronte di una sostanziale rivisitazione delle regole sulla rappresentatività sindacale, a proposito dello specifico piano di un auspicato decentramento della negoziazione collettiva e, soprattutto, della concreta (e diffusa) effettività dei contratti di prossimità, rimangono ancora taluni e centrali nodi da dover sciogliere.

¹⁴⁸⁰ Così, testualmente, A. PERULLI, *La contrattazione collettiva "di prossimità": teoria, comparazione e prassi*, in Riv. it. dir. lav., 2013, I, alle pp. 925 e 926.

Rimane insoluto, primo fra tutti, l'interrogativo di fondo, riguardante il difficile (e incerto) rapporto con la contrattazione a livello nazionale, atteso che rimane insoluto il problema di fondo di conferire organicità e sistematicità alle fonti collettive, in un disegno di complessiva stabilità del sistema delle relazioni industriali.

In merito a questo essenziale profilo appare indubbiamente emblematica la norma, più volte richiamata in precedenza, dell'art. 8, legge n. 148/2011, che in verità sembra legittimare, proprio per la contrattazione di prossimità, una deroga *in pejus* rispetto alle regole della contrattazione collettiva nazionale. Orbene, l'assunto trova sicuro riscontro a proposito delle vicende negoziali riguardanti il contratto individuale di lavoro e, segnatamente, riguardo le specifiche regole direttamente incidenti sul lavoratore.

Si pensi, a questo proposito e a titolo meramente esemplificativo, alla disciplina delle mansioni, nonché a quelle riguardanti la classificazione e l'inquadramento del personale che potrebbero costituire - l'uso del condizionale è d'obbligo - materie oggetto di maggiore flessibilità da parte della contrattazione aziendale. È evidente, infatti, che a fronte della tradizionale rigidità delle regole lavoristiche, la disposizione dell'art. 8 legittima che le specifiche intese, di cui al comma 1°, possano riguardare anche le sopra indicate materie. Più in particolare, l'improrogabile necessità di declinare insieme produttività e competitività, senza dubbio alcuno potrebbe attivare la facoltà di deroga; ma, non già sul versante di un illegittimo demansionamento, quanto su quello di concrete e praticabili prospettive di flessibilizzazione della disciplina delle mansioni¹⁴⁸¹, nel segno di una logica di adattamento delle prestazioni lavorative alle esigenze del mutato sistema produttivo delle imprese. In tale direzione, evidentemente, percorrere la via dei contratti di prossimità equivale a dismettere i "lacci e i laccioli" di un eccesso di garantismo, come scaturisce da una lettura rigida della norma di cui all'art. 2103 c.c., avviando così un auspicabile processo di incremento della produttività, sia pure sempre nel rispetto della professionalità dei dipendenti.

In altri termini, è possibile che con il ricorso allo strumento dei contratti di prossimità il lavoratore possa abdicare, ma senza rinunciare alla professionalità, a talune prerogative della contrattazione nazionale di lavoro che mostrano oggi il peso dell'eccessiva ingessatura del sistema. In ogni caso, però, il percorso delle deroghe sul piano dell'assetto garantistico e degli stessi trattamenti economici, deve sempre avvenire, ovviamente, nel rispetto dei principi costituzionali e dei vincoli della normativa comunitaria, proprio in ragione di quanto dispone il comma 2bis dello stesso art. 8.

Orbene, non è certamente questa la sede per approfondire l'*ubi consistam* del meccanismo che si sta consolidando con l'art. 8 e, in particolare, la coesistenza tra contrattazione nazionale e contrattazione aziendale in deroga, soprattutto sul piano della misurazione della capacità derogatoria. Occorre attendere gli esiti futuri dei nuovi percorsi e, segnatamente, mettere in luce le concrete e positive potenzialità verso soluzioni legittimamente praticabili, in grado di coniugare insieme interessi aziendali, mantenimento dei posti di lavoro e rispetto delle professionalità.

Diversamente e su un altro fronte - ma, pur sempre avuto riguardo ai profili della concreta attuazione dei contratti di prossimità - il maggior problema che l'interprete deve porsi è quello della

¹⁴⁸¹ Lo specifico argomento è trattato anche da M. BORZAGA, *Contrattazione collettiva di prossimità e disciplina delle mansioni: una via per aumentare la flessibilità interna del rapporto di lavoro e la produttività delle imprese?*, in Dir. rel. ind., 2013, n. 4/XXIII, da p. 980 e ss...

compatibilità del sistema di cui all'art. 8 con le regole sull'imposizione fiscale e contributiva. È appena il caso di segnalare, infatti, che, mentre è ipotizzabile una ridefinizione delle tutele che ricadono direttamente sulla sfera giuridico-soggettiva del lavoratore, non è per nulla praticabile l'ipotesi di un accordo collettivo aziendale che possa modificare in *pejus* profili di carattere impositivo, sia sul fronte fiscale, sia sul fronte contributivo.

Vero è che la L. n. 183/11 (legge di stabilità 2012) al 2° comma dell'art. 22 ha stabilito che, al fine di armonizzare il quadro normativo in tema di incentivi alla contrattazione aziendale e per sostenere la contrattazione di prossimità, debba essere previsto che lo sgravio contributivo possa applicarsi anche alle intese formalizzate ai sensi dell'art. 8. Tuttavia, il vero (e centrale) problema insoluto è quello della retribuzione contrattuale annua per il calcolo del contributo che dovrebbe essere parametrata sulla base della contrattazione collettiva nazionale di lavoro, nell'evidenza di un difficile collegamento tra attività contrattuale del sindacato e la gestione del contratto stipulato a livello di unità produttiva¹⁴⁸². Da qui, un'evidente incongruenza che porterebbe ad affermare una sostanziale incompatibilità tra agevolazioni contributive e contratti di prossimità. Ed infatti, è sufficiente il richiamo di cui alla norma dell'art. 1, comma 1175, della L. n. 296/06 per valutare come i benefici normativi e contributivi, previsti dalla normativa, siano subordinati al possesso, da parte dei datori di lavoro, del c.d. "durc", cioè il documento unico di regolarità contributiva, fermi restando gli altri obblighi di legge per il rispetto degli accordi e cc.cc.nn.ll., nonché di quelli regionali o aziendali ove sottoscritti dalle organizzazioni comparativamente più rappresentative. A ben vedere, non è possibile tacere che la norma da ultimo riportata sia entrata in vigore in un momento storico ben diverso da quello attuale che, invece, legittima ora accordi aziendali in deroga.

È, tuttavia, altrettanto vero che esclusive deroghe *in pejus* non hanno mai trovato libero accesso, nelle concrete prassi negoziali, nel nostro sistema, atteso che i tradizionali e ben noti esempi di deroghe ai livelli nazionali contengono parimenti clausole migliorative, sovente per la creazione di condizioni utili a nuovi investimenti. Di guisa che le eventuali regole di minor favore vengono generalmente compensate da altre di carattere premiale e decisamente migliorative degli standard medi nazionali. Tant'è che il sopra richiamato comma 1175 dell'art. 1, L. n. 296/06, ove indica contratti di secondo livello, implicitamente si riferisce a situazioni di una contrattazione collettiva migliorativa del c.c.n.l. D'altro canto, ed a maggior ragione, era proprio il trattamento di miglior favore che dava, poi, luogo alle agevolazioni contributive.

In buona sostanza, dunque, anche nell'attualità, la stipula di un contratto di prossimità, che contenga solo deroghe *in pejus* rispetto ai livelli del contratto nazionale, finirebbe inevitabilmente con il pregiudicare la fruizione - da parte del datore di lavoro - delle possibili agevolazioni contributive. Sii tratta, tuttavia, di una questione assolutamente aperta, atteso che logiche di tipo negoziale, tra le parti sociali, non sembrano possano incidere sul regime pubblicistico del sistema contributivo e/o agevolativo.

Sembrirebbe, dunque, che le attuali potenzialità della contrattazione aziendale, frutto di un intreccio tra accordi sindacali e legge, non siano in grado di incidere sulle regole d'ispirazione pubblicistica sulla tassazione sui redditi da lavoro e quelle sulla contribuzione, e ancor meno quelle

¹⁴⁸² Sullo specifico tema, cfr. M. MAGNANI, *Le rappresentanze zincali in azienda tra contrattazione collettiva e giustizia costituzionale. Prime riflessioni a partire da Corte Costituzionale n. 231/2013*, in Working Paper ADAPT, 25 settembre 2013, n. 135, p. 4 e ss.

sulle agevolazioni. La sicura (e inderogabile) vigenza dei limiti normativi alla fruizione degli sgravi, ad esempio, sembra consentire solo l'accesso ad una disciplina dei contratti di prossimità, con particolare riferimento ai trattamenti economici e negoziali riferiti alle vicende del rapporto individuale di lavoro. In altri termini, appare incompiuta una riforma che non tenga conto delle ricadute, anche sul piano fiscale e contributivo, limitandosi esclusivamente a profili direttamente incidenti sulla retribuzione netta spettante al lavoratore e, quindi, con un'efficacia derogatoria e vincolante solo per la sfera giuridico-soggettiva di quest'ultimo.

8. Una questione aperta: la ricaduta sul piano contributivo

È possibile paventare, volendo anticipare qui taluni aspetti conclusivi, che le critiche considerazioni di cui sopra si è detto possano approdare sulle sabbie mobili di una scelta assolutamente parziale e monca. Orbene, ciò si prefigura soppesando le mancate aspettative per una rivisitazione *funditus* del sistema della contrattazione collettiva che risultano per essere compromesse da una cornice istituzionale e di derivazione pubblicistica che non consente deroghe all'autonomia contrattuale delle parti sociali. Le oscillazioni in merito risultano di tutta evidenza: da una vera e propria inflazione dello strumento della contrattazione collettiva, delegata a rivisitare le regole, si è passati ad un sistema prevalentemente accentratore, nel segno di una nuova inderogabilità, nell'evidenza di una caduta del monopolio sindacale.

Tuttavia, per quanto riguarda le possibili potenzialità che può ancora oggi esprimere la contrattazione di prossimità, in verità e sia pure in linea del tutto astratta e teorica, traspaiono taluni concreti spiragli di operatività che potrebbero essere sperimentati, sia pure in una logica di sopravvivenza delle scelte della contrattazione collettiva.

Si tratta, infatti, di prendere in seria considerazione che la visione rappresentata, decisamente pessimistica e riduttiva sulla contrattazione di prossimità, ben potrebbe trovare una soluzione positiva. In altri termini, si tratta di sperimentare taluni percorsi alternativi e di affiancamento della contrattazione aziendale, che consentirebbero di reinterpretare i meccanismi in deroga, non già in senso peggiorativo rispetto ai livelli della contrattazione nazionale, ma, più realisticamente, in senso difforme da quest'ultima.

A ben vedere, tutto ciò significa che nei complessivi contenuti (e contesti) degli accordi di prossimità potrebbero intravedersi aspetti in qualche misura propositivi e, quindi, migliorativi rispetto agli standard della contrattazione nazionale, ancor più se in linea con un radicamento nel diritto dell'Unione europea¹⁴⁸³. Dunque, deve essere chiarito definitivamente, e senza ulteriori indugi, l'equivoco di fondo: la deroga non deve necessariamente avere una connotazione negativa, ma potrebbe, più realisticamente, avere una valenza in positivo, specialmente se coniugata ad una rivisitazione degli oneri contributivi e fiscali gravanti sulle imprese.

Guardando al concreto, la via maestra, nello specifico delle prassi negoziali, per poter pervenire a tale soluzione e, quindi, ad un risultato decisamente più consistente sul piano della effettività delle regole di riferimento e dell'incidenza di queste sui profili di carattere fiscale e contributivo, potrebbe in coerenza provenire sicuramente dai premi di produttività, correlati ad un incentivo extra rispetto ai livelli della retribuzione base. Declinare i premi di produttività, sul piano degli

¹⁴⁸³ L'idea è stata originariamente proposta da M. D'ANTONA, *Il quarto comma dell'art. 39, oggi*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 1998, p. 665.

sgravi fiscali e contributivi, potrebbe essere indubbiamente la soluzione migliore per mettere in pratica operazioni in deroga. Orbene, i due profili emergenti, legati alla detassazione e alla decontribuzione, potrebbero utilmente collegarsi con la contrattazione di prossimità, creando canali privilegiati di regolamentazione ove, a fronte di deroghe al garantismo e alle tutele individuali, si riscontrano evidenti agevolazioni sul piano dei trattamenti economici.

Per quanto riguarda il primo profilo, cioè quello della detassazione, è noto che i premi di produttività possano indubbiamente beneficiare di sgravi fiscali, attraverso un sistema che consente l'alleggerimento della pressione in positivo sui datori di lavoro. In parallelo, però, si tratta di rivedere (e riqualificare) talune voci dei trattamenti economici, nell'evidenza che possa essere stemperato il noto e invasivo criterio della c.d. "onnicomprensività" della retribuzione che, per l'appunto, finisce per approdare ad una pesante ricaduta sul piano fiscale e retributivo, impedendo di fatto ogni agevolazione.

Ancor più complesso è, invece, il sistema di coniugare insieme i contratti di prossimità con meccanismi di decontribuzione che, nella prassi, prevedono sistemi di rimborso e di conguaglio scanditi nel tempo, a differenza dell'immediatezza della procedure di detassazione. Sulla tematica, tra l'altro, è utile ricordare l'art. 4, comma 28 della Legge Fornero n. 92/12 che ha stabilito il principio dello sgravio dei contributi dovuti dal lavoratore e dal datore di lavoro sulle erogazioni previste dai contratti collettivi aziendali. Ovviamente, si specifica anche che pre-condizione essenziale è che il corrispettivo versato sia correlato ad incrementi di produttività, di qualità e di competitività, assunti come specifici indicatori dell'andamento economico dell'impresa.

Lo sgravio, in tal caso, è concesso secondo i criteri indicati dal comma 67, dell'art. 1, L. n. 247/07. Nello specifico, poi, è intervenuta la disposizione di cui all'art. 10 del D.L. n. 102/2013 e, infine, un successivo decreto di attuazione del Ministero del Lavoro del 14/02/14. In particolare, con quest'ultimo provvedimento sono stati fissati in concreto i limiti e le regole dell'applicazione dello sgravio contributivo sui premi di produttività, disciplinati da accordi di secondo livello ed erogati nel corso dell'anno 2013.

È utile precisare, in ultima analisi, che le recenti regole in discorso riguardano specificamente le retribuzioni variabili sulle quali è possibile applicare lo sgravio. Si tratta, per l'appunto, di retribuzioni incerte sull'*an* e sul *quantum*, quindi, sia nella corresponsione, sia nell'ammontare, correlate ad incrementi di produttività ed altri criteri assunti quali indicatori dell'andamento economico dell'impresa.

Senza voler in questa sede ulteriormente approfondire l'analisi quantitativa sull'ammontare complessivo dello sgravio, e più ancora delle erogazioni ammesse allo sgravio - profili meritevoli di una più valida e idonea indagine economica -, è il caso di accennare qui che l'apertura verso un'agevolazione fiscale e contributiva, nei riguardi delle retribuzioni variabili e correlate al risultato, consente indubbiamente un primo traguardo. Più che altro si tratta di una vera e propria sollecitazione a mettere mano ad una revisione complessiva sulle tematiche della retribuzione, riducendo sempre più gli ambiti della qualificazione del corrispettivo per il lavoro prestato come obbligazione di mezzi.

Al fine di essere ancora più espliciti occorre riflettere sulla possibilità di un ripensamento complessivo, a proposito dell'occasione stessa che viene offerta con la futura espansione dei contratti di prossimità. La questione, in verità, riguarda gli spazi per una riqualificazione dell'obbligazione retributiva, non più legata agli standard del passato e cioè esclusivamente funzionale alla messa

disposizione delle energie fisiche e psichiche del lavoratore, ma correlata alle più dinamiche logiche della produttività e, quindi, ad indagini di carattere premiale sui risultati conseguiti dai lavoratori.

In altri termini, solo attraverso una radicale riforma della tradizionale struttura del salario, che consenta l'ingresso di meccanismi premiali ed anche di carattere valutativo sulla qualità della prestazione, potrà trovare fondamento un'applicazione più esaustiva e generalizzata della contrattazione di prossimità.

Attraverso questa via, dunque, potrebbe essere possibile bandire definitivamente la formula, decisamente obsoleta e non certo in linea con le nuove funzioni, di contratti aziendali come peggiorativi dei livelli della contrattazione nazionale. L'effetto consequenziale potrà essere quello di accedere ad una nuova dimensione che, per quanto ancora remota, sembra ormai intravedersi all'orizzonte di un nuovo diritto del lavoro: quella di una soluzione alternativa di tutela, a volte in deroga alle regole del garantismo, a volte decisamente premiante.

9. L'incerto futuro della contrattazione aziendale.

Nell'evidenza che sulle problematiche enunciate prevalgono più le ombre sulle luci, si impone ora la necessità di trarre le fila complessive del discorso fin qui svolto e, quindi, è necessario rispondere ai quesiti iniziali sui processi di destrutturazione della contrattazione collettiva e di effettivo depotenziamento del sindacato. A ben vedere, non esiste una soluzione certa e rassicurante: per molti versi, in realtà, risulta ancora aperto il dibattito istituzionale che è oggi, tra l'altro, in fase di evidente rielaborazione. Si riconosce solo, però, che il tema dei contratti di prossimità è stato l'argomento centrale, la cartina di tornasole per verificare la fattibilità di un ripensamento sulla funzione della contrattazione collettiva in particolare e del sindacato più in generale.

Tuttavia, rimane viva l'impressione della profonda differenza strutturale rispetto al passato di solo qualche decennio scorso. Si tratta di una differenza che testimonia, oramai in contemporanea, una crisi radicale, fisiologica e di sistema del nostro diritto sindacale. Non è casuale, infatti, che le attuali logiche delle relazioni industriali risultino essere assai lontane dal tradizionale "concorso-conflitto" tra contratti di diverso livello, prima ispirate - anche in ragione dell'interpretazione in gran parte fornita dalla stessa giurisprudenza di legittimità¹⁴⁸⁴ -, ad una metodologia tendente alla salvaguardia delle tutele dei lavoratori, nel segno del garantismo.

Ed infatti, tralasciando la risalente giurisprudenza sul principio dell'inderogabilità in *pejus* del contratto aziendale rispetto ai livelli del contratto nazionale, oppure la tesi di una sorta di rapporto

¹⁴⁸⁴ Tuttavia la Suprema Corte ha già affermato da qualche anno il principio, cfr. Cass. civ. Sez. lavoro, 18/05/2010, n. 12098, della ricerca dell'effettiva volontà delle parti sociali, stabilendo secondo la seguente massima. "Il contrasto fra contratti collettivi di diverso ambito territoriale (nella specie, nazionale e regionale) va risolto non in base a principi di gerarchia e di specialità proprie delle fonti legislative, ma sulla base della effettiva volontà delle parti sociali, da desumersi attraverso il coordinamento delle varie disposizioni della contrattazione collettiva, aventi tutte pari dignità e forza vincolante. Sicché anche i contratti territoriali possono, in virtù del principio dell'autonomia negoziale di cui all'art. 1322 cod. civ., prorogare l'efficacia dei contratti nazionali e derogarli, anche "in pejus" senza che osti il disposto di cui all'art. 2077 cod. civ., fatta salva solamente la salvaguardia dei diritti già definitivamente acquisiti nel patrimonio dei lavoratori, che non possono ricevere un trattamento deteriore in ragione della posteriore normativa di eguale o diverso livello." In Giur. It., 2011, 6, 1337 con nota di M. NAPOLITANO.

gerarchico che consolidava una surrettizia forma di immodificabilità *in pejus*¹⁴⁸⁵, correttamente le ipotesi del conflitto sono state risolte, e questo sino a un recente passato, in chiave di esercizio dell'autonomia contrattuale, ma nel rispetto dei livelli retributivi di maggior favore. Il senso, a ben vedere, era quello di una possibile modificabilità del contratto nazionale da parte di quello di secondo livello, in ragione dell'effettiva volontà delle parti collettive e secondo una logica di prevalenza del contratto posteriore nel tempo¹⁴⁸⁶ come, peraltro, già si è detto. Su questa scia si è poi formato un orientamento tendente a valorizzare l'aspetto della c.d. "specialità" del contratto aziendale¹⁴⁸⁷. Poi, subito dopo, a seguire, la più recente giurisprudenza che è successiva al Protocollo interconfederale del 23/07/1993, il quale sostanzialmente ha generalizzato la praticabilità di ipotesi legittimanti clausole di rinvio, tutto ciò nel coerente tentativo di rafforzare le competenze della contrattazione di lavoro decentrata. Senonché allora era la stessa contrattazione nazionale di categoria a individuare, di regola, attraverso la stipula di apposite clausole di uscita o di apertura¹⁴⁸⁸, quali avrebbero potuto essere le disposizioni direttamente operative attraverso i contratti di secondo livello: vale a dire quale avrebbe dovuto essere lo spazio in deroga assegnato alla contrattazione collettiva decentrata.

In effetti, quest'ultima opzione è forse quella che rappresenta, più a fondo e nella modalità più aderente alla realtà, lo schema classico della tradizione del nostro diritto sindacale, segnatamente riferita alle relazioni industriali di fine secolo scorso. Nell'attualità, invece, l'ormai storica scelta sopra rappresentata è stata radicalmente destabilizzata, con gli interventi, oggetto di analisi tra apologeti e detrattori¹⁴⁸⁹, di cui si è detto, nell'obiettivo di coniugare interesse aziendale con tutela dell'occupazione. Senza poter tacere che il recente *Jobs Act* di cui al D.L. del 20 marzo 2014, n. 34¹⁴⁹⁰ ha definitivamente messo all'angolo il sindacato, attesa la sua esclusione dalla gestione della crisi e rendendo implicitamente "non più essenziale la sua partecipazione"¹⁴⁹¹.

La verità è che, in tutto questo turbinio di interventi, sembra possa evidenziarsi una certezza: la disposizione di cui all'art. 8 della L. n. 148/11 è stata sicuramente frutto indesiderato¹⁴⁹² di una pressione politico-istituzionale sul fronte sindacale. Si tratta di una circostanza che ha determinato un vero e proprio sconvolgimento in ordine al delicato rapporto sull'efficacia dei contratti collettivi¹⁴⁹³.

¹⁴⁸⁵ Cassaz. 31/03/1967, n. 721, nonché Cassaz., 18/01/1978, n. 233.

¹⁴⁸⁶ Cassaz., 6/10/2000, n. 13300, nonché Cassaz., 19/05/2003, n. 7847.

¹⁴⁸⁷ In tal senso M. GRANDI, in Relazione alle giornate di studio dell'Aidlass sul tema: *Rapporti di contratti collettivi diverso livello*, 2002, Giuffrè, Milano, pp. 7 e segg.

¹⁴⁸⁸ La tesi, in verità, è quella di M. PERSIANI, *Diritto sindacale*, 13° edizione, Cedam, Padova, 2011, spec. alle pp. 183 e 184, ove si avverte che, già con l'Accordo del 2009 era consentito alla contrattazione di secondo livello "di modificare, in tutto o in parte.....istituti economici e normativi dei contratti nazionali di categoria, al fine di fronteggiare direttamente, nel territorio o in azienda, le situazioni di crisi".

¹⁴⁸⁹ L'espressione è di A. PERULLI, *La contrattazione collettiva "di prossimità": teoria, comparazione e prassi*, in Riv., it. dir. lav., 2013, I, p. 919.

¹⁴⁹⁰ Il D.L. n. 34 è stato definitivamente convertito, con modifiche, dalla legge del 16 maggio 2014, n. 78.

¹⁴⁹¹ L'osservazione è di M. MISCIONE, *I sindacati nella crisi*, cit. a p. 11 del testo dattiloscritto.

¹⁴⁹² Analoghe considerazioni critiche sono in F. SCARPELLI, *Rappresentatività e contrattazione tra l'accordo unitario di giugno e le discutibili ingerenze del legislatore*, in W.P., C.S.D.L. "Massimo D'Antona", 2011, p. 127 e ss.

¹⁴⁹³ L'art. 8 viene definito da O. MAZZOTTA, *Diritto sindacale*, II ed., 2012, Torino, Giappichelli, p. 154, come una "mannaia" sul dibattito sindacale in corso.

L'evidenza, dunque, è quella di una declinazione in chiave aziendalistica della negoziazione collettiva di secondo livello, ed in particolare nella percezione di una modalità tendente ad interpretare i *desiderata* dell'imprenditoria, al fine di consentire il mantenimento in organico della forza lavoro occupata, evitando la tragedia dei licenziamenti per riduzione del personale.

D'altro canto, ad esaminare l'impatto della norma qui in argomento, emerge una chiara valenza sostitutiva a favore della contrattazione di secondo livello, e ciò rispetto ai classici principi dell'inderogabilità della legge e del contratto collettivo nazionale. Tutto ciò è assicurato da una peculiare tecnica legislativa - quella del rinvio di cui alla norma di cui all'art. 8 - ampiamente determinata ad abdicare al suo ruolo di fonte primaria di riferimento, a tutto vantaggio di una composizione del conflitto in sede aziendale. Non è certamente trascurabile segnalare che, proprio per tale via, si superano di slancio le strettoie relative ad ipotesi di nullità di clausole peggiorative, secondo la tradizionale interpretazione dell'art. 1418, comma 1° c.c.

Il consenso del legislatore alla nuova fase del decentramento contrattuale, sia pure in linea con una tendenza che da tempo interessa molti sistemi europei di relazioni industriali¹⁴⁹⁴, ma anche con l'avallo della Corte Costituzionale¹⁴⁹⁵, finisce per legittimare l'operazione di complessivo *re-styling* della materia; anche se il fenomeno, però, sembra subire una battuta d'arresto per via del diverso *imprinting* di cui al già citato Decreto Lavoro n. 34 del 2014, denominato *Jobs Act*.

Passando, poi, ad un esame più concreto e pragmatico, è qui il caso di sottolineare come gli organismi sindacali debbano essere comparativamente più rappresentativi sul piano nazionale o territoriale, al fine di essere abilitati alle stipulazioni in deroga. Non è revocabile in dubbio, quindi, che la *mission* sia affidata a soggetti rappresentativi e non a tutti i sindacati indistintamente. Inoltre, sempre sotto il profilo della tecnica ermeneutica v'è da aggiungere un'essenziale interpretazione: l'espressione di cui alla norma "sottoscritti da... (e non dalle) associazioni più rappresentative" vale a legittimare formalmente il sistema derogatorio sopra descritto anche ad appannaggio di una sola associazione¹⁴⁹⁶, atteso che la legge - ovviamente sempre l'art. 8 in discorso - finisce per munire di una speciale efficacia generale e derogatoria la contrattazione collettiva di secondo livello.

Tale ultima opzione interpretativa, benché convincente sotto il profilo del dato normativo in esame, ha avuto, però, vita molto breve. Ed infatti è stata smentita dalla successiva modifica di cui al d.l. n. 76/2013, convertito con la legge n. 99/2013 che, all'art. 7, nel richiamare le potenzialità di articolare deroghe alla contrattazione nazionale da parte dei contratti aziendali, aggiunge: purché questi ultimi siano "*stipulati dalle organizzazioni sindacali dei lavoratori e dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale*", quindi, con un'evidente inversione di significati.

Ovviamente le censure apportate all'originario testo dell'art. 8, decisamente comprensibili e ragionevoli sul piano della tutela dei diritti sindacali ed anche su quello più generale

¹⁴⁹⁴ L'avvertimento è in S. SCIARRA, *L'evoluzione della contrattazione collettiva. Appunti per una comparazione nei paesi dell'Unione Europea*, in Riv. it. dir. lav., 2006, IV, p. 447 e ss.

¹⁴⁹⁵ La decisione è quella del 4 ottobre 2012, n. 221 che, sia pure attraverso un vero e proprio *obiter dictum*, finisce con il "blindare" la norma dell'art. 8. Sulla stessa lunghezza d'onda, ma nel segno di una rivisitazione delle rappresentanze aziendali ex art. 19 Statuto, Corte Costituzionale del 23 luglio 2013, n. 23, che si pone in funzione adeguatrice e di interpretazione della discontinuità.

¹⁴⁹⁶ Puntuali ed analitiche indicazioni in tal senso sono in A. VALLEBONA, *Breviario di diritto del lavoro*, 8° ed.ne, Torino, Giappichelli, 2013, a p. 120.

dell'inderogabilità e del garantismo, finiscono con il perdere di consistenza e reale valore; ciò in ragione di una logica pervasiva, oggi sempre di più ispirata ad una vera e propria apertura nei riguardi dell'azienda, nella volontà di perseguire, a qualunque costo, la salvaguardia dell'occupazione, come ampiamente si manifesta dalla definitiva entrata in vigore del Jobs Act del 2014.

In verità traspare che la giustificazione più convincente dell'operato del legislatore riposi in una scelta legata all'emergenza, nell'evidenza di una crisi istituzionale che impone soluzioni economiche immediate, decisamente funzionali alla ripresa produttiva. A ben vedere, si tratta di una scelta ispirata al perseguimento di un superiore interesse, di stampo prevalentemente pubblicistico, e rivolto al contenimento del dilagare della disoccupazione. Attraverso l'art. 8, infatti, si è, tra l'altro, voluto arginare il fenomeno degli esodati: vale a dire quello di un progressivo svuotamento delle aziende, con logiche rivolte al contenimento dei licenziamenti per riduzione del personale.

Gli esiti, tuttavia, circa la reale effettività della norma sono ancora decisamente insufficienti, atteso che è più il clamore dei ripensamenti sull'inderogabilità che la percezione dell'avvio di un nuovo corso¹⁴⁹⁷. L'auspicio è che, attraverso il terremoto istituzionale suscitato dalla disposizione in commento di cui all'art. 8, possa avviarsi al più presto un processo di tangibile revisione complessiva della materia del diritto sindacale, sin dalle sue fondamenta.

A questo punto, volendo tracciare una breve considerazione conclusiva della rassegna svolta, è qui il caso di accennare che, sia pure inconsapevolmente, si è entrati in una nuova fase del diritto del lavoro, che registra la riaffermazione del primato della legge sulla contrattazione collettiva. L'argomento evoca altrettante recenti transizioni che si sono verificate, in ragione del rapporto legge-contratto, nell'ambito del pubblico impiego privatizzato; ma la similitudine è solo di facciata, atteso che nella sfera dei rapporti di lavoro con le pp.aa. i motivi del ritorno della supremazia della legge sono ben diversi, anzi opposti.

Il nuovo corso, peraltro, dovrebbe coerentemente modularsi anche in funzione di arginare la profonda divaricazione, oggi persistente, tra la contrattazione collettiva nel settore pubblico e quella del settore privato. Si consideri, a questo proposito, che il primo, in merito all'originaria potenzialità del contratto collettivo di derogare a norme di legge, ha incassato un risultato del tutto fallimentare. È seguita l'esigenza di dover ritornare sui suoi passi con la nota legge "Brunetta", n. 150/2009, attraverso la riconsegna dello "scettro" alla legge per la manifesta incapacità della contrattazione collettiva, specie quella di secondo livello, a rispettare le esigenze di stabilità economica e finanziaria degli enti pubblici.

Fuori da ogni metafora, ciò ha significato il clamoroso insuccesso di un progetto di effettiva privatizzazione, atteso che si è avuta la pretesa di voler passare, attraverso l'autorità di una contrattazione collettiva capace di autoregolamentarsi, ad un esplicito sistema di delegificazione, e ciò per il tramite di una disapplicazione diretta delle leggi non conformi ai principi di cui al D. Lgs. n. 165/2001 e successive modifiche. Il risultato è stato quello di una vera e propria latitanza di una funzione datoriale, reale e tangibile, in sede di negoziazione collettiva, e cioè in grado di rappresentare interessi meritevoli di tutela da contrapporre alle rivendicazioni sindacali che, invece, hanno trovato accesso senza alcun freno e limitazioni. Da qui il clamoroso, ma necessario, *revirement* che ha nuovamente ristabilito il primato della legge sul contratto collettivo.

¹⁴⁹⁷ Mi pare d'obbligo citare la seguente e nota metafora: "fa più rumore un albero che cade che un'intera foresta che cresce".

Del tutto opposta, agli antipodi, è, invece, la vicenda che riguarda il settore privato. L'art. 8, infatti, rappresenta una scelta esattamente di segno diverso di legificazione, ove la facoltà concessa al contratto collettivo di secondo livello di derogare alle tutele consolidate costituisce un punto di non ritorno rispetto agli assetti del passato.

Processo del lavoro, certezza del diritto ed effettività delle tutele*

Valerio Speciale

1. Osservazioni preliminari. <i>Stare decisis</i> e funzione creativa della giurisprudenza.	521
2. Effettività delle tutele e diritti fondamentali nel rapporto di lavoro.	523
3. Segue. Il principio di effettività e la sua realizzazione nel processo del lavoro.	525
4. Processo del lavoro e mediazione dei conflitti individuali e collettivi.	528
5. Certezza del diritto, “monetizzazione” delle posizioni giuridiche soggettive e sottrazione del controllo giurisdizionale.	529

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 215/2014

1. Osservazioni preliminari. *Stare decisis* e funzione creativa della giurisprudenza.

Prima di analizzare il problema della effettività delle tutele nel processo del lavoro, mi soffermerò su alcune questioni preliminari, che hanno una diretta connessione con il tema studiato.

La prima è quella della accresciuta importanza, nel nostro sistema giuridico, del carattere vincolante del precedente giudiziario. Una chiara espressione di questo fenomeno è individuabile nella recente riforma dell'articolo 374, comma 3, c.p.c. Questa disposizione stabilisce che, qualora la Sezione semplice della Corte non condivida il principio di diritto enunciato dalle Sezioni Unite, deve rimettere a queste ultime, con ordinanza motivata, la decisione del ricorso. Si è detto che la legge prevede un «vincolo negativo: non già obbligo di recepire l'interpretazione accolta dalle Sezioni Unite, bensì divieto di adottare una pronuncia con quest'ultima contrastante e contestuale obbligo di investire le Sezioni Unite, con un'ordinanza interlocutoria che ha il contenuto di *anticipatory overruling*, affinché siano queste a rimuovere il precedente che tale vincolo crea»¹⁴⁹⁸. In questo caso, dunque, si afferma un principio di autorità e di gerarchia a favore delle Sezioni Unite, le cui statuizioni impongono un vincolo interpretativo a carico della stessa Suprema Corte, con l'esaltazione della funzione nomofilattica di questo organo collegiale¹⁴⁹⁹. È interessante rilevare che, in relazione a quanto si dirà in seguito, si è negato che il terzo comma dell'art. 374 c.p.c. crei un meccanismo di *stare decisis*, perché il vincolo a non emettere una sentenza difforme è cosa diversa dall'obbligo di emanare una decisione conforme¹⁵⁰⁰. Un'osservazione, quest'ultima, certamente condivisibile e che mette in evidenza la differenza tra questa riforma e quella subito dopo esaminata.

La seconda innovazione, che ha un'incidenza «sistemica» ancora più accentuata, è costituita dalla introduzione dell'art. 360 bis c.p.c. L'articolo prevede che «il ricorso è inammissibile: 1) quando il provvedimento impugnato ha deciso le questioni di diritto in modo conforme alla giurisprudenza della Corte e l'esame dei motivi non offre elementi per confermare o mutare l'orientamento della stessa; 2) quando è manifestamente infondata la censura relativa alla violazione dei principi regolatori del giusto processo». La finalità della disposizione è stata individuata nella necessità di creare un «filtro» che limiti l'accesso alla Suprema Corte, per deflazionare il contenzioso e restituire a quest'ultima la funzione di effettivo controllo di legittimità sull'applicazione della legge che è tipica di altri ordinamenti giuridici. Essa, inoltre, ha lo scopo di garantire una maggiore

¹⁴⁹⁸ G. AMOROSO, *La giurisprudenza delle Sezioni Unite della Corte di cassazione nel 2010 in materia di lavoro e previdenza sociale*, RIDL, II, 2011, 585 ss. Sull'*anticipatory overruling* v. anche D. BIFULCO, *Il giudice è soggetto soltanto al diritto*, Jovene, Napoli, 2008, 68, 94 ss.

¹⁴⁹⁹ In tal senso G. AMOROSO, *Art. 374 c.p.c. - Pronuncia a sezioni unite*, in A. BRIGUGLIO – B. CAPPONI (a cura di), *Commentario alle riforme del processo civile*, III, 1, Cedam, 2009, 208. Sul secondo e terzo comma dell'art. 374 c.p.c. si rinvia anche al commento di M. DE CRISTOFARO, *Art. 374 c.p.c.*, in C. CONSOLO (diretto da), *Codice di procedura civile commentato*, Ipsa, 2010, 1049 ss. (con altre indicazioni bibliografiche e rassegna delle diverse opinioni); D. BIFULCO, *Il giudice è soggetto soltanto al «diritto»*, cit., 34 – 35. La Corte Costituzionale ha recentemente affermato che il deferimento della decisione alle Sezioni Unite ha lo scopo di assicurare «il fondamentale valore rappresentato dalla omogeneità nell'applicazione e nell'interpretazione del diritto» (C. cost. 27 gennaio 2011, n. 30, www.cortecostituzionale.it, 9, con commento di M. CROCE, *La «lunga marcia» del precedente: la nomofilachia come valore costituzionale?* (a proposito di Corte cost. n. 30/2011), *Cl*, 4 - 5/2011, 847 ss.

¹⁵⁰⁰ F. P. LUISSO, *Il vincolo delle sez. semplici al precedente delle s.u.*, *Gl*, 2003, 821. Altri hanno ribadito l'esistenza di un «vincolo negativo, una forma debole della regola dello «*stare decisis*»...» (G. AMOROSO, *op. ult. cit.*, 586).

uniformità degli orientamenti giurisprudenziali¹⁵⁰¹. La Cassazione, nell'interpretare la norma, ha affermato che «in nome del principio di effettività della tutela giurisdizionale» va attuato «un adeguato bilanciamento tra diritto delle parti al ricorso per cassazione per violazione di legge, affermato dall'art. 111 Cost., e concreta possibilità di esercizio della funzione di giudice di legittimità, garanzia a sua volta del principio di uguaglianza del cittadino di fronte alla legge (art. 3 Cost.). Adeguato bilanciamento conseguibile solo con un impiego economico della risorsa di questa articolazione della giurisdizione..» finalizzata a «consentire e non impedire la formazione di indirizzi interpretativi dotati, oltre che di persuasività, di tendenziale stabilità»¹⁵⁰². I giudici di legittimità hanno poi affermato che l'inammissibilità prevista dall'art. 360 bis c.p.c. costituisce una forma di manifesta infondatezza e che pertanto «la Corte rigetta il ricorso, perché manifestamente infondato, se, al momento in cui pronuncia, la decisione di merito si presenta conforme alla propria giurisprudenza e il ricorso non prospetta argomenti per modificarla»¹⁵⁰³.

A me sembra che questa disposizione e l'interpretazione del suo contenuto sopra descritti introducano, nell'ordinamento italiano, un sistema simile allo *stare decisis* e trasformino la giurisprudenza della Cassazione, ed in particolare quella delle Sezioni Unite, da orientamento autorevole che non impone al giudice di conformarsi ad esso a precedente vincolante per il magistrato. Ovviamente questa conclusione, che introdurrebbe una vera e propria «rivoluzione» venendo ad incidere su una consolidata e diversa tradizione giuridica, viene da me formulata con prudenza e come base per una discussione più approfondita su una materia così delicata¹⁵⁰⁴.

In tempi più recenti si è ribadito che «benchè non esista nel nostro sistema processuale una norma che imponga la regola dello "stare decisis", essa tuttavia costituisce un valore o, comunque, una direttiva di tendenza immanente all'ordinamento, in base alla quale non ci si può discostare da una interpretazione del giudice di legittimità, investito istituzionalmente della funzione nomofilattica, senza delle forti ed apprezzabili ragioni giustificative». Inoltre «la regola dello "stare decisis" è stata valorizzata anche dalla novella di cui alla L. 18 giugno 2009, n. 69 che, nell'introdurre nell'ordinamento l'art. 360 "bis" c.p.c. (che sancisce l'inammissibilità del ricorso quando il provvedimento impugnato ha deciso le questioni di diritto in modo conforme alla giurisprudenza della Corte e l'esame dei motivi non offre elementi per confermare o mutare

¹⁵⁰¹ Sull'art. 360 bis si rinvia, tra gli altri, a A. BRIGUGLIO, *Art. 360 bis – Inammissibilità del ricorso*, in A. BRIGUGLIO – B. CAPPONI (a cura di), *Commentario alle riforme del processo civile*, cit., 51 ss.; E. SILVESTRI, *Le novità in tema di giudizio di cassazione*, in M. TARUFFO (diretto da), *Il processo civile riformato*, Zanichelli, 2010, 414 ss.; F. CARPI, *Il tormentato filtro al ricorso per Cassazione*, CG, 2009, 1443 ss.; A. PROTO PISANI, *Principio di eguaglianza e ricorso per cassazione*, FI, 2010, V, 65 ss.; M. DE CRISTOFARO, *Art. 360 bis*, in C. CONSOLO (diretto da), *Codice di procedura civile commentato*, cit., 830 ss.; G. COSTANTINO, *Il nuovo processo in Cassazione*, FI, 2009, V, 306; B. SASSANI – R. TISCINI, *Art. 360 bis*, in B. SASSANI – A. SALETTI (a cura di), *Commentario alla riforma del codice di procedura civile*, Utet, 2009, 162 ss.

¹⁵⁰² Cass. 6 settembre 2010, n. 19051, DeJure, www.dejure.giuffrè.it, 6.

¹⁵⁰³ Cass. 6 settembre 2010, n. 19051, cit., 5. La Corte esprime queste parole quale «principio di diritto enunciato a norma dell'art. 363 cod. proc. civ., in tema di interpretazione dell'art. 360 bis cod. proc. civ., n. 1»: 5. Su tale decisione si rinvia, tra gli altri, a A. CARATTA, *Il «filtro» al ricorso in Cassazione e la prima pronuncia delle Sezioni unite*, TRECCANI.IT, www.treccani.it/Portale/sito/diritto, 1 ss.; C. CONSOLO, *Dal filtro in Cassazione ad un temperato «stare decisis»: la prima ordinanza sull'art. 360-bis*, CG, 2010, 1405 ss.; G. SCARSELLI, *Circa il (supposto) potere della Cassazione di enunciare d'ufficio il principio di diritto nell'interesse della legge*, FI, 2010, I, 3339; F. P. LUISO, *La prima pronuncia della cassazione sul c.d. filtro (art. 360 bis c.p.c.)*, *Judicium, Processo civile*, 27.09.2011, www.judicium.it, 1 ss.

¹⁵⁰⁴ Cfr. sul tema, se vuoi, V. SPEZIALE, *Le Sezioni Unite della Cassazione nel 2010 sul termine di impugnazione del licenziamento e sul deposito del testo del contratto collettivo*, in RIDL, II, 2011, 1003 ss. In questo scritto cerco di argomentare in modo approfondito le ragioni per cui ritengo che lo *stare decisis* sia oggi una caratteristica anche del ns. ordinamento giuridico.

l'orientamento della stessa), ha accentuato maggiormente l'esigenza di non cambiare l'interpretazione della legge in difetto di apprezzabili fattori di novità (Cass. S.U. 5-5-2011 n. 9847), in una prospettiva di limitazione dell'accesso al giudizio di legittimità coerente con l'esercizio della funzione nomofilattica; è appena il caso di rilevare che il richiamo a tale ultima disposizione [...] viene valorizzato soltanto per evidenziare un ulteriore elemento di riscontro nell'ordinamento al principio sopra affermato sulla sussistenza di limiti oggettivi alla modificazione degli orientamenti giurisprudenziali del giudice di legittimità»¹⁵⁰⁵. Questa decisione, dunque, sembra confermare le linee evolutive del sistema nel senso di un più accentuato carattere vincolante del precedente giudiziario.

Un secondo aspetto di grande rilievo è quello della funzione «creativa» della giurisprudenza, che è notevolmente aumentata negli ultimi anni per le ragioni illustrate dai relatori che mi hanno preceduto ed anche per altri due fondamentali motivi. Il primo è la forte crescita del contenzioso, che amplia notevolmente l'intervento dei giudici e la loro influenza sulla società, attraverso un processo di «concretizzazione» della norma giuridica che ne condiziona in modo rilevante contenuti e sfera di applicazione. Il secondo motivo è che la giurisprudenza svolge sempre di più un ruolo di mediazione sociale, in sostituzione di soggetti (partiti politici, sindacati, associazioni di vario contenuto) che non riescono a comporre il conflitto tra gruppi in modo tale da trovare soluzioni ai problemi derivanti da una società sempre più complessa. In questo caso, dunque, la giurisprudenza assume un ruolo di «arbitraggio» di interessi economici e sociali, che la stimola a individuare regole specifiche di soluzione dei conflitti anche “oltre” i confini della norma giuridica che deve essere applicata, enfatizzando la sua funzione creativa.

2. Effettività delle tutele e diritti fondamentali nel rapporto di lavoro.

L'effettività delle tutele e la certezza del diritto sono due concetti fondamentali di teoria generale che certamente non posso analizzare nei loro profili strutturali. Assumo qui il concetto di “effettività” in senso classico, come idoneità del diritto ad essere concretamente applicato tramite strumenti giuridici che garantiscano questo obiettivo e la concreta realizzazione del “comando” contenuto nella norma¹⁵⁰⁶. Il problema della effettività assume un rilievo specifico nel Diritto del lavoro in considerazione della peculiarità delle posizioni soggettive interessate. In questo caso, infatti, oltre a situazioni di carattere patrimoniale, sono coinvolti diritti fondamentali che attengono alla persona e la cui lesione non può essere soddisfatta da un equivalente monetario (il danno) ma presuppone il ripristino della posizione soggettiva che è stata violata. Questo spiega perché la tutela in forma specifica e la reintegrazione del diritto leso assumano nel Diritto del lavoro una funzione determinante. In questo ambito, infatti, l'esecuzione della prestazione non è solo l'adempimento di un obbligo contrattuale, ma uno strumento di realizzazione della personalità del lavoratore e di esercizio di suoi diritti fondamentali¹⁵⁰⁷.

¹⁵⁰⁵ Cass. 31 luglio 2012, n. 13620, DeJure, www.dejure.giuffrè.it, 4.

¹⁵⁰⁶ La nozione di effettività, peraltro, come tutte quelle di teoria generale del diritto, può assumere diversi significati. Per una analisi recente del problema v. N. IRTI, *Significato giuridico dell'effettività*, Esi, Napoli, 2009.

¹⁵⁰⁷ Su tali aspetti, v. V. SPEZIALE, *Situazione delle parti e tutela in forma specifica nel rapporto di lavoro*, in *La tutela in forma specifica dei diritti nel rapporto di lavoro*, a cura di M. BARBIERI – F. MACARIO, G. TRISORIO LIUZZI, Giuffrè, 2004, 88 ss. e, di recente, G. CANNATI, *Bisogni, rimedi e tecniche di tutela del prestatore di lavoro*, DLRI, 2012, 129 ss.

Tale impostazione, coerente con una specifica lettura dell'art. 24 Cost. e del diritto all'*effective remedy* espresso in fonti sopranazionali¹⁵⁰⁸, è stata accolta da importanti elaborazioni della nostra dottrina processualistica e lavoristica¹⁵⁰⁹ ed anche dalle Sezioni Unite della Cassazione. La Corte, infatti, rileva come il risarcimento del danno è un rimedio utilizzato anche nel Diritto del lavoro ma non ne costituisce la regola, che va invece identificata nella reintegrazione in forma specifica. Quest'ultima è una tecnica fondamentale del nostro ordinamento giuridico, che, in coerenza con l'art. 24 Cost., vuole garantire «l'esatta soddisfazione del creditore non tenuto ad accontentarsi dell'equivalente pecuniario»¹⁵¹⁰. In questo contesto «il diritto del lavoratore al proprio posto, protetto dagli artt. 1, 4 e 35 Cost., subirebbe una sostanziale espropriazione se ridotto in via di regola al diritto ad una somma». E questo anche in considerazione del fatto che «il prestatore, attraverso il lavoro reso all'interno dell'impresa, da intendere come formazione sociale nei sensi dell'art. 2 Cost., realizza non solo l'utilità economica promessa al datore, ma anche i valori individuali e familiari indicati nell'art. 2 cit. e nel successivo art. 36»¹⁵¹¹.

Tale orientamento, ovviamente, non implica l'obbligo della reintegra quale unica sanzione ammessa dall'ordinamento. Ad esempio, nell'ambito della tutela in tema di licenziamenti illegittimi nelle imprese a cui si applica lo Statuto dei lavoratori, la reintegrazione nel posto di lavoro prevista dall'art. 18 non ha rilievo costituzionale¹⁵¹². E, sempre in questo contesto ed anche alla luce delle fonti sovranazionali così come interpretate dalla giurisprudenza della Corte di giustizia europea¹⁵¹³, non vi è un obbligo di adottare rimedi restitutori, perché anche un indennizzo risarcitorio può essere introdotto, purché abbia quei caratteri di adeguatezza, effettività e dissuasività che siano tali da costituire un reale deterrente per il datore di lavoro¹⁵¹⁴. Non vi è dubbio, peraltro,

¹⁵⁰⁸ G. CANNATI, *Bisogni, rimedi e tecniche di tutela*, cit., 132 ss. con ulteriori riferimenti bibliografici e la critica al diverso indirizzo della Corte di Giustizia sull'effettività del rimedio risarcitorio nelle situazioni indicate nel testo.

¹⁵⁰⁹ Oltre alle citazioni già fatte, con riflessioni talvolta fondate anche sul diritto comune dei contratti, si vedano, per tutti, S. MAZZAMUTO, *Ancora sul mobbing*, in AA.VV., *Il danno alla persona del lavoratore*, Giuffrè, 2007, 211 ss.; Id., *Un'introduzione al mobbing*, in *Il mobbing*, a cura di P. Tosi, Giappichelli, 2004, 23 ss. e nt. 45; I. PAGNI, *Tutela specifica e tutela per equivalente*, Giuffrè, 2004, 65 ss.; Id., *Diritto del lavoro e tecniche di tutela: problemi e prospettive*, RIDL, I, 2005, 489 ss.; A. PROTO PISANI, *Note sulla tutela civile dei diritti*, in *La tutela in forma specifica dei diritti nel rapporto di lavoro*, cit., 40; A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, Giuffrè, 2001, 270 ss.; G. VERDE, *Attualità del principio «nulla executio sine titulo»*, in AA.VV. *Tecniche di attuazione dei provvedimenti del giudice*, Giuffrè, 2001, 60 ss. (ma con qualche precisazione critica rispetto agli altri AA. cit.).

¹⁵¹⁰ Cass., S.U., 10 gennaio 2006, n. 141, www.dejure.giuffre.it, 7.

¹⁵¹¹ Cass., S.U., 10 gennaio 2006, n. 141, cit., 8. La sentenza segue l'impostazione della dottrina civilistica e lavoristica indicata nelle nt. precedenti ed è stata recentemente confermata nelle sue argomentazioni da Cass. 18 giugno 2012, n. 9965. Sulla coesistenza, nel Diritto del lavoro, di tecniche risarcitorie e ripristinatorie v. anche A. PERULLI, *Efficient breach, valori del mercato e tutela della stabilità. Il controllo del giudice nei licenziamenti economici in Italia, Francia e Spagna*, RIDL, I, 2012, 564, nt. 12 (con riferimenti bibliografici).

¹⁵¹² C. cost. 7 febbraio 2000, n. 46. Il principio è affermato da altre sentenze della Corte. Cfr. P. ICHINO, *La riforma dei licenziamenti ed i diritti fondamentali dei lavoratori*, <http://www.pietroichino.it>, 24, nt. 41; L. NOGLER, *La disciplina dei licenziamenti individuali nell'epoca del bilanciamento tra i «principi» costituzionali*, DLRI, 2007, 671.

¹⁵¹³ Art. 30 della Carta di Nizza, art. 24 della Carta Sociale Europea, Convenzione Oil n. 158/1982.

¹⁵¹⁴ G. ORLANDINI, *La tutela contro il licenziamento ingiustificato nell'ordinamento dell'Unione europea*, DLRI, 2012, 634 ss. (con indicazione delle sentenze della Corte di giustizia). Quest'autore, tuttavia, interpreta la normativa europea come tale da configurare la reintegra come regola e l'indennizzo come eccezione. In senso analogo a quanto sostenuto nel testo cfr. M.T. CARINCI, *Il rapporto di lavoro al tempo della crisi* (versione provvisoria), Relazione al XVII Congresso nazionale Aidlass (Pisa, 7 – 9 giugno 2012), dattiloscritto, 33 (a questi a. si rinvia per ulteriori indicazioni bibliografiche).

che per le Sezioni Unite l'impresa è il luogo di valorizzazione della persona alla luce di un disegno costituzionale più ampio, che vede nel lavoro l'espressione di un diritto fondamentale¹⁵¹⁵.

Questa lettura, d'altra parte, è coerente con la straordinaria valorizzazione della tutela del lavoro contenuta nella nostra Costituzione, dove ben quattro articoli dei Principi fondamentali (come è noto sottratti al meccanismo di revisione costituzionale previsto dall'art. 138) sono espressamente dedicati a questo tema¹⁵¹⁶. Senza dimenticare, poi, che la nostra legge fondamentale protegge il lavoro sia nella sua dimensione individuale (artt. 35 – 38, art. 40), sia in quella collettiva (artt. 39 e 40), valorizzando anche quei particolari soggetti che sono le organizzazioni sindacali e attribuendo fondamento costituzionale all'autonomia collettiva quale strumento di autoregolazione economica e normativa degli interessi di gruppi organizzati. Anche le fonti europee, infine, attribuiscono un ruolo fondamentale al lavoro ed alla sua protezione nella sua proiezione individuale e collettiva (oggi ulteriormente enfatizzate dalla costituzionalizzazione dei diritti fondamentali contenuti nella Carta di Nizza)¹⁵¹⁷.

3. Segue. Il principio di effettività e la sua realizzazione nel processo del lavoro.

La presenza, all'interno del rapporto di lavoro, di una pluralità di diritti patrimoniali e fondamentali accresce l'importanza del processo del lavoro, che assume una funzione strumentale di notevole rilievo: garantire la effettiva realizzazione delle tutele sostanziali previste dalla Costituzione italiana, dai Trattati europei, dalla legislazione ordinaria e dalla contrattazione collettiva che ha ulteriormente ampliato le posizioni soggettive dei lavoratori subordinati.

L'introduzione, nel 1973, di un processo speciale contrassegnato da caratteri all'epoca molto diversi da quello civile si spiega proprio con l'esigenza di raggiungere questo obiettivo. Le sue caratteristiche costitutive – sintetizzate nei requisiti (elaborati da Chiovenda) della "oralità, concentrazione ed immediatezza" – determinano regole procedurali particolari tra cui il tentativo di conciliazione, le preclusioni sin dagli atti introduttivi del giudizio, i poteri istruttori del giudice, la concentrazione ed oralità della procedura, il dispositivo letto in udienza, la esecutorietà della sentenza di primo grado ed altre ancora. Queste caratteristiche hanno dato vita ad un processo che, pur nel cronico panorama di inadeguatezza del sistema giudiziario italiano, ha dimostrato subito di avere un grado di efficienza molto più elevato di quello ordinario sia per quanto riguarda i tempi sia per quanto attiene alla sua concreta idoneità a garantire i diritti coinvolti nel rapporto di lavoro. Non è un caso che questo modello processuale sia poi stato esteso anche all'ordinario giudizio civile (seppure soltanto parzialmente) ed abbia costituito il "prototipo" di ulteriori processi speciali.

Ovviamente non posso analizzare approfonditamente questi aspetti e mi limiterò soltanto ad alcune osservazioni, sottolineando quei caratteri che, ancora oggi – pur dopo il ravvicinamento tra processo civile e del lavoro – costituiscono una peculiarità del rito di cui agli artt. 409 ss. c.p.c. Le preclusioni processuali (artt. 414 e 416 c.p.c.) e la concentrazione ed oralità del procedimento (art. 420 c.p.c) rendono più veloce il giudizio ed evitano la definizione «in corso di causa» delle

¹⁵¹⁵ Non è un caso che la Corte cost. abbia affermato che il diritto al lavoro è «un fondamentale diritto della persona umana»: C. cost. 31 marzo 1994, n. 108, <http://www.dejure.giuffrè.it>, 3 (con richiamo alla sentenza n. 45 del 1965 della stessa Corte).

¹⁵¹⁶ Artt. 1, 2, 3, c. 2, e 4 Cost.

¹⁵¹⁷ Artt. 151 e ss. del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea. Art. 6 del Trattato sull'Unione Europea.

strategie difensive delle parti, obbligandole a fissare immediatamente - ed in modo pressoché non modificabile - le proprie allegazioni, le difese e le richieste di mezzi di prova. Il giudice viene dotato di particolari poteri istruttori (art. 421 c.p.c.), che possono essere esercitati d'ufficio, anche al di fuori dei limiti previsti dal codice civile (ad eccezione del giuramento decisorio) e che gli consentono di acquisire le prove anche in presenza di preclusioni e decadenze delle parti, purché i fatti da provare siano stati allegati ed in considerazione dell'esigenza di «contemperare il principio dispositivo con quello della ricerca della verità materiale»¹⁵¹⁸. Nel caso di condanna al pagamento di somme per crediti di lavoro, il giudice deve riconoscere al lavoratore sia gli interessi legali sia il maggior danno subito per la diminuzione di valore del suo credito, con diritto quindi anche alla rivalutazione monetaria che si cumula con gli interessi (art. 429, c. 3, c.p.c.). Non viene applicata in questo caso la regola propria delle obbligazioni pecuniarie nel diritto civile, che prevede l'assorbimento del maggior danno da perdita di valore della moneta nell'incremento monetario garantito dagli interessi moratori. La tutela dei diritti patrimoniali del lavoratore viene quindi garantita nonostante il ritardo nell'adempimento, neutralizzando anche gli effetti dell'eventuale durata eccessiva della controversia in sede giudiziale. La pronuncia del giudice è provvisoriamente esecutiva e, per le decisioni che dispongono la condanna a favore del lavoratore per crediti di lavoro, all'esecuzione si può procedere con la sola copia del dispositivo (art. 431 c.p.c.), assicurando, anche in questo caso, un accesso più veloce al processo esecutivo.

Altri esempi potrebbero essere fatti. È importante peraltro sottolineare che un procedimento giurisdizionale con queste caratteristiche garantisce una effettività di tutela coerente con i diritti fondamentali del lavoratore coinvolti. Anche se questo assetto normativo fortemente innovativo è spesso stato vanificato da inefficienze croniche del sistema giustizia che non hanno consentito di raggiungere concretamente l'obiettivo che il legislatore perseguiva.

Le peculiarità del processo del lavoro, peraltro, non finiscono qui. La legge, infatti, prevede una serie di riti speciali con caratteristiche particolari. In alcune ipotesi il processo è basato su una prima fase sommaria, caratterizzata da celerità ed ampia latitudine dei poteri istruttori concessi al giudice, che può definire il giudizio in tempi relativamente brevi¹⁵¹⁹. In queste situazioni, quando il provvedimento giurisdizionale è positivo per il lavoratore, la effettività delle tutele è una proiezione della celerità del processo, che consente in tempi ragionevoli l'accertamento del diritto violato¹⁵²⁰. Tra l'altro, la legge, per assicurare l'effettiva esecuzione del «comando» contenuto nella pronuncia del giudice, prevede, in caso di sua violazione, sanzioni penali sotto forma di contravvenzioni¹⁵²¹. Inoltre, nel caso di licenziamento ingiustificato nell'ambito della stabilità reale disciplinata dall'articolo 18 dello Statuto dei lavoratori e qualora il datore di lavoro non adempia spontaneamente all'ordine giudiziario di reintegrazione, la legge stabilisce la condanna al pagamento a favore del lavoratore di un risarcimento commisurato alla retribuzione, con un diritto che matura anche in assenza dell'effettivo svolgimento della prestazione. In questa ipotesi

¹⁵¹⁸ Cass. 4 maggio 2012 n. 6753; Cass. 2 ottobre 2009 n. 21124 e molte altre.

¹⁵¹⁹ Art. 28 della l. n. 300/1970. Art. 1, commi 47 ss., della l. 92/2012. Art. 38 del d.lgs 198/2006.

¹⁵²⁰ Il nuovo rito Fornero (art. 1, commi da 47 a 68, della l. 92/2012), relativo ai licenziamenti illegittimi nell'ambito di applicazione dell'art. 18 della l. 300/1970, estende questa brevità dei tempi anche alle successive fasi del procedimento giurisdizionale, con una inedita accelerazione dell'intero iter processuale che non è tipico invece degli altri riti, dove la fase più rapida riguarda soltanto quella iniziale.

¹⁵²¹ Art. 650 c.p. in caso di violazione dell'ordine del giudice disposto ai sensi dell'art. 28 della l. 300/1970. Ammenda fino a € 50.000 ed arresto fino a sei mesi qualora non venga ottemperato il decreto previsto dall'art. 38 del d.lgs. 198/2006 in tema di discriminazioni.

il danno svolge una funzione di *astreinte* ed è una forma di coazione indiretta ad ottemperare all'ordine del giudice per garantire al dipendente la effettiva possibilità di riprendere a lavorare. Questi strumenti (sanzioni penali; risarcimento del danno in funzione di garanzia dell'attuazione del provvedimento giurisdizionale) sono espressione di diverse tecniche dirette ad assicurare al lavoratore la effettiva fruizione del diritto violato.

In altri casi, il carattere sommario del procedimento (e, quindi, la celerità della tutela) si coniuga con l'attribuzione al giudice di poteri assai rilevanti e tali da incidere in misura considerevole sulla stessa struttura organizzativa dell'impresa. L'art. 28 dello Statuto dei lavoratori è finalizzato alla tutela dell'attività e della libertà sindacale oltre che del diritto di sciopero, a protezione quindi di diritti previsti dalla Costituzione. Il magistrato, anche in questo caso all'esito di un procedimento sommario, qualora ravvisi una lesione di queste posizioni giuridiche «ordina al datore di lavoro, con decreto motivato ed immediatamente esecutivo, la cessazione del comportamento illegittimo e la rimozione degli effetti».

Il provvedimento del giudice ha caratteri di atipicità ed è a contenuto indeterminato. Esso si può sostanziare in qualunque ordine che imponga al datore di lavoro di interrompere la continuazione dell'illecito e di ripristinare il diritto leso. Il comando giudiziale, in questo caso, può incidere sulla dimensione individuale del rapporto di lavoro e, di riflesso, può condizionare la struttura organizzativa dell'impresa, come quando viene ordinata la reintegrazione di un lavoratore illegittimamente licenziato o si stabilisca la sua riadibizione alle mansioni originarie o la ricollocazione nel luogo di lavoro dove operava prima che fosse trasferito.

L'ordine del magistrato, peraltro, può tradursi anche in obblighi di fare che condizionano direttamente la stessa attività di impresa, come nei casi in cui si imponga l'effettuazione di un'assemblea sindacale (obbligando il datore di lavoro a mettere a disposizione un idoneo locale), si garantisca l'esecuzione di uno sciopero o si disponga di modificare assetti organizzativi interni dell'impresa al fine di rimuovere la lesione della libertà o dell'attività sindacale.

Nell'ambito della tutela antidiscriminatoria, la legge altera in modo sensibile i principi in tema di onere della prova, consentendo al soggetto discriminato di utilizzare elementi presuntivi (anche di carattere statistico) per dimostrare la fondatezza della sua azione giurisdizionale ed imponendo al datore di lavoro di provare l'inesistenza della discriminazione¹⁵²². Il magistrato, inoltre, se ritiene che l'azione sia fondata, oltre alla condanna al risarcimento del danno anche non patrimoniale, può adottare «ogni altro provvedimento idoneo a rimuovere gli effetti». In aggiunta, «al fine di impedire la ripetizione della discriminazione, il giudice può ordinare di adottare, entro il termine fissato nel provvedimento, un piano di rimozione delle discriminazioni accertate»¹⁵²³. Il che significa, ad esempio, che se la discriminazione si è tradotta in una limitazione all'accesso ai livelli superiori di inquadramento di alcune tipologie di lavoratori (ad esempio, le donne), il giudice può ordinare all'impresa quale sviluppo di carriera garantire ai soggetti protetti e penalizzati dalla condotta del datore di lavoro, definendo tempi e regole delle promozioni.

Si è in presenza, come si vede, di strumenti giurisdizionali che vanno ben al di là dei tradizionali provvedimenti di accertamento e di condanna ed il cui carattere comune è costituito dalla loro

¹⁵²² Art. 28, c. 4, del d.lgs. 150/2011, che peraltro recepisce quanto era già previsto dagli artt. 4 dei d.lgs. 215 e 216 del 2003.

¹⁵²³ Art. 28, c. 5, del d.lgs. 150/2011.

idoneità ad incidere direttamente o indirettamente sui poteri e le prerogative imprenditoriali (che hanno tutela costituzionale), al fine di garantire la piena fruibilità di diritti fondamentali del lavoratore illegittimamente negati.

4. Processo del lavoro e mediazione dei conflitti individuali e collettivi.

Queste caratteristiche del processo del lavoro sono anche una proiezione della funzione attribuita al giudice di comporre i conflitti individuali e collettivi che connotano il rapporto di lavoro. Lo squilibrio di potere è infatti un carattere immanente del contratto previsto dall'art. 2094 c.c., con un assetto che si presenta, per tale ragione, spesso conflittuale. La legge (e le altre fonti di regolazione, come i contratti collettivi) cercano di ridurre questa disarmonia nelle posizioni giuridiche delle parti agendo su due versanti. Dal punto di vista del singolo contratto di lavoro, la norma inderogabile è diretta a limitare la fisiologica supremazia del datore di lavoro ponendo limiti alle prerogative imprenditoriali. A livello collettivo, l'ordinamento valorizza la presenza e il ruolo del sindacato, attribuendo a questo soggetto una serie di «contropoteri» che condizionano la gestione e l'organizzazione dell'impresa. Questa situazione si traduce in un assetto normativo caratterizzato da una pluralità di diritti individuali e collettivi che il giudice del lavoro è chiamato ad implementare. In tale contesto il «bilanciamento dei poteri» perseguito dalle norme sostanziali si concretizza, per mezzo del processo, in una composizione del conflitto e nella continua ricerca di diversi equilibri nei «rapporti di forza» che sono il sostrato della regolazione giuridica in materia.

Gli esempi di questa peculiare funzione di mediazione individuale e collettiva sono molteplici. Il giudice, ad esempio, è chiamato a valutare la legittimità di scelte gestionali che si traducono in variazioni nel contenuto del contratto di lavoro (mutamento di mansioni, trasferimento in altra unità produttiva) o nella sua estinzione (licenziamento). E così operando incide su poteri imprenditoriali unilaterali che esprimono precise esigenze di carattere economico ed organizzativo e compone il contrasto tra esigenze della impresa e tutela del lavoratore, che può essere penalizzato dall'esercizio delle prerogative manageriali riconosciute dalla legge. In altro contesto le organizzazioni sindacali, titolari di una pluralità di diritti, possono rivolgersi al giudice per chiedere la loro attuazione quando essi vengano negati. E questo accade, ad esempio, nel caso della mancata concessione dei permessi sindacali o quando non viene riconosciuto il diritto a costituire una rappresentanza sindacale aziendale o se venga impedita in altre forme la libertà o l'attività sindacale. In queste ipotesi il giudice è chiamato a riaffermare il diritto del sindacato ad esistere ed a svolgere la sua funzione, componendo il conflitto fisiologico tra l'impresa ed il soggetto collettivo che la legge autorizza ad operare anche «contro» le esigenze imprenditoriali.

La funzione di mediazione sociale collettiva, peraltro, si muove anche in ambiti diversi. In tempi recenti, ad esempio, la conflittualità tra diverse organizzazioni sindacali ha determinato la stipula di contratti collettivi separati per importanti categorie produttive, con la contestuale coesistenza di fonti regolative diverse, alcune sottoscritte da Confindustria e da Cgil-Cisl-Uil, ed altre prive del consenso della Cgil. La giurisprudenza è stata chiamata a trovare una soluzione al problema di quale di questi contratti collettivi dovesse essere effettivamente applicato e lo ha risolto nel senso di affermarne la contemporanea vigenza in relazione agli iscritti ai rispettivi sindacati stipulanti e senza escludere quello unitario (firmato da tutti e tre le grandi confederazioni sindacali) come in realtà sostenevano gli imprenditori ed anche la Cisl e la Uil. Un altro esempio è costituito dal caso Fiat, dove, alla luce della formulazione letterale dell'articolo 19 dello Statuto dei lavoratori, la Fiom era stata esclusa dalla possibilità di costituire rappresentanze sindacali aziendali in quanto

non aveva sottoscritto un contratto collettivo con l'impresa (che era stato invece firmato da Cisl e Uil). La giurisprudenza è stata investita della questione e, in molti casi, «forzando» in modo evidente il testo della legge, aveva ugualmente consentito alla Fiom di costituire la sua rsa, risolvendo in senso favorevole al sindacato un conflitto attinente alla stessa legittimità di un'organizzazione di interessi a svolgere la sua naturale funzione di rappresentanza. La recente sentenza della Corte costituzionale ha poi risolto il problema, «riscrivendo» l'articolo 19 dello Statuto dei lavoratori e riattribuendo piena legittimità al diritto della Fiom di essere presente nelle imprese anche in assenza della concreta sottoscrizione di un contratto collettivo e purché abbia partecipato alle trattative¹⁵²⁴.

5. Certezza del diritto, “monetizzazione” delle posizioni giuridiche soggettive e sottrazione del controllo giurisdizionale.

Effettività delle tutele e mediazione di conflitti sono due caratteristiche ormai strutturali del processo del lavoro che hanno segnato la storia giuridica italiana degli ultimi quarant'anni. Tuttavia sono oggi presenti nel sistema processuale (e più in generale nell'ordinamento giuridico) tendenze diverse ed in qualche misura antagoniste a quelle descritte.

Il riferimento è al principio della certezza del diritto, letto, peraltro, in una sua versione del tutto originale. La certezza, infatti, non viene intesa nel senso suo proprio, come (relativa) prevedibilità della decisione giurisdizionale allo scopo di soddisfare l'esigenza della parità di trattamento di casi effettivamente uguali. Al contrario, la certezza del diritto viene declinata come «insindacabilità» della scelta imprenditoriale e sottrazione al giudice del controllo sul suo contenuto.

Questa tendenza è oggi strettamente connessa alla diffusione dell'analisi economica del diritto «che richiede la sostituzione del controllo giudiziale con un mero filtro monetario. Questa prospettiva è del tutto coerente con la tesi espressa dalla dottrina giuseconomica della "rottura efficace del contratto" (*efficient breach of contract*), secondo la quale la norma giuridica deve poter essere violata, dietro corresponsione di un risarcimento economico, senza applicazione di *punitive damages* e, tanto meno, senza imporre la *specific performance* (esecuzione in forma specifica), onde ciascun soggetto possa scegliere se rispettare o meno la legge mediante compensazione finanziaria. Applicata alla materia del licenziamento, la dottrina della rottura efficiente segue le ragioni imponderabili della razionalità economica, giustifica qualunque motivo opportunistico di recesso nell'interesse dell'impresa e conduce alla mera monetizzazione del recesso, come se il bene-lavoro fosse una qualsiasi merce, traducibile in un prezzo, escludendo qualsiasi argomento di natura assiologica a favore del rispetto della norma. L'analisi economica del diritto alla Posner consapevolmente riduce la complessa dimensione valoriale della stabilità del rapporto di lavoro a un puro calcolo finanziario, sostenendo che "il costo che l'imprenditore deve sopportare per giustificare il licenziamento di un lavoratore eccede i benefici che il lavoratore trae dalla protezione contro il licenziamento derivante dalla sua specializzazione professionale (*firm-specific human capital*)", onde l'extra costo dell'imprenditore rappresenta un *labor cost* imputato al lavoratore in termini di minore retribuzione»¹⁵²⁵.

¹⁵²⁴ C. cost. 23 luglio 2013, n. 231, <http://dejure.giuffrè.it>, 1 ss.

¹⁵²⁵ A. PERULLI, *Efficient breach, valori del mercato e tutela della stabilità. Il controllo del giudice nei licenziamenti economici in Italia, Francia e Spagna*, RGL, I, 2012, 563.

Questa impostazione teorica ha trovato una sua espressa formalizzazione nella recente riforma in materia di licenziamenti, che ha profondamente modificato l'articolo 18 dello Statuto dei lavoratori. Nel sistema preesistente, qualora fosse stata accertata l'assenza di giustificazione del licenziamento, il giudice, oltre a liquidare il danno, statuiva l'inidoneità del recesso ad interrompere il contratto di lavoro e ricostituiva *ab origine* il vincolo negoziale. Dopo la legge 92/2012, al contrario, vi sono delle ipotesi in cui il licenziamento ha sempre effetto risolutivo del contratto e la sua eventuale illegittimità determina solo un risarcimento del danno, secondo quella logica della «monetizzazione dell'inadempimento» già descritta. Dopo la riforma, in queste ipotesi il controllo del giudice non può mai incidere sul potere di recesso – perché la decisione non può mai negare la validità del licenziamento - e si esclude qualsiasi bilanciamento tra interesse dell'impresa alla prosecuzione del vincolo contrattuale ed interesse del lavoratore alla stabilità dell'occupazione e alla realizzazione di tutti quei valori non patrimoniali che sono propri del rapporto di lavoro. In questo modo si riduce drasticamente la funzione di mediazione giurisdizionale, a cui viene sottratta la possibilità di vagliare la sostanza del potere imprenditoriale di interruzione del contratto di lavoro e di cercare un equilibrio tra interessi giuridici contrapposti e di rilievo costituzionale (iniziativa economica privata, tutela del lavoro).

In questo contesto, dunque, la certezza del diritto viene intesa come incontestabilità del potere imprenditoriale e sua sottrazione al controllo del magistrato.

Ma non basta. Questa tendenza alla eliminazione del controllo giurisdizionale¹⁵²⁶ si manifesta in forme diverse. Una prima strada è quella della eliminazione delle causali che legittimano la stipulazione di alcuni contratti. L'esempio più importante è quello della riforma del contratto a tempo determinato, dove è stato soppresso il riferimento alle ragioni tecniche, organizzative, produttive o sostitutive e di fatto si è sancita la piena libertà di apposizione di un termine finale al rapporto in assenza di cause giustificative. Tra l'altro, oltre alla volontà di incrementare in questo modo le opportunità di occupazione (sia pure precaria), la ragione fondamentale di questa riforma è stata individuata nella volontà di evitare l'enorme contenzioso determinato dal precedente regime di causalità del contratto. Il controllo del giudice sulla legittimità dell'apposizione della clausola di durata è stato dunque considerato come una sorta di anomalia e non l'applicazione di una legge che intendeva semplicemente escludere la totale fungibilità tra lavoro a t. indeterminato e contratto a termine, in piena coerenza con le fonti europee che qualificano il rapporto stabile come "forma comune" del contratto di lavoro¹⁵²⁷. Questa preferenza per la «decausalizzazione» dei poteri imprenditoriali è presente in Spagna e Francia anche in relazione al licenziamento, dove si consente all'imprenditore di evitare il controllo giurisdizionale previo pagamento di somme più elevate di quelle previste per un normale recesso o sostenendo i medesimi oneri economici¹⁵²⁸. E, durante il dibattito che ha preceduto la riforma del 2012, una simile proposta era stata autorevolmente sostenuta da Pietro Ichino anche per l'Italia.

Una seconda linea di tendenza è quella dell'«aggiramento» della norma inderogabile tramite l'arbitrato. L'ampia utilizzazione nel Diritto del lavoro di disposizioni inderogabili non richiede particolari spiegazioni. Si è in presenza di un contratto individuale contrassegnato da un «contraente

¹⁵²⁶ Definita come di «evitamento» del sindacato giurisdizionale (A. PERULLI, op. ult. cit., 577).

¹⁵²⁷ Si veda il 6° "Considerando" della Direttiva europea 1999/70/CE, oggi espressamente recepito nel comma 01 dell'art. 1 del d.lgs. 368/2001 in tema di contratto a tempo determinato.

¹⁵²⁸ A. PERULLI, Efficient breach, cit., 577 ss.

debole» che si inserisce in un contesto produttivo da altri organizzato e soggetto a penetranti poteri di controllo e direzione che incidono sulla stessa persona del lavoratore. Una condizione di debolezza che tra l'altro è enfatizzata dal fisiologico squilibrio tra domanda di lavoro (proveniente dalle imprese) ed offerta, che, ormai da oltre un ventennio, rende l'occupazione un «bene raro» e stimola l'accettazione di qualsiasi possibilità di lavoro (anche se precario o scarsamente remunerato). In questo contesto, è evidente che la capacità negoziale del lavoratore è fortemente limitata se non del tutto esclusa. Di qui la necessità di etero-determinare il contenuto del rapporto tramite norme legali o contrattuali collettive non modificabili dalle parti individuali del contratto. L'inderogabilità, d'altra parte, trova fondamento anche nel rilievo pubblicistico degli interessi connessi al rapporto di lavoro, che, in molti casi, devono prevalere su quelli dei singoli contraenti. Tuttavia la norma inderogabile, secondo la teoria economica ormai dominante, costituirebbe un limite alla gestione efficiente del fattore lavoro e, introducendo elementi di rigidità nel contratto, ostacolerebbe la competitività dell'impresa e la crescita dell'occupazione. Questa teoria, priva di significativi riscontri empirici e sempre più assimilabile ad una vera e propria «teologia economica», ha determinato un costante processo di deregolazione e riduzione delle tutele dei lavoratori che, in parte, è stato già descritto. Tuttavia, questa strategia deregolativa è stata perseguita anche attraverso il tentativo di generalizzare l'arbitrato come strumento processuale alternativo alla giurisdizione statale.

In questo disegno riformatore, l'idea di fondo era quella di ampliare l'utilizzazione dell'arbitrato irrituale fondato sull'equità, con il chiaro intento di bypassare integralmente le norme inderogabili. Inoltre, si prevedeva la possibilità, in sede di stipulazione del contratto di lavoro, di sottoscrivere una clausola compromissoria che consentiva di devolvere tutte le future controversie ad un giudizio arbitrale equitativo. In questo caso, dunque, nel momento di massima «debolezza contrattuale» del lavoratore - quando cioè vi è la concreta alternativa tra il lavoro o la disoccupazione - si introduceva la possibilità di inserire nel contratto una sorta di «clausola di uscita» dalle tutele lavoristiche. Infatti, le norme inderogabili di legge e contratto collettivo - pur se formalmente esistenti - in caso di contestazione non sarebbero state applicate nel procedimento arbitrale rimesso alla completa valutazione equitativa degli arbitri.

Il tentativo di «rivoluzionare per via processuale» l'intero Diritto del lavoro è stato così evidente (e maldestro) da suscitare la forte reazione del Presidente della Repubblica. Con un Messaggio alle Camere del 31 maggio 2010, Napolitano ha in primo luogo osservato come la previsione della clausola compromissoria all'atto dell'instaurazione del contratto di lavoro non garantiva la effettiva volontarietà della scelta dell'arbitrato, perché «la fase della costituzione del rapporto è ...il momento nel quale massima è la condizione di debolezza dalla parte che offre la prestazione di lavoro»¹⁵²⁹. Il Presidente, inoltre, ha criticato il ricorso all'equità, perché «si incide in tal modo sulla stessa disciplina sostanziale del rapporto di lavoro, rendendola estremamente flessibile

¹⁵²⁹ *Messaggio del Presidente della Repubblica*, www.senato.it, 5. Nel messaggio inoltre si sottolinea che l'assistenza di un organo di certificazione non è idoneo ad eliminare tale condizione, perché i certificatori «non potrebbero che prendere atto della volontà dichiarata del lavoratore, una volta che sia stata confermata in una fase che è pur sempre costitutiva del rapporto e nella quale permane pertanto un'ovvia condizione di debolezza» (5).

anche a livello del rapporto individuale»¹⁵³⁰. Il Messaggio, in particolare, ha sottolineato come l'esigenza di flessibilizzazione del rapporto di lavoro è un obiettivo che deve essere «esplicitato e precisato, non potendo essere semplicemente presupposto o affidato in misura largamente prevalente a meccanismi di conciliazione e di soluzione equitativa delle controversie, assecondando una discutibile linea di intervento legislativo - basato sugli istituti processuali piuttosto e prima che su quelli sostanziali - di cui l'esperienza applicativa mostra tutti i limiti»¹⁵³¹. Il Presidente esprime quindi una evidente censura del tentativo di aggirare con la riforma del processo l'applicazione delle norme inderogabili.

Le critiche descritte ed anche vincoli di sistema - la Corte costituzionale, ad es., ha ribadito che nel nostro sistema giuridico non vi è spazio per l'equità «sostitutiva» del diritto sostanziale ma solo di quelle integrativa¹⁵³² - hanno imposto correttivi significativi. La conferma dell'arbitrato equitativo «nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento giuridico e dei principi regolatori della materia, anche derivanti da obblighi comunitari» (art. 412, c. 2, n. 2, c.p.c.) ha di fatto escluso, a mio giudizio, la possibilità di non applicare le norme inderogabili che regolano gli istituti fondamentali del Diritto del lavoro¹⁵³³. Inoltre, la clausola compromissoria - che può essere inserita nel contratto individuale solo se è autorizzata dall'autonomia collettiva e con l'assistenza degli organi di certificazione - può essere sottoscritta solo dopo la conclusione del periodo di prova e, nel caso in cui esso non sia previsto, dopo 30 giorni dalla stipulazione contratto (art. 31, c. 10, l. 183/2010). Questa modifica, peraltro, non è tale da superare le obiezioni connesse alla debolezza contrattuale del lavoratore ed alla sua effettiva libertà di scelta dell'arbitrato e non esclude ulteriori possibili profili di incostituzionalità¹⁵³⁴.

Le riflessioni svolte mettono in evidenza diverse linee di politica del diritto e la sovrapposizione di normative che perseguono scopi differenti. Da un lato il processo del lavoro continua ad essere uno strumento funzionale a garantire l'effettività dei diritti individuali e collettivi che caratterizzano la materia, con l'intento di assicurare celerità del procedimento giurisdizionale e la sua concreta attitudine a ripristinare le situazioni giuridiche lese, in un'ottica restitutoria che supera la logica meramente indennitaria. I recenti sviluppi della disciplina processuale in tema di discriminazione e la stessa permanenza di riti speciali tradizionali (come, ad es., quello regolato dall'art. 28 Stat. lav.) o di nuova istituzione (rito Fornero sui licenziamenti individuali) ne sono una chiara espressione. In senso opposto, gli imperativi della *Law and Economics* e la considerazione della inderogabilità delle norme quale ostacolo alla competitività del sistema economico spingono verso la valorizzazione del risarcimento del danno in alternativa alla tutela in forma specifica ed alla sottrazione al giudice del controllo sull'esercizio dei poteri imprenditoriali o sul contenuto del contratto di lavoro. In questo contesto prevale una dimensione della certezza del diritto diversa

¹⁵³⁰ *Messaggio*, cit., 5. «Né può costituire garanzia sufficiente il generico richiamo del rispetto dei principi generali dell'ordinamento, che non appare come tale idoneo a ricomprendere tutte le ipotesi di diritti indisponibili al di là di quelli costituzionalmente garantiti; e comunque un aspetto così delicato non può essere affidato a contrastanti orientamenti dottrinali o giurisprudenziali, suscettibili di alimentare contenziosi che la legge si propone invece di evitare»: 5 – 6.

¹⁵³¹ *Messaggio*, cit., 6.

¹⁵³² Su tali aspetti e, più in generale, su tutte le questioni connesse alla riforma dell'arbitrato introdotta dalla l. 183/2010 cfr., se vuoi, V. SPEZIALE, *I limiti alla giustiziabilità dei diritti nella riforma del lavoro*, RGL, I, 2011, 25 ss. (per quanto indicato nel testo, 55 ss.).

¹⁵³³ V. SPEZIALE, op. ult. cit., 42 ss., 55 ss.

¹⁵³⁴ V. SPEZIALE, *I limiti alla giustiziabilità*, cit., 59 ss.

da quella tradizionale ed intesa come insindacabilità della scelta del datore di lavoro - con l'eliminazione del contenzioso - ed esatta prevedibilità del «costo dell'inadempimento».

Al momento non è dato sapere quale di queste due linee di tendenza potrà prevalere. La mia impressione è che il processo del lavoro nella sua funzione tradizionale verrà confinato alla protezione di alcuni diritti fondamentali, come nel caso delle discriminazioni. Mentre, la parte preponderante del Diritto del lavoro verrà gradualmente liberalizzata, con una progressiva riduzione delle tutele. In questo contesto il giudice vedrà fortemente ridotta la sua funzione di mediazione sociale tra diritti fondamentali ed il suo compito sarà limitato alla quantificazione del danno subito dal lavoratore per effetto della lesione delle sue situazioni soggettive.

Si tratta di un cambiamento graduale e, credo, irreversibile del diritto sostanziale e del processo del lavoro che ne altera radicalmente la sostanza, ribadendo una concezione tutta economica del rapporto di lavoro, secondo i postulati della teoria neoclassica. Questo approccio, oltre ad essere fortemente discutibile nei risultati che intende perseguire (la crescita dell'occupazione), è molto lontano dai valori costituzionali nazionali ed europei che tuttora caratterizzano il Diritto del lavoro e segna un «mutamento genetico» della materia di cui non è possibile al momento prevedere gli esiti finali.

Il pensiero di Massimo D'Antona sul diritto al lavoro*

Mario Rusciano

1. Massimo D'Antona: l'ultima relazione di un "martire sociale". L'approccio umanistico e la interdisciplinarietà nello studio del Diritto del lavoro. 535
2. Il differente contesto del mercato del lavoro a quindici anni di distanza dal pensiero di D'Antona: la "storicità" del diritto al lavoro. 536
3. Influenza delle trasformazioni economiche e giuridiche (specie nell'ordinamento europeo) sull'effettività del diritto al lavoro: tra "interessi del mercato" e "diritti sociali". 538
4. Le opzioni interpretative di D'Antona nell'attualizzare il diritto al lavoro. 539
5. Conseguenze della riduzione della sovranità nazionale sull'economia. Politica dell'occupazione, UE e Regioni. Il problema del Mezzogiorno italiano... 541
6. La nuova dimensione costituzionale-comunitaria del diritto al lavoro: la prevalenza dell'*essere* sull'*avere*. 543
7. Gli alti e bassi nel coordinamento delle politiche occupazionali negli ultimi quindici anni. 544
8. Le più recenti fonti comunitarie sul diritto al lavoro e le politiche dell'occupazione. L'equivoca distinzione tra *diritti* e *principi*. 545

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 216/2014

1. Massimo D'Antona: l'ultima relazione di un "martire sociale". L'approccio umanistico e la interdisciplinarietà nello studio del Diritto del lavoro.

L'8 maggio del 1999 si svolse all'Università di Napoli Federico II un Convegno su "*Diritto al lavoro e politiche per l'occupazione*". L'iniziativa era stata presa da Giorgio Ghezzi, uno dei più prestigiosi giuslavoristi della nostra storia recente (scomparso alcuni anni or sono), per celebrare i 50 anni della Rivista Giuridica del Lavoro, della quale Ghezzi era allora Direttore. Le relazioni erano state affidate da Ghezzi a Massimo D'Antona e a me¹⁵³⁵: introdotte da Antonio Bassolino, all'epoca Ministro del Lavoro; seguite dagli interventi dei *discussant* (tra i quali Mario Napoli¹⁵³⁶) e di altri studiosi e dalle conclusioni dello stesso Ghezzi. Allora D'Antona già insegnava alla Sapienza di Roma, ma io avevo mantenuto con lui un rapporto scientifico e personale molto stretto; peraltro – verso la fine degli anni '80, e prima che andasse a Roma – avevo contribuito al suo trasferimento dall'Università di Catania alla mia Università, la Federico II di Napoli.

In me – e, credo, in Mario Napoli – ricordare quel giorno e quel periodo non può non suscitare emozioni di dolore e rimpianto. Massimo sarebbe stato assassinato dodici giorni dopo, il 20 maggio, vittima delle BR, che nella loro follia omicida giustificarono l'assassinio adducendo che Massimo, da Consulente legislativo del Ministro del lavoro, era impegnato in prima linea a trovare gli strumenti tecnico-giuridici – anzitutto una proficua concertazione tra Governo, imprese e sindacati – per inventare e promuovere buone politiche dell'occupazione. In pratica, per aumentare quantità e qualità della domanda e dell'offerta di lavoro. Così operando egli, quale esperto mediatore degli interessi in conflitto, era diventato ai loro occhi un raffinato strumento di razionalizzazione dello sfruttamento capitalistico e, quindi, un ostacolo alla sollevazione dei lavoratori contro il sistema politico, dominato dall'imperialismo delle multinazionali.

Oltre che per un doveroso ricordo (sincero e non rituale) di un amico carissimo e di grande valore – del quale mi è stato chiesto di ricostruire qui oggi le idee sul diritto al lavoro – ho deciso di iniziare la mia conversazione, rievocando il triste episodio di quindici anni fa, per due ragioni precise.

La prima ragione è quella di far capire, specialmente ai giovani, che il diritto del lavoro, e un po' tutte le discipline che si occupano dei mille problemi del lavoro – dall'economia alla sociologia del lavoro, dalla psicologia del lavoro all'organizzazione aziendale ecc. – non tollerano eccessi di tecnicismo: consistano essi in freddi dati statistici o in criteri asettici di comprensione del reale, ovvero in modelli formali di elaborazione e di interpretazione delle regole.

Tutte le discipline che studiano il lavoro, infatti, hanno a che vedere più con la vita che con i beni delle persone. Un chiodo fisso, questo, dei giuslavoristi: che si ostinano a ricordare, spesso purtroppo infruttuosamente, che il lavoro non è una merce. Una sorta di *a priori* che parte da lontano per arrivare al c. d. "approccio umanistico" allo studio del Diritto del lavoro. Ne erano convinti, già all'inizio del secolo scorso, varie teorie politiche e giuridiche: professate, ad esempio, dai c. d. "socialisti della cattedra" o dal cattolicesimo sociale (forte della dottrina della Chiesa, fondata

¹⁵³⁵ M. Rusciano, *Il lavoro come diritto: servizi per l'impiego e decentramento amministrativo*, in Riv. Giur. Lav. 1999, suppl. n. 3, p. 25 e segg.

¹⁵³⁶ Cfr. M. Napoli, *Intervento*, in Riv. Giur. Lav. 1999, suppl. n. 3, pp. 59 e segg.

dalla *Rerum novarum* di Leone XIII) e che hanno influenzato talora la stessa giurisprudenza. A cominciare dalle decisioni di buon senso – raccolte e sistemate da Enrico Redenti – di quei *probi-viri*, che ai primi del '900 gettarono le basi del diritto del lavoro. Del resto come non ricordare, a questo proposito e venendo agli anni nostri, l'insegnamento di illustri giuristi – come, ad esempio, Luigi Mengoni, del quale l'Università Cattolica va giustamente orgogliosa – che hanno inculcato in tutti noi appunto questo tipo di approccio?¹⁵³⁷

Ma intanto, paradossalmente, proprio l'approccio umanistico – e di temperamento degli interessi tra impresa e lavoro – ha dato inizio, a partire dalla seconda metà degli anni '70 del secolo scorso, ad un periodo tenebroso della nostra storia recente. Quando il terrorismo, nella sua logica delirante, ha preso di mira studiosi tra i più sensibili ed esperti delle discipline lavoristiche, capaci di operare mediazioni a tutto campo per sostenere realisticamente le aspirazioni di riscatto e di progresso di quanti dal lavoro traggono i mezzi di sostentamento per sé e per la famiglia. Ricordo in particolare quelli da me conosciuti direttamente: Massimo D'Antona soprattutto, ma anche Marco Biagi ed Ezio Tarantelli, che hanno pagato con la vita; ricordo Gino Giugni, che fu gravemente ferito. Ma è impossibile, ahinoi, ricordarle tutte, le vittime del terrorismo!

È utile allora sottolineare, in via preliminare, la complessità – ma anche la delicatezza – del metodo da usare quando si affrontano i problemi del lavoro. Un metodo che dev'essere in grado di tenere assieme valori costituzionali e dati di realtà, specialmente economici; e questo non può che essere un metodo improntato ad una intelligente e proficua interdisciplinarietà.

La seconda ragione è quella di avvertire che il pensiero di Massimo D'Antona sul diritto al lavoro non è racchiuso nella sola Relazione al Convegno di Napoli, appena ricordata, quale appare dagli Atti raccolti nel supplemento al n. 3 della Rivista Giuridica del Lavoro del 1999. Perché Massimo, purtroppo, non ebbe il tempo di rivedere e ampliare il suo discorso dell'8 maggio '99: sicché ne fu pubblicata l'ampia sintesi ragionata¹⁵³⁸ e non il testo verbale, molto più esteso e articolato.

Dunque, le idee di D'Antona sul diritto al lavoro vanno ricostruite attingendo anche ad altri scritti della sua vasta produzione. Specie se si considera che il diritto al lavoro, come si può intuire, è un aspetto tutt'altro che marginale della nostra materia e che, per giunta, Massimo era uno studioso incline per natura a non trattare alcun argomento prescindendo dalla visione sistematica del diritto del lavoro: al centro della quale si pone proprio l'impianto costituzionale del diritto al lavoro. Anzi, se volessimo racchiudere in uno slogan il senso della nostra materia, dovremmo dire che il diritto del lavoro nasce e si sviluppa per garantire il diritto al lavoro nei suoi molteplici e vari significati.

2. Il differente contesto del mercato del lavoro a quindici anni di distanza dal pensiero di D'Antona: la "storicità" del diritto al lavoro.

A questa premessa va aggiunta un'altra notazione, pur essa preliminare, ma che fa da ponte per entrare nel merito del nostro discorso, predisponendoci a storicizzarne i contenuti salienti. Quella che attraversiamo è l'epoca in assoluto più infelice per parlare di diritto al lavoro, tranne che non

¹⁵³⁷ Cfr. M. Rusciano, *Una rilettura di Luigi Mengoni (Forma giuridica e materia economica)*, in Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ. 2011, p. 987 e ss. Sarebbe utile leggere, al riguardo, U. Romagnoli, *Giuristi del lavoro*, Donzelli, 2009, in cui l'autore con gradevole chiarezza parla dei "percorsi italiani di politica del diritto".

¹⁵³⁸ M. D'Antona, *Il diritto al lavoro nella Costituzione e nell'ordinamento comunitario*, in Riv. Giur. Lav. 1999, suppl. n. 3, p.15 e segg.

lo si voglia fare partendo dall'idea ormai invalsa dei "diritti negati", che però richiederebbe una ben differente impostazione. Non credo che occorran molte parole per spiegarne i motivi. Ma qualche parola può servire a far capire la difficoltà di una comparazione sul diritto al lavoro (come suol dirsi, "temporalmente verticale") tra le riflessioni di D'Antona e la dura realtà in cui ci troviamo a vivere.

Una cosa possiamo dare per scontata: il mercato del lavoro che ha sott'occhio Massimo, alla fine del decennio '90 del secolo scorso, presenta molte diversità rispetto alla situazione attuale, pur con le ovvie analogie dovute per lo più alla fisiologica disparità, diciamo pure "strutturale", tra domanda e offerta di lavoro, connaturata al sistema capitalistico, specie in Italia. E ciò già la dice lunga sulla enorme vastità, anche (ma non solo) temporale, dell'attuale crisi italiana: alla quale, come tutti sappiamo, hanno contribuito cause molteplici e di varia natura, interne ed esterne al nostro paese.

Negli anni '90, a sconvolgere gli assetti dei mercati del lavoro già spiravano sempre più forti i venti della globalizzazione e della rivoluzione tecnologica, ma non c'era ancora stato lo tsunami della crisi mondiale che ha investito l'economia globale grosso modo dal 2008, partendo dalla finanza americana, e che, tra i paesi più industrializzati, ha colpito in particolare il nostro paese, tuttora in recessione.

Basta dare uno sguardo alle statistiche, anche da profani: rispetto agli anni precedenti, la disoccupazione è circa il doppio, avendo superato il 12%; la disoccupazione giovanile è quasi al 25%. Dati, questi, che nel Mezzogiorno raddoppiano, provocando una drammatica emigrazione dal Sud al Nord, d'Italia e d'Europa, di giovani preparati e meritevoli, che impoverisce il nostro paese. Per non parlare poi dei livelli astronomici raggiunti dalla Cassa Integrazione, specie da quella c. d. "in deroga".

A questo primo dato, va aggiunta l'impossibilità di paragonare la situazione di allora e di oggi dell'Unione Europea, specie dal punto di vista economico-monetario e giuridico. Allora il processo di unificazione europea veniva vissuto in Italia come una grande speranza: con una prospettiva ottimistica di sviluppo. Oggi viene vissuto come una gabbia: perché è assodato che i vincoli imposti dai Trattati frenano la crescita e aggravano la disoccupazione. Altro che diritto al lavoro!

Il pensiero di Massimo sul diritto al lavoro, dunque, si basa su problemi in certa misura meno gravi e comunque diversi da quelli che attanagliano adesso la nostra società. Insomma, allora sicuramente ci si trovava di fronte ad una diminuzione dei posti di lavoro per effetto delle nuove tecnologie e dei mercati globali, ma la crisi non era così acuta e soprattutto non si prevedeva una recessione senza precedenti come quella che ora ci affligge da troppo tempo e dalla quale stentiamo a venir fuori per le cause più diverse, non ultime quelle di ordine socio-antropologico: un po' per la debolezza e i ritardi del capitalismo italiano; un po' per l'inadeguatezza, l'incapacità e gli errori storici dei nostri governanti e, in generale, della nostra classe dirigente; un po' per il costume e alcune cattive abitudini dei cittadini; un po' per i tanti vincoli europei, divenuti per noi ormai pesantissimi.

Del resto lo stesso Massimo, fin dall'esordio del saggio del '99, è consapevole che "il diritto al lavoro (art. 4 della Costituzione) è, tra i principi fondamentali della nostra Costituzione, quello che ha maggiormente subito il peso della storicità". In altri termini, egli parte proprio dalla consapevolezza delle "occasioni perse" per fare del *diritto al lavoro*, principio fondamentale della nostra Costituzione, una norma importante, "cardine del sistema lavoristico al quale poteva aspirare".

Tuttavia Massimo – vivendo, ripeto, in un'epoca difficile, ma non disastrosa come quella attuale – più che affrontare, nello specifico, le ragioni di questo tempo perduto, richiama gli scarsi esiti dei passati dibattiti sul tema: poco incisivi, perché dominati fundamentalmente da contrapposizioni ideologiche. Giustamente Massimo preferisce porsi subito una domanda: come riconsiderare e “prendere sul serio” l'art. 4 Cost., in un tempo di grandi trasformazioni economiche e di processi di “disarticolazione dei pubblici poteri nell'economia”, a fronte del crescente ruolo dell'Unione Europea? E preferisce, di conseguenza, mettere immediatamente a fuoco – cioè attualizzare – il contesto in cui collocare un possibile dibattito sul *diritto al lavoro*.

3. Influenza delle trasformazioni economiche e giuridiche (specie nell'ordinamento europeo) sull'effettività del diritto al lavoro: tra “interessi del mercato” e “diritti sociali”.

Qui appare in tutta la sua importanza e fecondità l'uso del metodo interdisciplinare, del quale ho detto all'inizio. Perché in un dibattito del genere sono assai rilevanti le sfaccettature di due grandi trasformazioni che, allora come oggi, stanno sullo sfondo del nostro discorso:

a) anzitutto le trasformazioni di ordine economico, prodotte anche dal processo europeo di integrazione economica e monetaria: che, da un lato, implica fenomeni di crescita senza occupazione, in aggiunta allo sviluppo tecnologico che sostituisce manodopera e, in genere, i vecchi lavori; e, da un altro lato, rivela errori di percorso che hanno, nel tempo, condotto l'Unione Europea ad essere troppo sbilanciata verso una “interpretazione rigorosamente finanziaria della convergenza sui parametri di Maastricht”. Una interpretazione forse oggi da aggiornare, come vedremo, ma sostanzialmente confermata dalle politiche di *austerità* di matrice comunitaria;

b) in secondo luogo, le trasformazioni di ordine giuridico, indotte dai processi di c. d. *multilevel regulation*, con conseguente tensione tra gli ordinamenti costituzionali nazionali e l'ordinamento comunitario. Tensione che, sia sul piano economico (di allocazione delle risorse) sia sul piano normativo (di previsione di diritti e obblighi) investe, in primo luogo, il sistema dei valori e pone uno scottante interrogativo: qual è la gerarchia appropriata tra “diritti sociali” e “interessi del mercato”?

La risposta a codesto interrogativo è di una importanza vitale: sul piano culturale ancor prima che giuridico. Da essa, infatti, dipende l'uscita dal grande dilemma europeo tra “retorica” ed “effettività” dei diritti fondamentali: tra i quali senza dubbio campeggia il diritto al lavoro.

La centralità dell'Europa e dei suoi indirizzi politici per lo sviluppo del diritto del lavoro nazionale, è un tema ricorrente negli scritti di Massimo D'Antona e ne dimostra la modernità e la curiosità intellettuale. Questo tema viene da lui affrontato con particolare lucidità di analisi in un saggio, nel quale pone il problema della “crisi d'identità” del diritto del lavoro novecentesco, “costituzionalizzato” – non solo nella nostra esperienza giuridica – proprio grazie al ruolo svolto dagli Stati-nazione. Ossia da quegli spazi, politici e nello stesso tempo economici, in cui venne a realizzarsi, all'indomani del secondo dopoguerra, il fondamentale compromesso tra le forze sociali, che consentì al lavoro di assumere “per la prima volta evidenza assiologica e sostanza normativa sul piano costituzionale”¹⁵³⁹.

¹⁵³⁹ M. D'Antona, *Diritto del lavoro di fine secolo: una crisi di identità?*, Riv. Giur. Lav. Prev. Soc., 1998, I, ora in M. D'Antona, *Opere*, pp. 221-222.

I modelli di regolazione dell'economia e del lavoro che, invece, emergono da contesti istituzionali sovranazionali (come quello europeo) mostrano in genere un *deficit* di legittimazione democratica. Così, ad esempio, le normative comunitarie il più delle volte sono l'esito di processi decisionali controllati da organismi tecnocratici, "condizionati assai meno di quelli degli Stati nazionali dai valori sociali costituzionalizzati e dalla forza politica del lavoro organizzato"¹⁵⁴⁰.

L'Europa, però, viene colta da Massimo D'Antona anche come un importante fattore di evoluzione del nostro diritto del lavoro e, per certi aspetti, di spinta per una sua più progressiva aderenza ai precetti costituzionali. Prospettiva, questa, assunta in particolare nell'analisi di quegli istituti, come i licenziamenti collettivi, che hanno trovato nelle direttive comunitarie (dir. 75/129/Cee e dir. 92/56/Cee) e nella legislazione nazionale di recepimento (l. n. 223/1991) una disciplina capace di porre al centro della regolazione la rilevanza, in termini di ricaduta sociale, dei processi di trasformazione o di riduzione di attività delle imprese¹⁵⁴¹.

Da qui, la *procedimentalizzazione* e la *responsabilizzazione* dell'esercizio dei poteri imprenditoriali: che, sebbene espressione della libertà di iniziativa economica privata sancita dall'art. 41 Cost., fanno anch'essi parte di quelle condizioni che, secondo l'art. 4, la Repubblica ha il compito di promuovere per rendere effettivo il diritto al lavoro. Come dire che, proprio in un'ottica di bilanciamento tra "libertà economica" e "tutela del lavoro", sono poteri che vanno limitati: alla stregua, del resto, del 2° comma dell'art. 41, secondo cui l'iniziativa economica privata, della quale viene riconosciuta la libertà, "non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recar danno alla libertà, sicurezza e dignità umana". Tanto che i medesimi poteri vanno conditi o, in qualche modo, "socializzati", attraverso forme di controllo e di confronto negoziale.

4. Le opzioni interpretative di D'Antona nell'attualizzare il diritto al lavoro.

Nel saggio, D'Antona non trascura l'esegesi, ancorché sintetica, del testo dell'art. 4 Cost. E infatti dichiara di aderire, nell'intento di "attualizzare il profilo giuridico del diritto al lavoro nel sistema costituzionale" – andando cioè oltre la "storicità" di un dibattito molto condizionato in passato, ripeto, da polarizzazioni ideologiche – ad alcune opzioni interpretative di fondo. Quattro, a volerle richiamare in modo schematico.

a) La prima. L'art. 4, co. 1, Cost. riconosce un diritto il cui oggetto si identifica con "il lavoro inteso nella sua accezione storico-sociale", vale a dire come "attività remunerata": sia essa svolta nella forma tipica del lavoro subordinato oppure in forme diverse dal lavoro subordinato. "Il lavoro, così inteso", aggiunge Massimo, "si colloca saldamente nella sfera dell'economia". Qui egli porta a maturazione un assunto, già altrove sostenuto e più ampiamente sviluppato: quello per cui "la grande promessa", racchiusa nella nostra Costituzione, della piena occupazione mediante il lavoro subordinato non è più una "promessa sostenibile"¹⁵⁴²; perché nell'universo del diritto del

¹⁵⁴⁰ M. D'Antona, *Diritto del lavoro di fine secolo*, cit., p. 224.

¹⁵⁴¹ Cfr. M. D'Antona, «Riduzione di personale» e licenziamenti: la rivoluzione copernicana della L. 223/91, in *Il Foro Italiano*, I, 1993, pp. 2027-2035.

¹⁵⁴² M. D'Antona, *Diritto del lavoro di fine secolo*, cit., pp. 226-227: "il diritto al lavoro è concepito nelle Costituzioni contemporanee essenzialmente come concreta opportunità per tutti i cittadini di vivere dignitosamente e al riparo dal bisogno grazie all'occupazione stabile nel lavoro subordinato": "schema occupazionale", tuttavia, che basandosi, "concettualmente e finanziariamente, sulla

lavoro ha acquisito grande importanza l'articolazione tipologica dei rapporti, che *dal lavoro* conduce *ai lavori* e che ha come diretta conseguenza l'impossibilità che il diritto del lavoro possa continuare a "identificarsi in futuro con la legislazione sul rapporto di lavoro subordinato degli occupati stabili"¹⁵⁴³.

b) La seconda opzione interpretativa. L'art. 4, co. 2, Cost. pone un dovere il cui oggetto riguarda "ogni attività utile alla società (...) e, soprattutto, non implica un nesso con la sfera dell'economia". In altre pagine D'Antona, parlando dei "nuovi diritti fondamentali", da riconoscere al soggetto non solo e non tanto nel rapporto di lavoro quanto, piuttosto, nel mercato del lavoro, si è tuttavia spinto ad affiancare al "dovere" quello che egli definisce, nel solco del dibattito diffuso anche in altri paesi, "il diritto ad essere utili, ossia la garanzia che nella società vi sia una adeguata offerta di occasioni di lavoro che, anche al di fuori del mondo della produzione e dello scambio economico, consentano a tutti di dare un contributo attivo"¹⁵⁴⁴: diritto che egli considera – ripeto – "molto importante, anche e soprattutto per le nuove generazioni". Infatti aggiunge: "esso comporta, per lo Stato, l'esercizio di nuovi compiti come l'organizzazione e la promozione di forme di lavoro ed attività che, pur non essendo destinate alla produzione, consentano di fare esperienze significative e di costruire legami sociali attraverso il lavoro"¹⁵⁴⁵.

c) La terza opzione. Il diritto al lavoro come diritto di libertà va tenuto distinto dal diritto sociale, che implica l'impegno dei pubblici poteri di "promuovere le condizioni che lo rendano effettivo". Il diritto sociale come "pretesa" alla realizzazione delle condizioni di occupazione può essere attuato "in qualsiasi assetto storico di economia mista ammesso dalla costituzione economica". La risposta dello Stato come risposta articolata non deve essere necessariamente diretta al singolo, ma va ammessa la possibilità di "reindividualizzazione" della pretesa in caso di inadempimento.

È diffuso, nelle pagine di D'Antona – qui come altrove – il richiamo ai doveri dei soggetti pubblici nella predisposizione delle politiche per l'occupazione. È vero: l'art. 4 Cost. dispone "la Repubblica riconosce il diritto al lavoro e promuove le condizioni che rendano effettivo questo diritto"; e per "Repubblica" si deve intendere non solo lo Stato e gli altri pubblici poteri, ma la comunità nazionale nel suo insieme¹⁵⁴⁶. Eppure, se non si può disconoscere il ruolo svolto da altri soggetti, tra cui le parti sociali, nella produzione e gestione delle regole che governano il mercato del lavoro, secondo un "modello di amministrazione neo-corporativa", questo modello "è legato ad una estrema debolezza del soggetto pubblico; nasce molto spesso per supplenza di un'azione dei pubblici poteri che non c'è o che è inefficiente o che è confusa"¹⁵⁴⁷.

Da qui, la consapevolezza che "nella valutazione del quadro normativo del mercato del lavoro in

centralità dell'occupazione stabile dalla scuola alla pensione, non regge all'invecchiamento della popolazione e alla *jobless growth* alla quale le società europee sembrano condannate".

¹⁵⁴³ M. D'Antona, *Diritto del lavoro di fine secolo*, cit., p. 227.

¹⁵⁴⁴ M. D'Antona, *La grande sfida delle trasformazioni del lavoro: ricentrare le tutele sulle esigenze del lavoratore come soggetto*, in F. Amato (a cura di), *I "destini" del lavoro. Autonomia e subordinazione nella società post-fordista*, Milano, 1998, ora in M. D'Antona, *Opere*, p. 258.

¹⁵⁴⁵ M. D'Antona, *La grande sfida*, cit., p. 258.

¹⁵⁴⁶ Cfr. M. D'Antona, *Diritto del lavoro di fine secolo*, cit p. 240.

¹⁵⁴⁷ M. D'Antona, *Dopo il vincolismo che cosa?*, in F. Carinci (a cura di), *Politica economica, occupazione, servizi per l'impiego*, Napoli, 1996, pp. 179-183, ora in M. D'Antona, *Opere*, p. 932.

Italia, il problema delle regole, della loro adeguatezza, della flessibilità e delle tecniche di intervento diventa secondario rispetto al problema dei soggetti, cioè di fronte al problema della natura, organizzazione, articolazione del soggetto pubblico¹⁵⁴⁸.

d) La quarta opzione interpretativa riguarda il diritto al lavoro nell'accezione di "diritto di lavorare", che è direttamente ascrivibile alla "persona sociale" e si traduce nella garanzia dell'uguaglianza (formale e sostanziale) delle condizioni di accesso e mantenimento del lavoro disponibile: sia nel mercato del lavoro sia durante il rapporto di lavoro e nelle tutele contro gli abusi e le discriminazioni¹⁵⁴⁹.

Su questo si basa l'esigenza di una legislazione generale sui licenziamenti. Che però, secondo D'Antona (ma pure secondo la giurisprudenza della Corte costituzionale¹⁵⁵⁰), non significa necessariamente tutela reale del posto di lavoro, in quanto resta nella discrezionalità "della legislazione indicare il livello di effettività dei rimedi". Qui D'Antona, anticipando quanto riprenderà nelle conclusioni su quella tensione che attraversa un diritto del lavoro in trasformazione, oscillante tra "l'aver" e "l'essere", sembra riassumere la parabola o, meglio, l'evoluzione di un sistema normativo che, con il declino del modello di organizzazione del lavoro ruotante attorno alla grande impresa – altro fondamentale "pilastro" del diritto del lavoro del Novecento¹⁵⁵¹ – ha "ricentrato" le tutele del lavoro su interessi diversi da quello alla stabilità del rapporto.

In una "voce" dedicata a questo tema, D'Antona sosteneva che "la tutela reale, come tecnica normativa, trova ovunque il suo fondamento in una particolare concezione del rapporto di lavoro, che viene inteso come situazione sociale alla cui stabilità sono legati interessi del lavoratore che eccedono l'orizzonte patrimoniale del contratto"¹⁵⁵², in quanto direttamente riferibili a quel "complesso di beni della vita che trovano fondamento nella condizione sociale di occupato"¹⁵⁵³.

A questi interessi, strettamente legati alla "promessa costituzionale della piena occupazione nel lavoro subordinato stabile", con la presa d'atto della non esigibilità della promessa, si sostituiscono interessi "post-occupazionali e post-materiali", con il conseguente spostamento del baricentro della materia verso il mercato del lavoro e le sue istituzioni¹⁵⁵⁴.

5. Conseguenze della riduzione della sovranità nazionale sull'economia. Politica dell'occupazione, UE e Regioni. Il problema del Mezzogiorno italiano.

La politica dell'occupazione entra nella "agenda" dell'Unione Europea e, a questo punto,

¹⁵⁴⁸ M. D'Antona, *Dopo il vincolismo*, cit., p. 933.

¹⁵⁴⁹ È questo il profilo preso in maggior considerazione nella rilettura di D'Antona fatta da F. Liso, *Il diritto al lavoro*, in *Giornale Dir. Lav. Rel. Ind.*, 1, 2009, p. 145, che parla di una "categorizzazione interessante (...) frutto dell'evoluzione che si era prodotta nell'ordinamento, anche attraverso le decisioni, non sempre limpide, della Corte costituzionale che si erano misurate con l'art. 4".

¹⁵⁵⁰ C. cost. 46/2000 che, nel dichiarare ammissibile il referendum volto ad eliminare dall'ordinamento l'art. 18 St. lav. osserva che "la disposizione oggetto di quesito è indubbiamente manifestazione di quell'indirizzo garanzia del diritto al lavoro previsto dagli artt. 4 e 35 Cost., che ha portato, nel tempo, ad introdurre temperamenti al potere di recesso del datore di lavoro, secondo garanzie affidate alla discrezionalità del legislatore, non solo quanto alla scelta dei tempi, ma anche dei modi di attuazione. In riferimento a tale discrezionalità, è da escludere, tuttavia, che la disposizione che si intende sottoporre a consultazione, per quanto espressiva di esigenze ricollegabili ai menzionati principi costituzionali, concreti l'unico possibile paradigma attuativo dei principi medesimi".

¹⁵⁵¹ Cfr. M. D'Antona, *Diritto del lavoro di fine secolo*, cit., p. 225.

¹⁵⁵² M. D'Antona, *Tutela reale del posto di lavoro*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, vol. XXXI, 1994, ora in M. D'Antona, *Opere*, p. 431.

¹⁵⁵³ M. D'Antona, *Tutela reale*, cit., p. 431.

¹⁵⁵⁴ M. D'Antona, *Diritto del lavoro di fine secolo*, cit., pp. 234-235.

D'Antona si interroga sulle conseguenze del ridimensionamento del ruolo dello Stato nazionale nell'economia, a fronte della cessione di consistenti quote di sovranità ad organismi sovranazionali di governo.

Due sono, in particolare, le conseguenze prese in esame da Massimo. La prima riguarda "il rigore del vincolo delle risorse, che costituisce ormai un limite insuperabile alle politiche sociali che comportano spesa". La seconda riguarda, invece, "il rigore dei principi di regolazione del mercato a livello comunitario, che inibiscono allo Stato forme occulte di sostegno all'occupazione attraverso il sostegno pubblico delle imprese".

Pur prendendo atto che l'Unione Europea non si è proposta, fino a quel momento, come soggetto attivo delle politiche dell'occupazione, D'Antona riconosce che, con il Trattato di Amsterdam, è avvenuta una svolta storica in materia, almeno rispetto al superamento di un approccio meramente mercatista e monetarista, in precedenza assolutamente dominante. I dispositivi di verifica, predisposti a livello comunitario, della qualità dei piani e delle politiche per l'occupazione nazionali hanno avuto il merito, da un lato, di introdurre indicatori per la misurazione delle azioni di intervento e dei loro effetti; da un altro lato, sul piano politico, di far sì che gli Stati si sottopongano reciprocamente a un giudizio collettivo.

Il ruolo delle istituzioni comunitarie, fondamentale di coordinamento e di valutazione delle politiche nazionali per l'occupazione, si è svolto in gran parte sul versante dell'*offerta di lavoro*, ossia attraverso quelle misure che favoriscono la "occupabilità" dei lavoratori: quindi, misure di qualificazione e adattabilità della forza lavoro; molto meno sul versante della *domanda di lavoro*.

Ma l'ideale europeo di "società attiva" – sottolinea D'Antona – non necessariamente identifica la "società attiva" soltanto con una "società di lavoratori", perché pone un forte accento anche sulla imprenditorialità medio-piccola. E qui Massimo sembra ascrivere all'Europa il merito di aver favorito, nel solco dei processi di trasformazione dell'economia e attraverso il riconoscimento delle libertà di circolazione degli operatori economici, il ricongiungimento – o, almeno, la marcia di progressivo riavvicinamento – del lavoro autonomo al diritto del lavoro.

Il lavoro autonomo, "oltre che come formula riassuntiva delle specie contrattuali che ruotano intorno al contratto d'opera, si ripropone come specie del medesimo genere al quale appartiene il lavoro subordinato, il genere del «lavoro senza aggettivi»"¹⁵⁵⁵. Ciò significa che se il diritto al lavoro va declinato come possibilità di accesso a qualsiasi forma di attività lavorativa, indipendentemente dalle modalità di esecuzione o svolgimento, il carattere personale della prestazione e il suo integrarsi nell'organizzazione del lavoro di un altro soggetto, là dove disarticola i confini della subordinazione in senso classico, pone il tema della estensione delle tutele, ossia di un "codice protettivo" che si proponga come comune denominatore al di là della dicotomia "autonomia/subordinazione"¹⁵⁵⁶.

Tre sono i dati che, in sintesi, emergono, secondo D'Antona, dal processo di integrazione europea:

a) il vincolo costituzionale *ex art. 4 Cost.* va affrontato dagli Stati come *partners* di una comunità allargata, in seno alla quale si pongono nuovi obiettivi, così come nuove esigenze di contemperamento tra interessi e valori spesso contrapposti. Non può, tuttavia, la perdita di quote di sovranità

¹⁵⁵⁵ M. D'Antona, *Diritto del lavoro di fine secolo*, cit., p. 235.

¹⁵⁵⁶ M. D'Antona, *La grande sfida delle trasformazioni del lavoro*, cit.; Id., *Diritto del lavoro di fine secolo*, cit.

essere invocata dagli Stati come un alibi per politiche attendiste o, peggio ancora, per politiche poco incisive o inefficienze sul versante occupazionale;

b) si impone una profonda revisione del sistema di *welfare*, troppo sbilanciato a favore degli occupati e su azioni di tipo risarcitorio, le quali non promuovono adeguatamente il superamento delle disegualianze: da qui, i rischi di segmentazione e dualismo, oltre che di conflitto tra generazioni;

c) nell'ambito del nostro contesto nazionale, il peso del "meridione" pone gli interrogativi sulla praticabilità di interventi di tipo straordinario, che tengano conto, però, dei vincoli comunitari, inclusi quelli sugli Aiuti di Stato, e siano, quindi, indirizzati sulle persone e non sulle imprese. A dire il vero D'Antona aveva già posto in luce, in termini più generali, le difficoltà di coordinamento tra centro e periferia, affrontando il tema della disarticolazione dei poteri nazionali non solo verso l'alto (l'Europa), ma anche verso il basso (le Regioni). Ciò lo porterà ad affermare – sottolineando la delicatezza delle funzioni di raccordo da svolgere a livello nazionale¹⁵⁵⁷ e quasi anticipando le problematiche che si sono poi proposte all'indomani della riforma, nel 2001, del Titolo V della Costituzione – che "il punto importante è di *standard*. Non è pensabile che in materia di collocamento, di tutela della disoccupazione e di altre protezioni fondamentali si rompa la solidarietà generale e nazionale". Dunque, "tutti i cittadini italiani hanno diritto a *standard* comuni". "La regionalizzazione potrebbe comportare un dislivello e questo sarebbe un fatto molto grave in una prospettiva di cittadinanza"¹⁵⁵⁸.

6. La nuova dimensione costituzionale-comunitaria del diritto al lavoro: la prevalenza dell'essere sull'aver.

Il diritto al lavoro, nella nuova dimensione costituzionale-comunitaria, è proiettato, secondo D'Antona, più sull' "essere" che sull'"avere", con ciò intendendo che – nel declino o nel superamento di un certo modello di società industriale, quindi di un certo modello d'impresa e di organizzazione produttiva – il diritto al lavoro, pur sempre in stretto legame con la crescita economica, va tradotto nelle condizioni che possano rendere la persona "impiegabile" e, soprattutto, "adattabile" ai nuovi contesti, piuttosto che nella garanzia di un lavoro da mantenere a tutti i costi, così continuando a perpetuare gli ormai tramontati miti della uniformità e della stabilità del posto di lavoro.

In questa posizione di Massimo si intravede la forte influenza delle esperienze europee più avanzate e, con essa, la consapevolezza, come ho detto in precedenza, delle tensioni tra ordinamenti nazionali e ordinamento europeo.

Ciò avviene già negli anni '90, quando ancora queste tensioni non sono così eclatanti come progressivamente sono diventate con l'allargamento dell'Unione. Per capire fino in fondo la portata di questo problema, è utile richiamare ora per sommi capi le tecniche di relazione tra i due ordinamenti, in pratica i metodi di compatibilità della produzione giuridica europea con gli assetti giuridici degli stati nazionali, sui quali influiscono sensibilmente fattori culturali e sociali: le cui diversità, spesso storiche, sono state rilevanti fin dall'inizio e col tempo sono divenute enormi.

¹⁵⁵⁷ M. D'Antona, *Possibili agenzie per l'impiego: Stato e regioni nel mercato del lavoro*, in *Lav. Dir.*, 1988, pp. 385.

¹⁵⁵⁸ M. D'Antona, *Dopo il vincolismo*, cit., p. 935.

Ovviamente, anche nel richiamare queste tecniche, conviene porre l'attenzione in particolare sulle politiche occupazionali, cui si è già fatto cenno prima, il cui coordinamento – manco a farlo apposta! – può considerarsi una sorta di *avanguardia regolativa*, nel rapporto tra ordinamenti. E così le vicende del c. d. "*Metodo Aperto di Coordinamento*" (MAC) delle politiche occupazionali, che proprio con il Trattato di Amsterdam entra a far parte del diritto primario dell'Unione, ci dicono che, a partire dalla fine del secolo scorso, è stata abbandonata l'idea di armonizzazione "classica", intesa come eliminazione delle differenze nazionali, e si è invece affermata l'idea dell'armonizzazione come *processo di differenziazione*. Che salvaguarda le differenze statali, ma lo fa "nel quadro di un ordinamento multinazionale unitario, anziché della realizzazione di un ordinamento comune"¹⁵⁵⁹.

Le politiche occupazionali *stricto jure* dovrebbero essere regolate solo con il MAC, quindi con regole non vincolanti, ma è chiaro che non è ininfluente, ai fini di quelle politiche – e anche di questo D'Antona era pienamente consapevole – la disciplina europea, ad esempio, di taluni istituti della flessibilità (quali il *part-time*, il lavoro a termine, l'orario di lavoro, oppure, di recente, la somministrazione di lavoro), che sono disciplinati a livello europeo con atti cogenti. In altri termini, se, formalmente, per espressa previsione del Trattato, le politiche occupazionali europee rappresentano il terreno privilegiato per gli strumenti di *soft law*, si tratta comunque di un settore indirettamente disciplinato dall'Unione pure da norme vincolanti, come è il caso delle direttive degli anni '90 sui lavori flessibili o sull'orario di lavoro, o quella del 2008 sul lavoro interinale tramite agenzia.

7. Gli alti e bassi nel coordinamento delle politiche occupazionali negli ultimi quindici anni.

Da quando Massimo non è più con noi, il coordinamento delle politiche occupazionali è stato caratterizzato da alti e bassi. Da un lato, una decina di anni fa, sembrava che il MAC potesse avere un'incidenza effettiva sulle politiche occupazionali degli Stati membri. Basti pensare che le conseguenze del procedimento previsto dal Trattato si avvertivano anche nell'ordinamento italiano. Infatti, la legge 30/2003, negli artt. 1, co. 1, e 2, co. 2, prevedeva che la delega al Governo per la riforma dei servizi per l'impiego e dei contratti a contenuto formativo dovesse essere esercitata nel rispetto, oltre che delle competenze affidate alle Regioni, anche "degli obiettivi indicati dagli orientamenti annuali dell'Unione europea in materia di occupazione"¹⁵⁶⁰.

Dall'altro lato, in tempi più recenti, la crisi incalzante ha dato luogo ad un aggiustamento del MAC attraverso l'articolazione su base triennale e non più annuale delle c. d. linee-guida. A ciò si è aggiunta la nascita delle misure c.d. di *flexicurity* volte a combinare flessibilità e sicurezza nel rapporto di lavoro. Tuttavia, la triennialità, che ha portato con sé la ripetitività delle linee-guida, ha prodotto un "affossamento" del coordinamento europeo delle politiche occupazionali. Ed anche le politiche di *flexicurity* si sono rivelate sostanzialmente inadeguate in contesti nazionali profondamente diversi da quelli nei quali erano sorte e dai quali erano state mutate (v. Olanda e Paesi scandinavi).

¹⁵⁵⁹ M. D'Antona, *Mercato unico europeo ed aree regionali deboli: le conseguenze giuridiche*, in *Lav. dir.*, 1992, p. 58.

¹⁵⁶⁰ Una previsione analoga, riferita al riordino delle forme contrattuali di lavoro, è ora contenuta nell'art. 4, co. 1, del disegno di legge delega (AS 1428/2014) del 3 aprile 2014, secondo il quale i principi e criteri direttivi da rispettare nell'esercizio della delega devono tenere conto anche "degli obiettivi indicati dagli orientamenti annuali dell'Unione europea in materia di occupabilità". Sul disegno di legge delega, v. L. Zoppoli, *Il "riordino" dei modelli di rapporto di lavoro tra articolazione tipologica e flessibilizzazione funzionale*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT - 213/2014.

8. Le più recenti fonti comunitarie sul diritto al lavoro e le politiche dell'occupazione. L'equivoca distinzione tra *diritti* e *principi*.

Dal 1999 ad oggi molto è cambiato anche nel discorso sui diritti sociali fondamentali. Un discorso già ricorrente nel pensiero di Massimo e al cui sviluppo egli avrebbe sicuramente dedicato i suoi sforzi ricostruttivi e interpretativi.

Anzitutto, nel 2000 è stata proclamata a Nizza la Carta dei diritti fondamentali, il cui art. 15 recita che "ogni individuo *ha il diritto di lavorare* e di esercitare una professione liberamente scelta o accettata". La Carta a quel tempo aveva solo valore politico¹⁵⁶¹. Dopo il fallimento del Trattato costituzionale europeo del 2004, il Trattato di Lisbona, sottoscritto nel 2007 ed entrato in vigore nel 2009¹⁵⁶², ha finalmente riconosciuto alle norme della Carta lo stesso valore delle norme del Trattato (art. 6 TUE)¹⁵⁶³.

Da allora si devono fare i conti concretamente con il valore giuridico della Carta, e quindi con l'efficacia del ricordato art. 15. A questo fine, occorre richiamare una distinzione di non poco conto: quella fra *diritti* e *principi*. I diritti sono immediatamente azionabili, mentre le disposizioni della Carta "che contengono dei principi possono essere attuate da atti legislativi ed esecutivi adottati da istituzioni, organi e organismi dell'Unione e da atti di Stati membri allorché essi danno attuazione al diritto dell'Unione" (art. 52, par. 5, della Carta).

Si va accreditando l'idea che la differenza fra diritti e principi si basi sulla formulazione delle norme. Le previsioni della Carta formulate in modo preciso ed incondizionato conferiscono ai singoli un diritto soggettivo perfetto, quindi invocabile; quelle invece dal contenuto più indeterminato si traducono in meri principi. Una distinzione che si collega logicamente al discorso – che pure a Massimo non sfugge – sulla effettività dei diritti fondamentali. E allora è abbastanza chiaro che l'art. 15 contenga un principio e non un diritto in senso stretto: con la conseguenza che la libertà professionale e il diritto di lavorare, per produrre effetti, necessitano di una ulteriore e più precisa determinazione mediante disposizioni del diritto dell'Unione o del diritto nazionale che attua il diritto dell'Unione.

Il principio di cui all'art. 15 non ha trovato, almeno espressamente, puntuali precisazioni nel diritto dell'UE. Di conseguenza questo principio, attualmente, altro non è che uno sprone alle istituzioni europee ad approvare normative che vadano in quella direzione. Per un altro verso, però, esso costituisce anche un importante criterio di interpretazione delle norme finora esistenti. Perciò si tratta in buona sostanza di un principio da valorizzare: perché contribuisce in ogni caso a realizzare il più possibile la libertà e il diritto al lavoro. E può aggiungersi che, sebbene il quadro

¹⁵⁶¹ In merito, v., *ex multis*, B. Veneziani, *Nel nome di Erasmo da Rotterdam. La faticosa marcia dei diritti sociali fondamentali nell'ordinamento comunitario*, in *Riv. giur. lav.*, 2000, p. 779.

¹⁵⁶² Sull'evoluzione dell'Unione europea, v. F. Carinci, *Piano, piano Dolce Carlotta: cronaca di un'Europa in cammino*, in F. Carinci, A. Pizzoferrato (a cura di), *Diritto del lavoro dell'Unione europea*, vol. IX, *Diritto del lavoro*, Commentario diretto da F. Carinci, Utet, 2010, p. 1.

¹⁵⁶³ Sul punto v., più di recente, M. Delfino, *La Corte e la Carta: un'interpretazione "utile" dei diritti e dei principi sociali fondamentali. Considerazioni a partire dal caso Association de médiation sociale*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".INT – 103/2014, e in DLM, 2014, p. 175; G. Fontana, *Crisi economica ed effettività dei diritti sociali in Europa*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".INT – 104/2014. V. altresì A. Alaimo, B. Caruso, *Dopo la politica i diritti: l'Europa "sociale" nel Trattato di Lisbona*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".INT – 82/2010; B. Caruso, M.G. Militello (a cura di), *I diritti sociali tra ordinamento comunitario e Costituzione italiana: il contributo della giurisprudenza multilivello*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona". *Collective Volumes - 1/2011*, p. 87; R. Mastroianni, *I diritti fondamentali dopo Lisbona tra conferme europee e malintesi nazionali*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2010, 4, p. XXI ss.

normativo sia ancora parzialmente incompleto quanto ai diritti sociali in generale, e al diritto di lavorare in particolare, la sostanziale costituzionalizzazione di questi diritti, avvenuta nel corso degli anni 2000, costituisce una tappa importante. Essa infatti dimostra, se non una vera e propria inversione di tendenza rispetto alla situazione criticata da Massimo D'Antona nel 1999 – secondo il quale "i principi costitutivi dell'Unione europea evidenziano il rilievo centrale del mercato rispetto ai diritti sociali" – almeno l'inizio di un nuovo percorso in Europa: quello di mettere in discussione il primato delle *libertà del mercato* e di aprire qualche spiraglio ai *diritti sociali fondamentali*.

Come dire che, rispetto al silenzio o alla vaghezza delle fonti precedenti, il citato art. 15 è un piccolo passo in avanti, sebbene per ora soprattutto di carattere retorico e, dunque, parecchio insufficiente. Non si può infatti tacere che, dietro la distinzione tra diritti e principi, si nasconde questa grave contraddizione logica: affermare con enfasi il principio che tutti hanno il diritto di lavorare e, nello stesso tempo, paralizzare, con misure economico-finanziarie, gli strumenti necessari a rendere effettivo tale diritto. Riprendendo la frase di Massimo citata all'inizio, va denunciato con forza che il diritto al lavoro continua a non esser preso sul serio dall'Europa!

Con il suo *soft law* in materia di politiche occupazionali; con la sua *austerità* che colpisce tanta gente che lavora o che cerca di lavorare; con le sue promesse di trasformare l'occupazione stabile in occupabilità, l'Europa non fa altro che ributtare dalla finestra il diritto al lavoro fatto entrare dalla porta. In altre parole, se un "diritto" viene ridotto a un "principio", lo si fa schiacciare da condizionamenti fatti passare per dogmi scolpiti nella pietra, laddove essi altro non sono che precise scelte politiche. Beninteso, nessuno può illudersi – e tanto meno poteva farlo Massimo, quindici anni fa – di vedere affermato il diritto al lavoro in una norma europea c. d. precettiva. Che conferisce al singolo un diritto soggettivo provvisto di azione da far valere in un Tribunale, ma – questo sì! – ci si può aspettare almeno di vedere riconosciuto, accanto all'affermazione del principio che tutti hanno il diritto di lavorare, l'obbligo degli Stati di apprestare le condizioni indispensabili a rendere effettivo il diritto al lavoro e, nello stesso tempo, l'obbligo dell'Unione Europea di promuovere e agevolare l'allestimento di tali condizioni. In pratica, né più né meno di quanto afferma l'art. 4, comma 1, della nostra Carta: la cui importanza fondamentale, più che nel riconoscimento del diritto al lavoro – proclamazione necessaria, ma non sufficiente – sta proprio in quel "promuove le condizioni....." per renderlo effettivo. È appunto su questo piano per così dire "strumentale" che si svolge la partita decisiva: perché promuovere le condizioni per rendere effettivo il diritto al lavoro significa inventare un grande "piano europeo per l'occupazione".

Queste condizioni, infatti, sono numerose e della più diversa natura: dalle politiche economiche alle politiche industriali; dagli investimenti pubblici al sostegno degli investimenti privati ad opera del settore bancario, specie per le piccole e medie imprese; dalle politiche attive del lavoro (mirate per settori merceologici e per territori), alla creazione di moderne ed efficienti istituzioni per la formazione e per l'incontro tra domanda e offerta di lavoro sfruttando le migliori tecnologie informatiche; dalla sburocratizzazione degli apparati pubblici alla promozione culturale e al miglioramento dell'organizzazione civile e sociale (trasporti, sanità, asili nido: tutti servizi indispensabili, tra l'altro, a garantire anche una vera parità tra uomini e donne nel lavoro, che all'Europa sta particolarmente a cuore).

Un piano del lavoro di queste proporzioni sicuramente farebbe superare la mentalità ancora nazionale di alcuni stati e la resistenza di alcuni paesi a cedere all'Unione pezzi di sovranità statale, se non altro perché abbatterebbe il *dumping* sociale tra i paesi dell'Unione. Ed inoltre attuerebbe

concretamente quanto previsto dall'art. 152 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea circa il coinvolgimento delle parti sociali: le quali, con molta probabilità, sarebbero indotte ad abbandonare vecchi pregiudizi, passando dalla logica di un conflitto permanente a quella di una ponderata partecipazione.

La verità è che un cambiamento di così grande portata tuttora dista anni-luce dalla mentalità di quanti oggi detengono le chiavi del potere economico-sociale dell'Europa (e forse del mondo) e alimentano il sospetto – che D'Antona allora non poteva avere – che i sintomi della crisi iniziata alla fine del secolo scorso, e aggravatasi nel corso del primo decennio di questo secolo, altro non erano – per dirla con Luciano Gallino e Umberto Romagnoli – che segni anticipatori di una *lotta di classe alla rovescia*, che oggi sta attraversando il pianeta: con buona pace del costituzionalismo di un'Europa che così tradisce se stessa! E però non mancano altri segni premonitori a dirci che forse non sarà sempre così!

Prospettive di politica e diritto del lavoro: di *compromesso in compromesso* cresce la *flessibilità*, ma non solo (prime riflessioni su *Jobs act* e dintorni)*

Michele De Luca

1. Di <i>compromesso in compromesso</i> cresce la <i>flessibilità</i> : impostazione del tema d'indagine e considerazioni generali.	549
2. Segue: flessibilizzazione del primo contratto di lavoro a tempo determinato acausale.	551
3. Segue: <i>flessibilizzazione</i> del contratto di apprendistato.	555
4. Segue: <i>flessibilizzazioni</i> nel disegno di legge delega.	557
5. Prospettive di politica e diritto del lavoro: sistema delle fonti e ruolo del giudice.	558
6. Segue: la riforma oltre le <i>flessibilizzazioni</i> .	561
7. Segue: strategia complessiva in funzione dell'obiettivo occupazionale.	563

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 217/2014

1. Di compromesso in compromesso cresce la flessibilità: impostazione del tema d'indagine e considerazioni generali.

La *strategia* di politica e diritto del lavoro risulta definita – allo stato – soltanto nelle linee essenziali.

E può essere ricostruita, di conseguenza, in termini necessariamente problematici.

Infatti è stata affidata, essenzialmente, ad un decreto legge¹⁵⁶⁴ – che ha subito modifiche, in sede di conversione, fin dalla *prima lettura parlamentare*¹⁵⁶⁵ – e ad un disegno di legge delega¹⁵⁶⁶, del quale non pare agevole prevedere gli esiti normativi finali.

La probabile evoluzione, nel corso delle *letture parlamentari*, dello stesso disegno di legge delega – tanto più ove se ne consideri, con l'*ampiezza* della delega, il programmato *esame congiunto* con altri disegni di legge¹⁵⁶⁷ – si coniuga, infatti, con la *discrezionalità* del legislatore delegato, sia pure entro i limiti dei *principi e criteri direttivi* della delega.

In tale ambito, poi, l'indagine non può che limitarsi ad una prima *interpretazione a fini applicativi*¹⁵⁶⁸, senza alcuna pretesa di influire sulle prospettive di riforma.¹⁵⁶⁹

Né si può prescindere – nell'indagine sulle attuali prospettive – dalla riforma del mercato del lavoro immediatamente precedente.¹⁵⁷⁰

¹⁵⁶⁴ Decreto legge n. 34 del 20 marzo 2014, convertito, con modificazioni, nella legge 16 maggio 2014, n. 78 (in Gazzetta ufficiale n. 114 del 19 maggio 2014), recante *disposizioni urgenti per favorire il rilancio dell'occupazione e per la semplificazione degli adempimenti a carico delle imprese*.

Per un *primo commento* del decreto legge convertito – sopravvenuto nelle more della pubblicazione di questo saggio – vedi M. TIRABOSCHI (a cura di), *Jobs act: il cantiere aperto delle riforme del lavoro*, ADAPT LABOUR STUDIES e-Book series 25, 28 maggio 2014.

¹⁵⁶⁵ Vedi AC 2208 A, recante il testo del decreto legge n. 34 del 2013, come modificato – sin dalla *prima lettura* parlamentare del disegno di legge di conversione (AC 2208) – dalla Commissione lavoro, in sede referente, e dall'assemblea della Camera dei Deputati (all'esito del voto di fiducia).

¹⁵⁶⁶ Vedi AS 1428, *Deleghe al Governo in materia di riforma degli ammortizzatori sociali, dei servizi per il lavoro e delle politiche attive, nonché in materia di riordino dei rapporti di lavoro e di sostegno alla maternità e alla conciliazione dei tempi di vita e di lavoro*.

¹⁵⁶⁷ Vedi il verbale della seduta del 16 aprile 2014 della Commissione lavoro del Senato, dal quale risulta stabilito l'esame congiunto – assumendo, come *testo base*, lo stesso disegno di legge delega (AS 1428) – di 26 disegni di legge – parimenti alla prima lettura parlamentare – e di uno, già approvato dall'altro ramo del Parlamento (AS 1409, *Disposizioni in materia di modalità per la risoluzione consensuale del contratto di lavoro per dimissioni volontarie*).

¹⁵⁶⁸ Vedi, per tutti, P. FEMIA (a cura di), *Interpretazione ai fini applicativi e legittimità costituzionale*, Esi, Napoli, 2006, *passim*.

¹⁵⁶⁹ Da sede affatto estranea – per così dire – al *processo di governo*: vedi, per tutti, A.F. BENTLEY, *Il processo di governo*, Milano, Giuffrè, 1983, *passim*.

¹⁵⁷⁰ Si tratta della legge 28 giugno 2012, n. 92 *Disposizioni in materia di riforma del mercato del lavoro in una prospettiva di crescita* (c.d. *Riforma Fornero del mercato del lavoro*).

La dottrina sulla *riforma Fornero* è molto ampia. Vedi, per tutti:

F. CARINCI, *Ripensando il "nuovo" art. 18 dello Statuto dei lavoratori – che costituisce lo sviluppo del pensiero* (dello stesso autore), *riprendendo ed ampliando quanto già scritto in saggi precedenti* – WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 172/2013, al quale si rinvia per riferimenti ulteriori;

M. DE LUCA, *Riforma della tutela reale contro i licenziamenti al tempo delle larghe intese: riflessioni su un compromesso necessario*, in Riv. It. dir. lav., 2013, I, 3 e WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 164/2013; ID., *La disciplina dei licenziamenti fra tradizione e innovazione: per una lettura conferme a costituzione*, in Arg. dir. lav., 2014, I1345 e WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 175/2013.

1.1. La *matrice compromissoria* – diffusamente riconosciuta alla riforma precedente¹⁵⁷¹ – pare comune, infatti, alle prospettive attuali di riforma.

Entrambe risentono, invero, del medesimo *stato dei rapporti di forza* tra i portatori degli interessi in contrasto.

La *strana maggioranza* – che ha sostenuto, con il *governo tecnico* di allora, la precedente riforma del mercato del lavoro – sembra sostenere, adesso, il *governo politico*, che ne propone le attuali prospettive di riforma.

Ancora una volta l'intesa, forse, meno larga – tra *portatori di interessi in contrasto* – impone il contenuto *compromissorio*, appunto, delle attuali *prospettive di riforma*, nelle quali confluiscono, infatti, contributi di segno politico diverso.

Di rilievo decisamente minore pare, adesso, il coinvolgimento delle parti sociali nella definizione delle attuali prospettive di riforma: dopo la *concertazione*, pare *archiviata*, infatti, anche la *consultazione*.

1.2. Nella riforma precedente, invero, risultava palesemente *pro labour* la *rigidità in entrata* – imposta a *tipologie contrattuali flessibili* – e di segno contrario la *flessibilità in uscita*, affidata – essenzialmente – alla sostanziale *destrutturazione* del sistema di *tutela reale* contro i licenziamenti *illegittimi*.

Non mancavano, tuttavia, incursioni di *flessibilità* – nell'area della *rigidità in entrata* – quale, ad esempio, la *acausalità* del primo contratto a termine.

Né incursioni di *rigidità* – nell'area della *flessibilità in uscita* – quale la estensione della tutela reale, rimasta immutata per i licenziamenti discriminatori, a licenziamenti nulli che, in precedenza, davano luogo soltanto alla continuità, senza soluzione, del rapporto di lavoro.¹⁵⁷²

Le attuali prospettive di riforma risultano, invece, connotate – essenzialmente, ma non esclusivamente – dalla estensione ed intensificazione della *flessibilità in entrata*, ferma restando, tuttavia, la *flessibilità in uscita*.

Le ricadute della *matrice compromissoria* – sulle attuali prospettive di riforma, come sulla riforma precedente – non sono prive di rilievo sul piano ermeneutico.¹⁵⁷³

¹⁵⁷¹ Vedi M. DE LUCA, *Riforma della tutela reale contro i licenziamenti al tempo delle larghe intese: riflessioni su un compromesso necessario*, cit., § 1 ed, ivi, riferimenti ulteriori, spec. nota 8.

¹⁵⁷² La nullità dava luogo soltanto alla continuità, senza soluzione, del rapporto di lavoro, ad esempio, nei casi di licenziamento per causa di matrimonio oppure in periodo di divieto per gravidanza o puerperio: vedi, per tutte, Cass. 10 luglio 2009, n. 16305 (Foro it. 2010, I, 103, con nota di richiami, alla quale si rinvia) e, rispettivamente, Cass. 16 febbraio 2007, n. 3620 (ID, 2007, I, 1453, con nota di richiami, alla quale si rinvia).

¹⁵⁷³ Vedi – con riferimento alla riforma precedente – M. DE LUCA, *Riforma della tutela reale contro i licenziamenti al tempo delle larghe intese: riflessioni su un compromesso necessario*, cit., spec. § 1.

2. Segue: flessibilizzazione del primo contratto di lavoro a tempo determinato acausale.

L'*acausalità* del primo contratto di lavoro a tempo determinato – introdotta dalla riforma precedente¹⁵⁷⁴ – risulta estesa – e, per così dire, intensificata – nelle attuali prospettive di riforma.¹⁵⁷⁵

2.1. Infatti la maggiore durata del *contratto acausale* – elevata da dodici a trentasei mesi, nel decreto legge – si coniuga con il maggiore numero delle *proroghe* consentite, che è passato da uno ad otto ed è stato, poi, ridotto a cinque – in sede di conversione – fin dalla prima lettura parlamentare.¹⁵⁷⁶

2.2. La prospettata *flessibilizzazione* risulta, tuttavia, temperata dal *tetto* – imposto ai contratti *acausali* – nella misura del venti per cento: riferita all'*organico complessivo* del datore di lavoro – nel testo originario del decreto legge – ma limitata ai soli lavoratori a tempo indeterminato – in sede di conversione – fin dalla prima lettura parlamentare).¹⁵⁷⁷

Tanto più la conclusione proposta si impone se – per il superamento del *tetto* (del venti per cento, appunto) – fosse comminata la sanzione *in forma specifica* – di *conversione* in contratto di lavoro a tempo indeterminato – per i contratti *oltre il tetto*: siccome stabilito – in sede di conversione – fin dalla prima lettura parlamentare.¹⁵⁷⁸

2.3. Nel testo definitivo¹⁵⁷⁹, tuttavia, è comminata soltanto una sanzione amministrativa pecuniaria – commisurata alla *durata del rapporto* ed al *numero dei lavoratori assunti in violazione del limite percentuale* – i cui *maggiori introiti* sono destinati al Fondo sociale per occupazione e formazione.

Nulla è previsto, invece, a favore del lavoratore assunto *oltre il tetto*.

Può ritenersi, tuttavia, che il rapporto di lavoro – sebbene *in violazione del limite percentuale* – prosegua fino alla scadenza del termine.¹⁵⁸⁰

¹⁵⁷⁴ Vedi articolo 1, comma 9, lettera b, della legge n. 92 del 2012, cit.

¹⁵⁷⁵ Vedi art. 1 decreto-legge n. 34 del 20 marzo 2014, convertito, con modificazioni, nella legge 16 maggio 2014, n. 78, cit.

¹⁵⁷⁶ Vedi AC 2208 A, cit.

¹⁵⁷⁷ Vedi AC 2208 A, cit.

¹⁵⁷⁸ Vedi AC 2208 A, cit.

¹⁵⁷⁹ Fin da AS 1464 A, recante il testo del decreto legge n. 34 del 2013, come modificato – sin dalla *seconda lettura* parlamentare del disegno di legge di conversione (AS 1464) – dalla Commissione lavoro, in sede referente, e dall'assemblea del Senato della Repubblica (all'esito del voto di fiducia). Lo stesso testo non ha subito modifiche – nel corso della *terza lettura parlamentare* dinanzi alla Camera dei deputati (AC 2208 B) – e risulta, quindi, trasfuso nel testo definitivo del *decreto legge convertito*.

¹⁵⁸⁰ Siccome auspicato dall'*ordine del giorno* del relatore (G/1464/22/11) – approvato nella seduta del 5 maggio 2014 della Commissione lavoro del Senato – che *“impegna il Governo ad adottare atti interpretativi utili a chiarire che in ogni caso i contratti a termine oggetto della violazione della percentuale consentita sono validi e proseguono fino alla scadenza inizialmente stabilita dalle parti”*.

Mentre resta da domandarsi se lo stesso lavoratore possa avanzare altre pretese – alla luce dei principi generali – in dipendenza della prospettata *violazione*.¹⁵⁸¹

2.4. Contestualmente¹⁵⁸², risulta previsto l'esonero dal *tetto* per i contratti di lavoro a tempo determinato, stipulati tra istituti pubblici ed enti privati di ricerca e "*lavoratori chiamati a svolgere in via esclusiva attività di ricerca scientifica o tecnologica, di assistenza tecnica alla stessa o di coordinamento e direzione della stessa*".

Infatti i contratti di lavoro a tempo determinato – aventi per oggetto, in via esclusiva, lo svolgimento di *attività di ricerca scientifica* – possono avere *durata pari a quella del progetto al quale si riferiscono*.

Coerentemente, la durata di tali contratti può eccedere – al pari della durata del progetto – i trentasei mesi.

2.5. Del pari contestualmente¹⁵⁸³, risulta introdotta, altresì, la *disciplina transitoria* (articolo 2 bis) – comune alle modifiche in materia di contratto di lavoro a tempo determinato e di contratto di apprendistato (di cui agli articoli 1 e 2) – in forza della quale (comma 1) le innovazioni introdotte (dagli stessi articoli 1 e 2) "*si applicano ai rapporti di lavoro costituiti a decorrere dalla data di entrata in vigore del decreto legge*".

Per quanto riguarda i contratti di lavoro a tempo determinato (di cui all'articolo 1), tuttavia, "*conservano efficacia, se diversi, i limiti percentuali già stabiliti dai vigenti contratti collettivi nazionali di lavoro*" (comma 2).

Peraltro, il datore di lavoro – che, alla data di entrata in vigore del decreto legge, abbia in corso rapporti di lavoro a termine che comportino il superamento del *tetto* previsto dallo stesso decreto – "*è tenuto a rientrare nel predetto limite entro il 31 dicembre 2014, salvo che un contratto collettivo applicabile nell'azienda*¹⁵⁸⁴ *disponga un limite percentuale o un termine più favorevole*" (comma 3).

Per la permanenza del *superamento del tetto* – dopo la scadenza del termine fissato per il *rientro* – è previsto soltanto (comma 3, ultimo periodo) che il datore di lavoro "*non può stipulare nuovi contratti di lavoro a tempo determinato fino a quando non rientri nel limite percentuale (.....)*".

¹⁵⁸¹ La *flessibilizzazione* risulterebbe, addirittura, illimitata nella ipotesi – proposta, motivatamente, in sede interpretativa – di *somministrazione a tempo determinato acausale* – senza limiti di durata (di 36 mesi) e senza *tetto* (del 20 per cento) – che non porrebbe, peraltro, problemi di compatibilità con l'ordinamento dell'Unione europea (Corte giust. UE 11 aprile 2013, in causa C 290/12, Foro it., 2013, IV, 257): in tal senso vedi A. BOTTINI, *Somministrazione a tempo senza limiti per l'impresa*, Il sole 24 ore, Norme e tributi, 19 maggio 2014, ID., *Per la somministrazione niente vincoli quantitativi*, ibidem, 28 maggio 2014.

In senso parzialmente diverso, vedi M. TIRABOSCHI, *Somministrazione a termine con il limite del 20%*, Il sole 24 ore, Norme e tributi, 27 maggio 2014.

Non è questa la sede, tuttavia, per affrontare *funditus* la questione prospettata.

¹⁵⁸² Vedi AS 1464 A, cit.

¹⁵⁸³ Vedi AS 1464 A, cit.

¹⁵⁸⁴ Quale che ne sia il livello.

Ne risulta, vieppiù, che il rapporto di lavoro – che non *rientri*, tempestivamente, nel *tetto* – prosegua fino alla scadenza del termine.¹⁵⁸⁵

Mentre non trova applicazione – nel difetto di qualsiasi *violazione* – la sanzione amministrativa, comminata per il *superamento del tetto*, né pare configurabile alcuna pretesa da parte del lavoratore occupato *oltre il tetto*.

2.6. Restano, comunque, problemi di compatibilità con il diritto dell'Unione europea.¹⁵⁸⁶

Intanto non pare dubbio che il primo ed unico contratto di lavoro a tempo determinato *acausale* rientri nel *campo d'applicazione* (clausola 2) della direttiva¹⁵⁸⁷ e, come tale, sia soggetto a tutte le *clausole* della direttiva stessa, fatta eccezione per le esplicite esclusioni.

Fra queste esclusioni sembra rientrare – ma risulta, talora, contestato, anche in sede parlamentare¹⁵⁸⁸ – la clausola 5.

Infatti reca “*misure di prevenzione degli abusi derivanti dall'utilizzo* – non già dell'unico contratto, ma – *di una successione di contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato*”.

Coerente risulta, poi, la previsione esplicita della stessa clausola (§ 1, lettere a, b, c) – quali *misure di prevenzione* alternative – di:

- *ragioni obiettive per la giustificazione del rinnovo* del contratto e non già della stipulazione dell'unico contratto;

¹⁵⁸⁵ Siccome auspicato dall'*ordine del giorno* del relatore (G/1464/22/11) – approvato nella seduta del 5 maggio 2014 della Commissione del Senato – cit.

¹⁵⁸⁶ Vedi M. DE LUCA, *Diritti di lavoratori flessibili, anche alle dipendenze di amministrazioni pubbliche: patrimonio costituzionale comune versus declino delle garanzie*, relazione all'incontro di studio su *La disciplina del lavoro pubblico: rilevanza e limiti della privatizzazione*, organizzato dalla Scuola superiore della magistratura (Villa di Castel Pucci, Scandicci, sede della Scuola, 3-4 aprile 2014), WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 211/2014, spec. § 5.2. ss.

¹⁵⁸⁷ Direttiva 1999/70/Ce di attuazione dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato.

¹⁵⁸⁸ Vedi, da ultimo, il *dossier* della Camera dei Deputati sul decreto legge n. 34 del 214, che – ritenendo applicabile, appunto, la clausola 5 della direttiva – perviene alle conclusioni seguenti:

“*Alla luce del quadro normativo e giurisprudenziale comunitario, pertanto, l'eliminazione della causale per i contratti a termine non configura un contrasto con la normativa comunitaria, in considerazione del fatto che la normativa vigente prevede comunque misure volte alla prevenzione di abusi (durata massima totale dei contratti a termine successivi; pause nel caso di rinnovi del contratto; sanzione della trasformazione in contratto a tempo indeterminato), cui si aggiungono quelle introdotte dal decreto-legge in esame (numero massimo di otto proroghe; limite quantitativo alla stipula di contratti a termine da parte di uno stesso datore di lavoro, pari al 20% dell'organico complessivo)*”.

Analogamente, il Senatore Pietro Ichino, *relatore*, nella seduta del 30 aprile 2014 della Commissione lavoro del Senato, ha osservato: “*Sul tema dei limiti ai contratti a termine, considera improprio il rilievo di incompatibilità con la norma europea, dal momento che la direttiva dell'Unione richiede l'apposizione di un solo limite cronologico o quantitativo al rinnovo dei contratti, mentre il provvedimento del Governo contingente l'utilizzo dello strumento sia nell'uno che nell'altro senso*”.

Meritano condivisione, invece, le contestuali conclusioni dello stesso Senatore Ichino – circa la *inconferenza* della sentenza della Corte costituzionale n. 41 del 2000, che ha dichiarato la inammissibilità del referendum abrogativo della legge sui contratti a termine allora in vigore (legge n. del 1962) – sebbene la *ratio decidendi* riposi sul rilievo che la legge investita reca la *conformazione anticipata* alla direttiva in materia e non già sul rilievo che la proposta referendaria fosse “*atta a rimuovere qualsiasi limite alla stipulazione di contratti a termine*” (come prospetta il Sen. Ichino).

- *durata massima totale dei contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato successivi* e non già dell'unico contratto o rapporto;
- *numero massimo dei rinnovi*.

2.7. Tuttavia la direttiva non reca alcuna clausola specifica in tema di primo contratto di lavoro a tempo determinato.

2.8. La Corte di giustizia, pertanto, dovrebbe essere chiamata a stabilire se la direttiva rechi, effettivamente, quel *principio generale* – che il nostro legislatore le attribuisce¹⁵⁸⁹ – secondo cui *“il rapporto di lavoro subordinato è normalmente a tempo indeterminato, costituendo l'apposizione del termine una ipotesi derogatoria pur nel sistema, del tutto nuovo, della previsione di una clausola generale legittimante l'apposizione del termine “per ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo” (...).”*¹⁵⁹⁰

Solo se previsto effettivamente dalla direttiva, infatti, tale principio non sarebbe derogabile da legislazioni nazionali e se ne potrebbe, peraltro, demandare l'interpretazione – mediante rinvio pregiudiziale – alla Corte di giustizia dell'Unione europea.

2.9. Per la soluzione positiva della questione prospettata, tuttavia, sembra cospirare più di una ragione.

Intanto *“i contratti a tempo indeterminato sono e continueranno ad essere la forma comune del rapporto di lavoro”* – si legge in apertura del *preambolo* (ed, in sostanziale conformità, al punto 6 delle *considerazioni generali*) dell'accordo-quadro – pur riconoscendo contestualmente, tuttavia, che *“i contratti a tempo determinato rispondono, in alcune circostanze, sia alle esigenze dei datori di lavoro sia a quelle dei lavoratori”*.

Coerentemente, *“l'utilizzazione di contratti del lavoro a tempo determinato”* – come pure si legge nell'accordo-quadro (punto 7 delle *Considerazioni generali*) – *“è basata su ragioni oggettive”*.¹⁵⁹¹

¹⁵⁸⁹ *“Con l'articolo 1 del decreto legislativo 6 settembre 2001, n. 368, anche anteriormente alla modifica introdotta dall'articolo 39 della legge 247 del 2007”*: così, testualmente, la giurisprudenza *consolidata* della Corte di cassazione (vedi *infra*).

¹⁵⁹⁰ In tal senso è la giurisprudenza *consolidata*: vedi, per tutte, Cass. 21 maggio 2008, n. 12985, in Foro it., 2008, I, 3569, con nota di A.M. PERRINO, *Il paradosso del contratto a termine: l'enfasi dei principi e la «Realpolitik» delle regole*; 1 febbraio 2010, n. 2279, Foro it. 2010, I, 1169, con nota di richiami; 27 marzo 2014, n. 7244.

¹⁵⁹¹ È ben vero che il *preambolo* di una direttiva ed, in genere, di un atto dell'Unione europea non può essere fatto valere né per derogare alle disposizioni stesse dell'atto di cui trattasi né per interpretare tali disposizioni in un senso manifestamente contrario alla loro formulazione (v., in particolare, sentenze del 25 novembre 1998, Manfredi, C-308/97, Racc. pag. I-7685, punto 30; del 24 novembre 2005, Deutsches Milch-Kontor, C-136/04, Racc. pag. I-10095, punto 32; del 2 aprile 2009, Tyson Parketthandel, C-134/08, Racc. pag. I-2875, punto 16, del 28 giugno 2012, Caronna, C-7/11, punto 40; e del 11 aprile 2013, C-290/12, punto 38).

Resta, tuttavia, il problema se dal *preambolo* possa ricavarsi – senza derogare alcuna disposizione – un *principio*, in ipotesi anche implicito, di una direttiva.

Tali *ragioni* sembrano, quindi, elementi essenziali del tipo contrattuale del lavoro a tempo determinato, appunto, e ne configurano la *specialità*.

2.10. Né rileva, in contrario, la *definizione* di "*lavoratore a tempo determinato*" (clausola 3 dell'accordo-quadro) come "*persona con un contratto o rapporto di lavoro (.....) il cui termine è determinato da condizioni oggettive, quali il raggiungimento di una certa data, il completamento di un compito specifico o il verificarsi di un evento specifico*".¹⁵⁹²

La *definizione* pare volta, infatti, a delimitare il campo d'applicazione della direttiva.

Di conseguenza, le fattispecie concrete – *sussumibili* nella definizione – sono soggette alla disciplina della direttiva, a cominciare dai requisiti essenziali del *tipo contrattuale*, quali, appunto, le "*ragioni oggettive*".

Coerente risulta, pertanto, l'esplicita previsione della *facoltà* degli stati membri di escludere – dal campo d'applicazione della direttiva (clausola 2 dell'accordo-quadro) – alcuni contratti di lavoro (quali i contratti di formazione, di apprendistato, d'inserimento).

Tali contratti, infatti, rientrano nella definizione ricordata – essendone "*il termine determinato da condizioni oggettive*" – e, in difetto della espressa esclusione, sarebbero stati soggetti alla disciplina della direttiva.

Non resta che attendere la decisione della Corte di giustizia, opportunamente investita da rinvio pregiudiziale oppure in sede di procedura d'infrazione.

3. Segue: *flessibilizzazione del contratto di apprendistato.*

Di minore rilievo sembrano le *flessibilità*, che – in materia di apprendistato – risultano introdotte dallo stesso decreto legge.¹⁵⁹³

3.1. Intanto la *forma scritta* – esclusa, per il *piano formativo individuale*, nel testo originario del decreto legge – risulta introdotta e, contestualmente, limitata – in sede di conversione, fin dalla prima lettura parlamentare¹⁵⁹⁴ – al *piano redatto con modalità semplificate* (anche *sulla base di moduli e formulari stabiliti dalla contrattazione collettiva o dagli enti bilaterali*).

3.2. Quanto all'*offerta formativa pubblica*, poi, l'utilizzazione risultava affidata – nel testo originario del decreto legge – alla *facoltà* del datore di lavoro.

¹⁵⁹² Vedi M.DE LUCA, *Direttiva comunitaria in materia di lavoro a tempo determinato: attuazione nei paesi dell'Unione europea*, cit., spec. § 4

¹⁵⁹³ Vedi arti colo 2 del decreto legge n. 34 del 20 marzo 2014, convertito, con modificazioni, nella legge 16 maggio 2014, n. 78, cit..

¹⁵⁹⁴ Vedi AC 2208 A, recante il testo del decreto legge n. 34 del 2013, come modificato – sin dalla *prima lettura* parlamentare del disegno di legge di conversione (AC 2208) – dalla Commissione lavoro, in sede referente, e dall'assemblea della Camera dei Deputati (all'esito del voto di fiducia).

Mentre gli è stato imposto l'*obbligo di avvalersene* – parimenti in sede di conversione, fin dalla prima lettura parlamentare¹⁵⁹⁵ – contestualmente prevedendo che lo stesso obbligo viene meno nel caso in cui la Regione non comunichi le *modalità per usufruirne* entro quarantacinque giorni dall'instaurazione del rapporto di lavoro con l'apprendista.¹⁵⁹⁶

3.3. Nel testo definitivo¹⁵⁹⁷, la *formazione pubblica* resta obbligatoria, anche per evitare problemi di *compatibilità con l'ordinamento dell'Unione europea*.

È stato *aggiunto*, tuttavia, che la regione deve comunicare al datore di lavoro – entro il termine stabilito contestualmente (quarantacinque giorni dalla comunicazione dell'instaurazione del rapporto) – *“le modalità di svolgimento dell'offerta formativa pubblica, anche con riferimento alle sedi e al calendario delle attività previste, avvalendosi anche dei datori di lavoro e delle loro associazioni che si siano dichiarate disponibili (.....)”*.

3.4. Parimenti nel testo definitivo¹⁵⁹⁸, è stabilito, altresì, che i contratti collettivi di lavoro, stipulati da associazioni di datori e prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, possono prevedere – per le regioni e province autonome, che abbiano definito un *sistema di alternanza scuola-lavoro* – *“specifiche modalità di utilizzo del contratto di apprendistato, anche a tempo determinato, per lo svolgimento di attività stagionali (...)”*.

3.5. Per quanto riguarda, poi, la *stabilizzazione* degli apprendisti – cioè la loro assunzione, con contratto di lavoro a tempo indeterminato, a conclusione del periodo di apprendistato – ne era stato, bensì, soppresso – nel testo originario del decreto legge – l'obbligo a carico del datore di lavoro.

Lo stesso obbligo, tuttavia, risulta reintrodotta – parimenti in sede di conversione, fin dalla prima lettura parlamentare¹⁵⁹⁹ – e sottoposto, contestualmente, a limiti quanto a *percentuale di stabilizzazione* ed a livello occupazionale delle imprese soggette all'obbligo: pari al venti per cento degli apprendisti e, rispettivamente, al livello occupazionale di venti dipendenti (in luogo del trenta per cento e, rispettivamente, dei dieci dipendenti, previsti dalla disciplina precedente).

¹⁵⁹⁵ Vedi AC 2208 A, cit.

¹⁵⁹⁶ Non può essere, tuttavia, trascurato che – nell'ipotesi di apprendistato, con formazione esclusivamente aziendale – dev'essere, in ogni caso, riconosciuto alle regioni un ruolo di stimolo e di controllo dell'attività formativa: vedi Corte cost. 14 maggio 2010, n. 176, In materia di apprendistato, appunto (Riv. it. dir. lav., 2010, II, 1059 con note di GARATTONI, BARBIERI e CIUCCIOVINO), annotata anche da CARMINATI (in Dir. relazioni ind., 2010, 447) e da D'ONGHIA (in Riv. giur. lav., 2010, II, 641).

¹⁵⁹⁷ Fin da AS 1464 A, recante il testo del decreto legge n. 34 del 2013, come modificato – sin dalla *seconda lettura* parlamentare del disegno di legge di conversione (AS 1464) – dalla Commissione lavoro, in sede referente, e dall'assemblea del Senato della Repubblica (all'esito del voto di fiducia). Lo stesso testo non ha subito modifiche – nel corso della *terza lettura parlamentare* dinanzi alla Camera dei deputati (AC 2208 B) – e risulta, quindi, trasfuso nel testo definitivo del *decreto legge convertito*.

¹⁵⁹⁸ Fin da AS 1464 A, cit.

¹⁵⁹⁹ Vedi AC 2208 A, cit.

Nel testo definitivo¹⁶⁰⁰, poi, è stato soltanto elevato – a cinquanta dipendenti – il livello occupazionale delle imprese, che sono obbligate alla *stabilizzazione* degli apprendisti (entro il *tetto*, beninteso, del venti per cento).

3.6. Resta, infine, la *flessibilizzazione* – per così dire – della retribuzione dell'apprendista.

Infatti – pur facendo *salva l'autonomia della contrattazione collettiva* – risulta esplicitamente commisurata – *in considerazione della componente formativa del contratto di apprendistato per la qualifica e per il diploma professionale* – alle “*ore di lavoro effettivamente prestate nonché delle ore di formazione nella misura del 35% del relativo monte ore complessivo*”.

Il riconoscimento esplicito dell'*autonomia della contrattazione collettiva* si coniuga, pertanto, con la ribadita garanzia costituzionale (art. 36) della *proporzionalità* della retribuzione, *in considerazione* – appunto – *della componente formativa del contratto di apprendistato*.¹⁶⁰¹

4. Segue: *flessibilizzazioni nel disegno di legge delega*.

Contributi alla *flessibilizzazione* del lavoro sembrano previsti, tuttavia, anche dal disegno di legge delega¹⁶⁰².

4.1. Intanto sembra concorrere – alla *flessibilizzazione*, appunto – la *previsione* (articolo 4, lettera d) della possibilità di estendere a *tutti i settori produttivi* – attraverso l'elevazione dei *limiti di reddito*, attualmente previsti, e assicurando la *piena tracciabilità dei buoni lavoro* acquistati – il ricorso a prestazioni di *lavoro accessorio* – palesemente *flessibili* – per le attività lavorative *discontinue ed occasionali*.

4.2. Inoltre le disposizioni – che, nella precedente riforma, hanno introdotto *rigidità in entrata* – potrebbero, forse, dovrebbero risultare abrogate – all'evidenza, contribuendo alla *flessibilizzazione* – dal *riordino delle forme contrattuali*, previsto – appunto – dalla legge delega (articolo 4).

L'*incompatibilità* con le *nuove* tipologie contrattuali – risultanti dal loro *riordino* – delle *rigidità in entrata* – che sono state introdotte, per quanto si è detto, dalla riforma precedente (legge n. 92 del 2012) – sembra coniugarsi, in tale prospettiva, con l'abrogazione esplicita delle stesse *rigidità*, nel *testo organico* di disciplina delle *nuove tipologie* (articolo 4, lettere a e, in relazione alla lettera b) .

Flessibilizzazioni ulteriori potrebbero, bensì, risultare dallo stesso *riordino delle forme contrattuali*.

¹⁶⁰⁰ Fin da AS 1464 A, cit.

¹⁶⁰¹ Vedi Corte cost., 8 aprile 1993, n. 149 – in tema di contratto di formazione lavoro – anche in motivazione (in Foro it. 1993, I, 1337; annotata da GRAGNOLI, in Mass. giur. lav. 1993, 148 e da CHIACCHIERONI, FONTANA, in Riv. giur. lav. 1993, II, 299).

¹⁶⁰² Vedi AS 1428, *Deleghe al Governo in materia di riforma degli ammortizzatori sociali, dei servizi per il lavoro e delle politiche attive, nonché in materia di riordino dei rapporti di lavoro e di sostegno alla maternità e alla conciliazione dei tempi di vita e di lavoro*.

Tuttavia l'ampio spazio di intervento del legislatore delegante – nel corso delle *letture parlamentari* della legge delega – si coniuga, per quanto si è detto, con la *discrezionalità* del legislatore delegato – sia pure nei limiti dei *principi e criteri* della delega – nel rendere, quantomeno, poco agevole qualsiasi previsione circa l'esito normativo finale.

5. Prospettive di politica e diritto del lavoro: sistema delle fonti e ruolo del giudice.

La legge delega prevede – tra i *principi e criteri direttivi* della delega in materia di *riordino delle forme contrattuali* (articolo 4) – l'introduzione, eventualmente anche in via sperimentale, del "*compenso orario minimo, applicabile a tutti i rapporti aventi ad oggetto una prestazione di lavoro subordinato*" (lettera c).

E ne demanda, ovviamente, la previsione – alla legge delegata appunto – sia pure "*previa consultazione delle parti sociali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale*".

Inoltre la stessa legge delega prevede – tra i *principi e criteri direttivi* della delega in materia di *semplificazione delle procedure e degli adempimenti* (articolo 3) – il ricorso a *norme di carattere interpretativo* per le disposizioni "*interessate da rilevanti contrasti interpretativi, giurisprudenziali e amministrativi*" (lettera b).

E ne demanda, parimenti, l'attuazione alla legge delegata

Si tratta, tuttavia, soltanto di spunti, utili per avviare – in termini necessariamente problematici – la riflessione sulle prospettive per il sistema delle fonti e, rispettivamente, per il ruolo del giudice.

5.1. Il *compenso orario minimo* del lavoro subordinato – stabilito dalla legge delegata, sia pure "*previa consultazione delle parti sociali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale*" – emargina, sostanzialmente, il ruolo consueto – ancorché non assistito da *riserva*¹⁶⁰³ – della contrattazione nazionale di categoria.

Né può sfuggirne la coerenza con il silenzio – per così dire – in materia di rappresentanza, rappresentatività sindacale ed *efficacia soggettiva* della stessa contrattazione nazionale, anche in funzione di un eventuale intervento eteronomo.¹⁶⁰⁴

Parimenti coerente sembra, altresì, la già prospettata emarginazione del sindacato ed, in genere, delle parti sociali dalla concertazione, prima, e dalla consultazione, poi.

¹⁶⁰³ La legge può introdurre, infatti, limiti all'autonomia collettiva, non solo quando introduca un trattamento peggiore rispetto a quanto previsto dalla legge, ma anche quando sussista l'esigenza di salvaguardia di superiori interessi generali: vedi, per tutte, Corte cost. 11 dicembre 2001, n. 393, Riv. it. dir. lav., 2002, II, 699, con nota di BANO; 28/luglio/2000, n. 393, Mass. Giur. Lav., 2000, 955, con nota di PESSI; 13/ottobre/2000, n. 419, Giur. Cost. 2000, 3117, con nota di CELOTTO, Foro it., 2001, I, 1087, con nota di richiami; 23/06/1988, n. 697, Mass. Giur. Lav., 1988, 455.

In dottrina, vedi M. DE LUCA, Nuovo assetto del sistema di contrattazione collettiva: contesto, profili problematici, prospettive del contratto di prossimità, spec. § 5 e nota 30, conclusioni al Convegno nazionale su Il diritto del lavoro anno zero? La contrattazione collettiva dopo l'accordo interconfederale del 28 giugno 2011 e le novità della manovra finanziaria, organizzato dall'AGI – Avvocati giuslavoristi italiani – AGI (Napoli 28-29 ottobre 2011), in Atti del convegno, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 2012, 143 ss.

¹⁶⁰⁴ Vedi, da ultimi, B. CARUSO, *Per un intervento eteronomo sulla rappresentanza sindacale: se non ora quando!*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".JT – 206/2014, al quale si rinvia per riferimenti ulteriori.

Congiura – nello stesso senso – anche la *contrattazione collettiva di prossimità*, che parimenti emargina la contrattazione nazionale, senza costituire, tuttavia, la giusta risposta all'esigenza – diffusamente condivisa – di rivalutazione della contrattazione aziendale.¹⁶⁰⁵

Peraltro il previsto ricorso a *norme di carattere interpretativo* – per “*eliminare e semplificare (.....) le disposizioni interessate da rilevanti contrasti interpretativi, giurisprudenziali e amministrativi*” – non solo pone problemi di *compatibilità convenzionale* (in relazione all'articolo 6 della CEDU) e di *compatibilità comunitaria* (rectius *eurounitaria*)¹⁶⁰⁶, ma pare, altresì, segnale di emarginazione per il ruolo di giudice.

Né può essere trascurato che sistema delle fonti, appunto, e ruolo del giudice concorrono ad integrare la *via italiana* – per così dire – alla *flessibilità del lavoro*.

5.2. Muovendo dagli spunti prospettati, infatti, potrebbero risultare confermate – all'esito, beninteso, di una evoluzione del sistema, coerente con gli stessi spunti (ma insuscettibile, allo stato, di agevole previsione) – le linee di politica del lavoro, disegnate nel *Libro bianco del mercato del lavoro* del 2001.¹⁶⁰⁷

Tanto più ove si consideri che il Sen. Sacconi, Presidente della Commissione lavoro del Senato, nella seduta del 29 aprile 2014 della stessa Commissione, sottolinea come la “*coniugazione tra i principi di flessibilità e di sicurezza, che costituisce l'obiettivo principale dell'intero progetto di riforma del mercato del lavoro, (.....)non si realizz(i) solo con l'imposizione di una nuova disciplina della materia, ma anche attraverso una diversa organizzazione del mercato del lavoro, ispirata ai principi di efficienza e trasparenza del progetto disegnato dal compianto Marco Biagi nel suo Libro Bianco*”.

5.3. Infatti il *Libro bianco* propone – per quel che qui interessa – “*nuove forme di regolazione, rendendo possibili assetti regolatori effettivamente conformi agli interessi del singolo lavoratore*”

¹⁶⁰⁵ Sui *contratti collettivi di prossimità* (di cui all'articolo 8 decreto legge n. 138 del 13/8/2011, come convertito dalla legge n. 148 del 14/9/2011), vedi M.DE LUCA, *Rappresentatività sindacale nel protocollo d'intesa del 31 maggio 2013 ed in recente pronuncia di inconstituzionalità (dell'articolo 19 dello statuto dei lavoratori): dall'ordinamento intersindacale alla rilevanza per l'ordinamento giuridico dello stato (note minime)*, spec. § 2.3. e nota 21, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 193/2013 ed in *Diritto e lavoro nelle Marche*, 2013, 145; ID., *Nuovo assetto del sistema di contrattazione collettiva: contesto, profili problematici, prospettive del contratto di prossimità*, in *Atti del Convegno nazionale su Il diritto del lavoro anno zero? La contrattazione collettiva dopo l'accordo interconfederale del 28 giugno 2011 e le novità della manovra finanziaria*, organizzato dall'AGI – Avvocati giuslavoristi italiani – AGI (Napoli 28-29 ottobre 2011), Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 2012, 143 ss., al quale si rinvia per riferimenti ulteriori. Adde: G. FERRARO, *Il contratto collettivo oggi dopo l'articolo 8 del decreto 138/2011*, WP CSDLE “Massimo D'Antona n. 129/2011”; E. ALES, *Dal “caso FIAT” al “caso Italia”. Il diritto del lavoro “diprossimità”, le sue scaturigini e i suoi limiticostituzionali*, WP CSDLE “Massimo D'Antona n. 134/2011, al quale pure si rinvia per riferimenti aggiornati.

¹⁶⁰⁶ Vedi M.DE LUCA, *Diritti di lavoratori flessibili, anche alle dipendenze di amministrazioni pubbliche patrimonio costituzionale comune versus declino delle garanzie*, spec. §5, CSDLE “Massimo D'Antona n. 211/2014, al quale si rinvia per riferimenti ulteriori.

¹⁶⁰⁷ Si tratta del *Libro bianco sul mercato del lavoro in Italia, proposte per una società attiva e per un lavoro di qualità*, ROMA, ottobre 2001, che è stato richiamato dal Senatore Sacconi.

Sul punto, vedi M. DE LUCA, *Nuovo assetto del sistema di contrattazione collettiva: contesto, profili problematici, prospettive del contratto di prossimità*, cit., al quale si rinvia per riferimenti ulteriori

ed alle specifiche aspettative in lui riposte dal datore di lavoro, nel contesto d'un adeguato controllo sociale".

Ne risulta palese l'opzione per la *flessibilità voluta dalle imprese* – talora ben più ampia, rispetto a quella strettamente funzionale alla loro competitività nel mercato globale – laddove postula la *conformità* della regolazione auspicata alle *aspettative*, appunto, del *datore di lavoro*.

Alla regolamentazione prospettata risulta funzionale, del pari palesemente, un sistema delle fonti, che alla legge preferisce la contrattazione e, nell'ambito di questa, alla contrattazione collettiva quella individuale.¹⁶⁰⁸

Pare, quindi, ispirato ad una *certa idea di sussidiarietà*.¹⁶⁰⁹

Invero la formula impiegata è, proprio, quella che definisce – di regola – il *principio di sussidiarietà verticale* – non già di *sussidiarietà orizzontale*¹⁶¹⁰ – laddove stabilisce che *"Il legislatore (nazionale o regionale) dovrebbe intervenire solo dove le parti non abbiano sufficientemente svolto un ruolo regolatorio (.....)"* e, nel contempo, *"invita le parti sociali a valutare la possibile ridefinizione del rapporto fra momento collettivo ed individuale nella regolazione del rapporto di lavoro (.....)"*.

Il *criterio di prossimità* – per la individuazione della fonte – all'evidenza risulta coerente, tuttavia, con il *principio di sussidiarietà*.

Mentre pare trascurata – in palese contrasto con lo stesso principio – qualsiasi verifica circa la idoneità della *fonte prossima* ad assolvere la funzione – propria del diritto del lavoro – di tutela *differenziata* del contraente debole.¹⁶¹¹

5.4. Non dissimile risulta la posizione dello stesso *Libro bianco*, laddove propone un *"solido intervento sulla giustizia del lavoro"*, che – in dichiarata *funzione servente*¹⁶¹², rispetto alla prospettata

¹⁶⁰⁸ Nel *Libro bianco*, infatti, si legge: *"Il principio di sussidiarietà – già fondamentale nel rapporto fra ordinamento comunitario e nazionale, nonché a proposito del dialogo fra Stato e Regioni nel costituendo ordinamento federalista - deve secondo il Governo applicarsi anche nel rapporto fra intervento pubblico e attività delle parti sociali. Il legislatore (nazionale o regionale) dovrebbe intervenire solo dove le parti non abbiano sufficientemente svolto un ruolo regolatorio (...). Il Governo pertanto invita le parti sociali a valutare la possibile ridefinizione del rapporto fra momento collettivo ed individuale nella regolazione del rapporto di lavoro (...)."*

¹⁶⁰⁹ Vedi riferimenti di cui alla nota che precede.

¹⁶¹⁰ Vedi, ad esempio, il primo e, rispettivamente, l'ultimo comma dell'articolo 118 della costituzione.

¹⁶¹¹ *Funzione* che, sia detto per inciso, risulta ora estesa (a livello nazionale e sopranazionale) anche a soggetti diversi dal lavoratore subordinato (quali, ad esempio, i *consumatori*): vedi, per tutti, S.LIEBMAN, *Prestazione di attività produttiva e protezione del contraente debole fra sistema giuridico e suggestioni dell'economia*, relazione alle giornate di studio AILASS su *Il diritto del lavoro nel sistema privatistico* (Parma, 4-5 giugno 2010), in *Atti delle giornate di studio*, Milano, Giuffrè, 2011, 105 ss., al quale si rinvia per riferimenti ulteriori.

¹⁶¹² Ben al di là della *funzione strumentale* del processo, quale risulta dalla nota affermazione chiovendiana: *il processo deve dare per quanto è possibile praticamente a chi ha un diritto tutto quello e proprio quello ch'egli ha diritto di conseguire* (vedi G. Chiovenda, *Istituzione di diritto processuale civile*, ristampa anastatica della II edizione, Napoli, Iovene, 1960, I, 39).

Sulla *strumentalità* del processo, vedi: M. DE LUCA, *Diritti dei lavoratori: strumentalità del processo versus declino della tutela giurisdizionale effettiva (a quarant'anni dalla fondazione del nuovo processo del lavoro)*, in *Riv. It. dir. lav.*, 2013, I, 271; ID., *Procedimento specifico in materia di licenziamenti: per una lettura coerente con la strumentalità del processo*, in *Argomenti di diritto del lavoro*, 2013. I, 615; ID., *Reclamo contro la sentenza di primo grado nel procedimento specifico in materia di licenziamenti (articolo 1, commi 58 ss, legge n. 92 del 2012): natura, forma e filtro dell'appello*, in *RIDL*, 2013, I, 847. Ad essi si rinvia per riferimenti ulteriori.

regolamentazione sostanziale del rapporto di lavoro – “*deve ispirarsi a criteri di equità ed efficienza, ciò che senza dubbio non risponde alla situazione attuale*”¹⁶¹³.

Ne risultano auspicati, infatti, “*interventi di collegi arbitrali (.....) in grado di dirimere la controversia in tempi sufficientemente rapidi*” che – sia pure “*nel rispetto dei limiti di natura costituzionale che impediscono di dichiarare il lodo non impugnabile*” – rendano la propria “*decisione (.....) su base equitativa*”, con “*impugnabilità solo per vizi di procedura*”.

Risulta, quindi, palese – anche con riferimento alla giustizia del lavoro – l’ispirazione a quella stessa *idea di sussidiarietà*, sulla quale si fonda – per quanto si è detto – il sistema delle fonti di regolazione del rapporto di lavoro.

Infatti il *criterio di prossimità* – nella individuazione, in questo caso, del giudice – all’evidenza risulta coerente con il *principio di sussidiarietà*.¹⁶¹⁴

Risulta, invece, parimenti trascurata – in palese contrasto con lo stesso principio – qualsiasi verifica circa la idoneità del *giudice prossimo* ad assolvere la funzione – propria del *giudice del lavoro* – di dare attuazione effettiva, in sede giurisdizionale, alla *tutela differenziata del contraente debole*.

5.5. Resta da domandarsi, quindi, se l’attuale strategia di politica del lavoro risulti ispirata – (almeno, ma, forse, non solo) per quanto riguarda sistema delle fonti e ruolo del giudice – dal “*progetto disegnato dal compianto Marco Biagi nel suo Libro Bianco*”.¹⁶¹⁵

Per rispondere all’interrogativo, non resta che attendere la evoluzione dell’attuale strategia di politica del lavoro.

6. Segue: la riforma oltre le flessibilizzazioni.

Le *flessibilizzazioni* prospettate non esauriscono, tuttavia, le linee dell’attuale strategia di politica e diritto del lavoro.

Con esse concorrono, per quel che qui interessa, disposizioni – previste dalla legge delega¹⁶¹⁶ – in materia di:

- ammortizzatori sociali, servizi per il lavoro e politiche attive (Capo I, articoli 1 e 2);
- riordino dei rapporti di lavoro (caitolo II, articoli 3 e 4).

Si tratta di interventi demandati al legislatore delegato, che – pur non essendone prevedibile, per quanto si è detto, l’esito normativo finale – risultano funzionali, tuttavia, ad obiettivi – diffusamente condivisi – assunti a principi e criteri direttivi della delega.

¹⁶¹³ “*La crisi della giustizia del lavoro è, infatti, tale, sia per i tempi con cui vengono celebrati i processi, sia per la qualità professionale con cui sono rese le pronunce, da risolversi in un diniego della medesima, con un danno complessivo per entrambe le parti titolari del rapporto di lavoro: così, testualmente, lo stesso libro bianco*”: così, testualmente, lo stesso Libro bianco.

¹⁶¹⁴ In tale prospettiva, al *giudice comune* si preferisce il *giudice privato* (arbitro).

¹⁶¹⁵ Siccome prospettato – per quanto si è detto – dal Sen. Sacconi.

¹⁶¹⁶ Vedi AS 1428, cit., recante – appunto – *Deleghe al Governo in materia di riforma degli ammortizzatori sociali, dei servizi per il lavoro e delle politiche attive, nonché in materia di riordino dei rapporti di lavoro e di sostegno alla maternità e alla conciliazione dei tempi di vita e di lavoro*.

6.1. Intanto gli *strumenti di integrazione salariale* (art.1) vengono, tra l'altro, ricondotti alla propria *funzione* – di garanzia del reddito dei lavoratori, nel caso di *crisi congiunturale o temporanea* dell'impresa datrice di lavoro – escludendo dall' utilizzo delle integrazioni salariali – attraverso la revisione dei criteri di concessione – i *casi di cessazione di attività aziendale o di un ramo di essa* (comma2, lettera a, n.1).

La configurazione, quale *extrema ratio*, risulta, poi, dalla previsione che l'accesso alla cassa integrazione possa avvenire *“solo a seguito di esaurimento delle possibilità contrattuali di riduzione dell'orario di lavoro”* (comma2, lettera a, n.3).

La *universalizzazione* pare affidata (comma2, lettera a, n.7), infine, alla prevista revisione dell'ambito di applicazione della cassa integrazione, ordinaria e straordinaria, e dei fondi di solidarietà (di cui all'articolo 3 della legge 28 giugno 2012, n. 92).

Parimenti funzionale allo stesso obiettivo della *universalizzazione* – con riferimento, tuttavia, agli *strumenti di sostegno*, in caso di disoccupazione involontaria – risulta, peraltro, la prevista estensione dell'applicazione dell'Assicurazione sociale per l'impiego (ASpl) ai *“lavoratori con contratti di collaborazione coordinata e continuativa”* (comma2, lettera b, n.3).¹⁶¹⁷

6.2. La fruizione dei servizi essenziali – in materia di *politica attiva del lavoro* – su tutto il territorio nazionale, nonché l'esercizio unitario delle relative funzioni amministrative risultano affidati (art. 2), tra l'altro, alla *razionalizzazione* degli incentivi all'assunzione, già esistenti, nonché degli incentivi per l'autoimpiego e l'autoimprenditorialità (comma1 e comma 2, lettere a, b).

Mentre l'istituzione di un'Agenzia nazionale per l'impiego – con compiti gestionali in materia di servizi per l'impiego, politiche attive e ASpl – pare deputata alla *gestione integrata*, appunto, delle politiche attive e passive del lavoro, coinvolgendo le parti sociali nella definizione delle linee di indirizzo generali (comma2, lettere c, d, e).

La *razionalizzazione* – anche all'interno del Ministero del lavoro e delle politiche sociali – di enti e strutture – che operano in materia di ammortizzatori sociali, politiche attive e servizi per l'impiego – risulta funzionale, poi, allo scopo di evitare sovrapposizioni (comma2, lettera f).¹⁶¹⁸

6.3. Obiettivi di *semplificazione e razionalizzazione* delle procedure di costituzione e gestione dei rapporti di lavoro sono perseguiti – dal disegno di legge delega (articolo 3) – allo scopo di ridurre gli adempimenti a carico di cittadini e imprese.

E sono contestualmente individuati – a tale fine – *principi e criteri direttivi* della delega.¹⁶¹⁹

¹⁶¹⁷ Si tratta, tuttavia, soltanto di una esemplificazione: altri obiettivi risultano, infatti, trasfusi nei *principi e criteri direttivi* della delega (di cui allo stesso articolo 1).

¹⁶¹⁸ Si tratta, tuttavia, soltanto di una esemplificazione: altri obiettivi risultano, infatti, trasfusi nei *principi e criteri direttivi* della delega (di cui allo stesso articolo 2).

¹⁶¹⁹ Quali: *“razionalizzare e semplificare le procedure e gli adempimenti connessi con la costituzione e la gestione del rapporto di lavoro, con l'obiettivo di dimezzare il numero di atti di gestione del rapporto di carattere burocratico ed amministrativo; eliminare e semplificare, anche mediante norme di carattere interpretativo, le disposizioni interessate da rilevanti contrasti interpretativi, giurisprudenziali*

6.4. Una delega al Governo è prevista (articolo 4), poi, al fine di rafforzare le opportunità di ingresso nel mondo del lavoro – da parte di coloro che sono in cerca di occupazione – nonché a *razionalizzare e semplificare* i contratti di lavoro vigenti per renderli maggiormente coerenti con le attuali esigenze del contesto produttivo nazionale e internazionale.

E sono contestualmente individuati – a tale fine – *principi e criteri direttivi* della delega¹⁶²⁰.

7. Segue: strategia complessiva in funzione dell'obiettivo occupazionale.

Pertanto è la prospettata strategia complessiva di politica e diritto del lavoro – integrata, forse, anche da altri interventi normativi¹⁶²¹, nonché da misure non regolative – a perseguire l'obiettivo occupazionale, che ne costituisce la *ratio*.

7.1. Infatti la *flessibilizzazione* – perseguita dal decreto legge (n. 34 del 2014, cit.) – è volta soltanto a fronteggiare *“la perdurante crisi occupazionale e l'incertezza dell'attuale quadro economico, nel quale le imprese devono operare, nelle more dell'adozione di un testo unico semplificato della disciplina dei rapporti di lavoro, con la previsione in via sperimentale del contratto a tempo indeterminato a protezione crescente e salva l'attuale articolazione delle tipologie di contratti di lavoro, vista la direttiva 1999/70/CE del Consiglio del 28 giugno 1999 (.....)”*.¹⁶²²

e amministrativi; unificare le comunicazioni alle pubbliche amministrazioni per i medesimi eventi (ad esempio gli infortuni sul lavoro) ponendo a carico delle stesse amministrazioni l'obbligo di trasmetterle alle altre amministrazioni competenti; rafforzare il sistema di trasmissione delle comunicazioni in via telematica e abolire la tenuta di documenti cartacei; rivedere il regime delle sanzioni, tenendo conto dell'eventuale natura formale della violazione, favorendo l'immediata eliminazione degli effetti della condotta illecita, e valorizzando gli istituti di tipo premiale; individuare modalità organizzative e gestionali che consentano di svolgere esclusivamente in via telematica tutti gli adempimenti di carattere amministrativo connessi con la costituzione la gestione e la cessazione del rapporto di lavoro; rivedere gli adempimenti in materia di libretto formativo del cittadino”.

¹⁶²⁰ Quali: *“individuare e analizzare tutte le forme contrattuali esistenti ai fini di poterne valutare l'effettiva coerenza con il tessuto occupazionale e con il contesto produttivo nazionale e internazionale, anche in funzione di eventuali interventi di semplificazione delle medesime tipologie contrattuali; procedere alla redazione di un testo organico di disciplina delle tipologie contrattuali dei rapporti di lavoro, semplificate secondo quanto emerso a seguito dell'analisi delle forme contrattuali esistenti, che possa anche prevedere l'introduzione, eventualmente in via sperimentale, di ulteriori tipologie contrattuali espressamente volte a favorire l'inserimento nel mondo del lavoro, con tutele crescenti per i lavoratori coinvolti; introdurre, eventualmente anche in via sperimentale, il compenso orario minimo, applicabile a tutti i rapporti aventi ad oggetto una prestazione di lavoro subordinato, previa consultazione delle parti sociali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale; prevedere la possibilità di estendere il ricorso a prestazioni di lavoro accessorio per le attività lavorative discontinue e occasionali, in tutti i settori produttivi, attraverso l'elevazione dei limiti di reddito attualmente previsti e assicurando la piena tracciabilità dei buoni lavoro acquistati; procedere all'abrogazione di tutte le disposizioni che disciplinano le singole forme contrattuali, incompatibili con il testo organico di disciplina delle tipologie contrattuali dei rapporti di lavoro, al fine di assicurare certezza agli operatori eliminando duplicazioni normative e difficoltà interpretative e applicative”*.

¹⁶²¹ Quali: AS 1465, Conversione in legge del decreto-legge 24 aprile 2014, n. 66, recante *misure urgenti per la competitività e la giustizia sociale* e, tra queste, la *riduzione del cuneo fiscale per lavoratori dipendenti e assimilati* (art 1); il programma *Garanzia Giovani* (sul quale vedi *Giovani e lavoro; manca la garanzia – il caso di “Garanzia Giovani” e il fallimento della politica attiva del lavoro in Italia*, working paper ADAPT 2 maggio 2014, n. 155).

¹⁶²² Così, testualmente, *l'incipit* art. 1, comma 1) dello stesso decreto legge, come modificato – in sede di conversione – fin dal primo passaggio parlamentare: vedi AC 2208 A e AS 1464 A, citati.

La direttiva, ivi richiamata (1999/70/CE del Consiglio del 28 giugno 1999), è la direttiva *relativa all'accordo quadro CES, UNICE e CEEP sul lavoro a tempo determinato*

7.2. Coerentemente, il decreto legge *“ha il solo limitato obiettivo di rimuovere alcuni puntuali ostacoli all'incontro tra domanda ed offerta di lavoro, consentendo al contempo alle aziende di cogliere ogni opportunità, anche incerta o temporanea, che si affacci in questo periodo di debole ripresa”*.

Mentre *“il fine ultimo dell'intervento è quello (.....) di sostenere in modo complessivo ed organico la crescita dell'economia reale”*.

Peraltro *“analogo ragionamento vale (.....) per l'attrazione di investimenti stranieri: un mercato del lavoro più efficiente è cruciale per l'attrattività del Paese, esattamente come il costo dell'energia o l'efficienza della pubblica amministrazione o del sistema giudiziario”*.

In altri termini, *“nessuna leva (è) da sola decisiva, ma (vale) la pena di sfruttare ogni piccolo strumento per favorire e rafforzare la ripresa dell'economia e dell'occupazione”*.

Comunque – in tale prospettiva – è, *“evidentemente, molto più rilevante l'occasione della legge delega”*.¹⁶²³

Resta da domandarsi, tuttavia, se – una volta attuata la legge delega – la funzione di *transizione* – che pare affidata al decreto legge – possa ritenersi esaurita.

7.3. Ne risulta, comunque, sostanzialmente *bypassato* – per così dire – il problema se la *flessibilità del lavoro* sia – da sola – idonea a creare occupazione.¹⁶²⁴

Il raggiungimento degli obiettivi di rilancio dell'economia e dell'occupazione, infatti, non risulta affidato – per quanto si è detto – soltanto alla *flessibilità del lavoro*, appunto, né, in genere, soltanto ad interventi meramente regolativi.

7.4. Sul piano giuridico, tuttavia, resta da domandarsi fino a qual punto la *flessibilità del lavoro* possa spingersi senza violare le garanzie, che – ai diritti dei lavoratori – siano assicurate dal

¹⁶²³ In tal senso, testualmente, il Sen. Pietro Ichino, *relatore*, nella seduta del 30 aprile 2014 della Commissione lavoro del Senato.

¹⁶²⁴ Sul punto, vedi, da ultimo, U. CARABELLI, *Il sogno ipnotico della flessibilità occupazionale e delle riduzioni delle tutele legali e contrattuali del lavoro come strumenti indispensabili per il rilancio dell'economia e dell'occupazione*, novembre 2013, destinato al *Liber amicorum* di Antonio Ojeda Avilés, al quale si rinvia per riferimenti ulteriori.

*patrimonio costituzionale comune*¹⁶²⁵ e, segnatamente, da norme dell'ordinamento dell'Unione europea, che non possono essere derogate da norme interne.¹⁶²⁶¹⁶²⁷

7.5. Tanto più l'interrogativo proposto si impone se – una volta attuata la legge delega – le nuove tipologie contrattuali – che ne siano introdotte (a cominciare dal *contratto a tempo indeterminato a protezione crescente*) – non sostituissero le *tipologie flessibili* (a cominciare dal primo contratto a tempo determinato *acausale*) – previste dal decreto legge – sebbene queste fossero volte al dichiarato scopo di fronteggiare l'emergenza, “*nelle more dell'adozione di un testo unico semplificato della disciplina dei rapporti di lavoro*”.

Infatti le stesse *tipologie flessibili* – risultando, palesemente, di maggiore favore per i datori di lavoro – sarebbero da questi preferite alle *nuove tipologie*.¹⁶²⁸

7.6. Quanto, poi, ai prospettati obiettivi di rilancio dell'economia e dell'occupazione – che sono perseguiti, per quanto si è detto, da una complessa strategia, non solo regolativa – la verifica del raggiungimento può risultare – oltre che, ovviamente, *a consuntivo* – dal *monitoraggio* relativo a ciascuno degli interventi deputati – appunto – a perseguirli.¹⁶²⁹

¹⁶²⁵ Si tratta del *patrimonio costituzionale comune* – “*desumibile dagli obblighi internazionali, dall'ordinamento comunitario e dalla legislazione nazionale*”, appunto – per dirla con l'espressione e la definizione usate dalla nostra Corte costituzionale nelle sentenze n. 104 del 2006 (*Foro It.*, 2006, I, pag. 1267) e n.182 del 2008 (id., 2009, I, pag. 2010) –.

In dottrina, vedi M. De Luca, *Diritti dei lavoratori: patrimonio costituzionale comune versus declino delle garanzie*, in *Foro It.*, 2011, V, pag. 216, al quale si rinvia per riferimenti ulteriori.

Adde: E. Di Stefano, *Verso un patrimonio costituzionale comune. Riflessioni a margine della sentenza n.102 del 2008*, in *consulta on line*; S. Gambino, *Constitutionnalismes nationaux et constitutionnalismeeuropéen: identités nationales, traditions constitutionnelles et droits sociaux (aprèsLisbonne)*, www.diritticomparati.it; B. CARUSO-M. MILITELLO (a cura di), *I diritti sociali tra ordinamento comunitario e Costituzione italiana: il contributo della giurisprudenza multilivello, con contributi degli stessi curatori e di A. ABIGNENTE, G. BRONZINI, G. RICCI, S. SCIARRA, L. ZOPPOLI*, in working papers del Centro studi di diritto del lavoro europeo «Massimo D'Antona», 2011, fasc. 1, <<http://tinyurl.com/caruso-militello>>

¹⁶²⁶ Sul punto, vedi, da ultimo, M. DE LUCA, *Diritti di lavoratori flessibili, anche alle dipendenze di amministrazioni pubbliche: patrimonio costituzionale comune versus declino delle garanzie*, cit., al quale si rinvia per riferimenti ulteriori; ID., *Diritti dei lavoratori: patrimonio costituzionale comune versus declino delle garanzie*, cit.

¹⁶²⁷ La compatibilità – con l'ordinamento eurounitario – dell'unico contratto *acausale* di lavoro a tempo determinato costituisce, per quanto si è detto, uno di tali problemi.

¹⁶²⁸ Significativa ed efficace risulta, a tale proposito, la denuncia della *capacità del contratto a termine di cannibalizzazione di altri contratti di prima assunzione*, in B. CARUSO, *Nel cantiere del contratto di inserimento: il “contratto ad affidamento crescente”*. In *nelMerito.com*, 12 maggio 2014.

¹⁶²⁹ Quale, con riferimento al decreto legge (n. 34 del 2014), la relazione – che il Ministro del lavoro e delle politiche sociali deve presentare alle Camere, decorsi dodici mesi dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del decreto legge – “*evidenziando in particolare gli andamenti occupazionali e l'entità del ricorso al contratto a tempo determinato e al contratto di apprendistato, ripartito per fasce d'età, sesso, qualifiche professionali, aree geografiche, durata dei contratti, dimensioni e tipologia di impresa e ogni altro elemento utile per una valutazione complessiva del nuovo sistema di regolazione di tali rapporti di lavoro in relazione alle altre tipologie contrattuali, tenendo anche conto delle risultanze delle comunicazioni di assunzione, trasformazione, proroga e cessazione dei rapporti di lavoro ricavate dal sistema informativo delle comunicazioniobbligatorie già previsto dalla legislazione vigente*” (articolo I, comma 2 bis, del *decreto legge convertito*).

E – per quanto riguarda il disegno di legge delega (AS 1428, cit.) – gli *indicatori* per monitorarne attuazione e raggiungimento degli obiettivi, da individuare dalle leggi delegate (vedi, sul punto, *l'Analisi di impatto della regolamentazione* (A.I.R) relativa allo stesso disegno di legge delega).

Dal divieto di interposizione alla codatorialità: le trasformazioni dell'impresa e le risposte dell'ordinamento*

Marco Biasi

1. Dall'unità alla scomposizione del datore di lavoro	567
2. Attività di impresa in forma aggregata e ripercussioni sul rapporto di lavoro. Frammenti di "codatorialità" nell'esperienza dei gruppi di imprese	571
3. Le nuove forme di lavoro nell'impresa di rete, tra "codatorialità" e "assunzione congiunta".	577
3.1 La "codatorialità" nelle reti di imprese	577
3.1.1 Definizione	578
3.1.2 Inquadramento	580
3.1.3. Il confronto con la somministrazione ed il distacco	584
3.2 La nozione di "assunzione congiunta". Convergenze e divergenze con la "codatorialità" (nelle reti e non).	586
3.3 Segue. La necessaria accettazione delle "regole di ingaggio" nel caso di codatorialità	589
3.4 Le tutele a favore del lavoratore in regime di codatorialità e assunzione congiunta.	591
4. Osservazioni conclusive	593

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 218/2014

1. Dall'unità alla scomposizione del datore di lavoro

Un recente ed intrigante scritto di Jeremy Prassl riflette, già dal titolo, *“Rethinking the notion of the employer”*, un'esigenza sempre più cruciale per la disciplina lavorista, che per lungo tempo e ad ogni latitudine si è occupata quasi esclusivamente della figura del prestatore di lavoro¹⁶³⁰.

Del resto, si sa che il diritto del lavoro per così dire “classico” nacque e si sviluppò con lo scopo di offrire una protezione, individuale e collettiva¹⁶³¹, al lavoratore operante alle dipendenze di un datore di lavoro (o “Master”) da individuarsi, alternativamente ma non troppo diversamente nella sostanza¹⁶³², in una persona fisica¹⁶³³, ovvero in un'impresa accentrata e possibilmente di ampie dimensioni¹⁶³⁴.

Da ciò seguiva che l'oggetto principale dell'indagine (e della tutela) fosse la nuova figura del lavoratore subordinato e la sua differenziazione dal lavoratore autonomo, piuttosto che della figura dell'altro contraente del rapporto di lavoro dipendente.

Non si può allora ricondurre al caso la circostanza che il codice civile del 1942, al pari di altre normative straniere, si sia premurato di offrire una definizione del prestatore di lavoro e non del

¹⁶³⁰ J. PRASSL, *Rethinking the notion of the employer*, paper presentato in occasione della LLRN Conference tenutasi in Barcellona nel luglio 2013, dattiloscritto (tali riflessioni sono state riprese ed ampliate nel successivo ID., *The notion of the employer*, in *The Law Quarterly Review*, 2013, 129, pag. 380 e segg.). In ambito italiano, simili istanze si intravedono già nell'approfondito saggio di L. NOGLER, *Gruppo di imprese e diritto del lavoro*, in *Lav. Dir.*, 1992, 2, pag. 293, laddove si dà conto dell'affannosa “ricerca del datore di lavoro perduto” (“a la recherche de l'employeur perdu”), nonché, da ultimo, in L. RATTI, *Il datore di lavoro e le sue trasformazioni: spunti da una comparazione*, in L. Nogler, L. CORAZZA (a cura di), *Risistemare il diritto del lavoro*. Liber Amicorum Marcello Pedrazzoli, Milano, 2012, pag. 304, che, nel contesto attuale, chiama, con una efficace immagine, il “vero” datore di lavoro a farsi avanti (“will the real employer please stand up?”). Né si ignora che proprio il tema de “La figura del datore di lavoro. Articolazioni e trasformazioni” è stato oggetto del Congresso Nazionale dell'AIDLASS tenutosi a Catania nel 2009: cfr. AA.VV., *Atti del XVI Congresso Nazionale di Diritto del Lavoro. Catania, 21-23 maggio 2009*, Milano, 2010, ed ivi, oltre alla relazione di A. BELLAVISTA, *La figura del datore di lavoro pubblico*, pag. 197 e segg., i contributi di V. SPEZIALE, *Il datore di lavoro nell'impresa integrata*, pag. 77 e segg. (in *Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2010, 1, pag. 1 e segg.), ove viene esposta un'approfondita ed oltremodo suggestiva tesi sulla “codatorialità” (v. *infra*), e M. BARBERA, *Trasformazioni della figura del datore di lavoro e flessibilizzazione delle regole del diritto*, pag. 35 e segg. (e in *Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2010, 2, pag. 203 e segg.), la quale propone un'interessante lettura della figura del datore di lavoro attraverso un canone funzionalistico, poi ripreso e declinato, avuto riguardo in particolare alle imprese a struttura complessa, da S. BORELLI, *Tecniche di regolazione delle organizzazioni complesse e disciplina lavoristica*, in *Lav. Dir.*, 2014, 1, pag. 23 e segg. (nonché EAD., *Datore di lavoro (definizione eurunitaria)*, in M. PEDRAZZOLI (ordinato da), *Lessico Giuslavoristico*, 3, *Diritto del lavoro dell'Unione europea e del mondo globalizzato*, Bologna, 2011, pag. 83 e segg.). Peraltro, si ricorda che della figura del datore di lavoro si era discusso già in occasione del Congresso Nazionale dell'AIDLASS, organizzato a Trento il 4-5 giugno 1999 e dedicato nello specifico al tema “Diritto del lavoro e nuove prospettive di decentramento produttivo”: cfr. le relazioni di P. ICHINO, *Il diritto del lavoro e i confini dell'impresa*, in *Dir. Lav. Rel. Ind.*, 1999, 2-3, pag. 203 segg.; P. LAMBERTUCCI, *Area contrattuale e autonomia collettiva*, *ibidem*, pag. 277 e segg., R. ROMEI, *Cessione di ramo d'azienda e appalto*, *ibidem*, pag. 325 e segg.

¹⁶³¹ Per tutti, S. LIEBMAN, *Individuale e collettivo nel contratto di lavoro*, Milano, 1993, *passim*.

¹⁶³² Cfr. P. DAVIES, M. FREEDLAND, *The Complexities of the Employing Enterprise*, in G. DAVIDOV, B. LANGVILLE (edited by), *Boundaries and Frontiers of Labour Law*, Portland, 2006, pag. 257: “employment law...is imbued with the notion of the employer as a single person – in most cases a legal person rather than a human one, but even so che paradigm is strongly analogised to that of the master, the male human employer of the servant in master and servant law”: sulla “concezione tendenzialmente antropomorfa dei soggetti protagonisti del rapporto di lavoro” (anche) nello scenario italiano, L. CORAZZA, *Reti di imprese e nozione di datore di lavoro*, in AA.VV., *Scritti per la costituzione del Dipartimento Giuridico dell'Università del Molise*, Campobasso, 2012, pag. 254.

¹⁶³³ J. PRASSL, *op.ult.cit.*, pag. 383.

¹⁶³⁴ Da ultimo, A. PERULLI, *Gruppi di imprese, reti di imprese e codatorialità: una prospettiva comparata*, in *Riv. Giur. Lav.*, 2013, I, pag. 83 e A. PILATI, *Datore di lavoro (grandi Società per Azioni)*, in M. PEDRAZZOLI (ordinato da), *Lessico Giuslavoristico*, vol. 2, *Impresa*, Bologna, 2010, pagg. 27-35, cui si rimanda per l'ampia bibliografia.

datore di lavoro¹⁶³⁵; all'opposto, ciò costituirebbe la riprova di come non fosse allora avvertita l'esigenza di individuare i criteri con cui identificare una parte che poteva riconoscersi quasi "fotograficamente" per effetto della titolarità del contratto di lavoro e del contemporaneo esercizio del potere direttivo¹⁶³⁶ sul lavoratore, ovvero dell'inserimento di quest'ultimo all'interno dell'organizzazione¹⁶³⁷ di quella parte che, in conseguenza di ciò (o a fronte di ciò)¹⁶³⁸, si poteva – e si può tutt'ora – considerare il (solo) datore di lavoro¹⁶³⁹.

Né il Legislatore ha per lungo tempo consentito deroghe alla sostanziale biunivocità del rapporto tra tali soggetti, limitando viepiù l'inserimento di terzi soggetti all'interno di una relazione la cui natura "esclusiva"¹⁶⁴⁰, già saggiata in alcune specifiche disposizioni codicistiche (in particolare, l'art. 2127 Cod.Civ.¹⁶⁴¹), è stata poi cristallizzata nel divieto di interposizione introdotto dal fondamentale art. 1 l. 1369/1960, da molti visto come paradigma, non solo della biunivocità¹⁶⁴², ma anche della trasparenza nel rapporto tra impresa e lavoratore¹⁶⁴³, oltre che principio di fatto "immanente" al nostro sistema¹⁶⁴⁴. Ed infatti, anche a seguito dell'abrogazione di quest'ultima disposizione ad opera del D.Lgs. 276/2003¹⁶⁴⁵, larga parte della dottrina ha sostenuto che l'idea per cui l'utilizzazione della prestazione lavorativa porti con sé l'assunzione delle responsabilità proprie della posizione del datore di lavoro sia insita nella struttura dello stesso art. 2094 Cod.Civ., a prescindere, dunque, dal suo formale riconoscimento attraverso una disposizione specifica come il menzionato art. 1 l. 1369/1960¹⁶⁴⁶: in ciò si radicherebbe, come si legge nella notissima pronuncia

¹⁶³⁵ Per tutti, M. PEDRAZZOLI, *Democrazia industriale e subordinazione. Poteri e fattispecie nel sistema giuridico del lavoro*, Milano, 1985, pag. 374.

¹⁶³⁶ R. DE LUCA TAMAJO, *Profili di rilevanza del potere direttivo del datore di lavoro*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2005, I, pag. 467 e segg. ed in particolare pag. 468, ove viene individuata proprio nel potere direttivo "l'architrave dell'edificio del diritto del lavoro"; A. PERULLI, *Il potere direttivo dell'imprenditore. Funzioni e limiti*, in *Lav. Dir.*, 2002, 3, pag. 397 (*amplius*, Id., *Il potere direttivo dell'imprenditore*, Milano, 1992, pag. 261 e segg.); già, L. BARASSI, *Il contratto di lavoro*, Milano, 1915, 2a ed., pag. 599 e segg.

¹⁶³⁷ Doveroso il richiamo sul punto a G.F. MANCINI, *La responsabilità contrattuale del prestatore di lavoro*, Milano, 1967, *passim*; M. PERSIANI, *Contratto di lavoro e organizzazione*, Padova, 1966, *passim* e, più di recente, Id., *Considerazioni sulla nozione e sulla funzione del contratto di lavoro subordinato*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2010, I, pag. 455 e segg.); da ultimo, M. MARAZZA, *Saggio sull'organizzazione del lavoro*, Padova, 2002, *passim*.

¹⁶³⁸ D'obbligo il rinvio a M. GRANDI, voce *Modificazioni aziendali nel rapporto di lavoro*, in *EGT*, XX, 1990, pag. 4.

¹⁶³⁹ V. SPEZIALE, *op.ult.cit.*, pag. 1; O. MAZZOTTA, *Rapporti interpositori e contratto di lavoro*, cit., pag. 270 e segg.

¹⁶⁴⁰ Cfr., almeno, A. CESSARI, *L'interposizione fraudolenta nel diritto del lavoro*, Milano, 1959, qui pagg. 87-89: per un'ampia ed approfondita disamina e ricostruzione delle ragioni storiche alla base del divieto di interposizione nel nostro ordinamento, si rinvia al primo capitolo del classico O. MAZZOTTA, *Rapporti interpositori e contratto di lavoro*, Milano, 1979, pagg. 1-90.

¹⁶⁴¹ Anche se, come rileva condivisibilmente, P. BELLOCCHI, *Interposizione e subordinazione*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2001, 1, pag. 126, altro è l'interposizione del lavoratore subordinato (di cui si occupa l'art. 2127 Cod.Civ.), altro è l'interposizione del terzo, sulla quale è basato l'impianto della l. 1369/1960.

¹⁶⁴² R. DEL PUNTA, *Problemi attuali e prospettive in tema di interposizione di manodopera*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2002, 2, pag. 293.

¹⁶⁴³ G. DE SIMONE, *Titolarità dei rapporti di lavoro e regole di trasparenza. Interposizione, imprese di gruppo, lavoro interinale*, Milano, 1995, pag. 11 e segg.

¹⁶⁴⁴ R. DE LUCA TAMAJO, *Metamorfosi dell'impresa e nuova disciplina dell'interposizione*, *Riv. It. Dir. Lav.*, 2003, I, pag. 183.

¹⁶⁴⁵ Vi è peraltro chi ha sostenuto, non senza validi argomenti, come un "varco nel muro del divieto di interposizione" si fosse già "aperto" con il c.d. "Pacchetto Treu" (l. 196/1997): così P. ICHINO, *Il lavoro interinale e gli altri varchi nel "muro" del divieto di interposizione*, in *Dir. Lav. Rel. Ind.*, 1997, 3, pag. 503.

¹⁶⁴⁶ Favorevoli alla permanenza del divieto di interposizione nel nostro ordinamento, nonostante l'avvenuta abrogazione della l. 1369/1960: M.T. CARINCI, *Utilizzazione e acquisizione indiretta del lavoro: somministrazione e distacco, appalto e subappalto, trasferimento d'azienda e di ramo*, Torino, 2013, 3a ed., pag. 16; EAD., *Unicità o duplicazione, unificazione o scissione del datore di lavoro a fronte dei processi di riorganizzazione dell'impresa*, in AA.VV., *La figura del datore di lavoro...*, cit., pag. 308; M. NICOLSI, *Il lavoro esternalizzato*, Torino, 2012, pag. 63; V. SPEZIALE, *op.ult.cit.*, pag. 30; L. CORAZZA, *La nuova nozione di appalto nel sistema delle tecniche*

delle Sezioni Unite n. 22910/2006, la “regola generale giuslavoristica” per cui, salve le eccezioni previste e disciplinate dalla legge, “in relazione a identiche prestazioni lavorative deve essere esclusa la configurabilità di due diversi datori di lavoro”¹⁶⁴⁷.

Eppure, il diritto del lavoro “delle origini” e, soprattutto, le sue “regole auree”, si sono ad un certo punto trovati a fare i conti con la terza rivoluzione industriale ed in particolare con il fenomeno della c.d. “frammentazione del ciclo produttivo”, ossia con la trasformazione del metodo di produzione, da un modello accentrato (tipico dell’impresa fordista/taylorista), verso nuovi schemi “reticolari”, basati sull’aggregazione e sull’interazioni tra soggetti giuridicamente distinti e tra loro connessi mediante vincoli proprietari o contrattuali¹⁶⁴⁸.

Ed è proprio da qui, ossia dallo sgretolamento delle “regole aristoteliche” del diritto del lavoro delle origini (l’unità di luogo-lavoro, di tempo-lavoro e di azione-lavoro)¹⁶⁴⁹, che nasce l’attuale interrogativo sulla figura del datore di lavoro e sulla sua “flessibilizzazione”¹⁶⁵⁰, frutto dell’impossibilità di identificarlo – anche visivamente – in quella “sorta di tecnostruttura concentrata che assicura[va] l’integralità del processo di produzione in un unico edificio”¹⁶⁵¹.

Così, l’ordinamento si è così trovato ad “inseguire” i cambiamenti produttivi e sociali, realizzatisi secondo una duplicità di fasi, di esternalizzazione dell’attività, prima, e di riacquisto (*buy*) della stessa, poi, ovvero, in alternativa, di collaborazione tra imprese per lo svolgimento di alcune fasi: ne sono seguite nuove regole per l’utilizzazione di lavoro “altrui” (su cui v. *infra*), ovvero la creazione di una disciplina speciale sull’appalto “a misura di diritto del lavoro”¹⁶⁵², l’espreso riconoscimento della liceità del distacco e, soprattutto, l’introduzione della figura del lavoro interinale

di tutela del lavoratore, in WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”.It., 2009, 93, pag. 7 (nonché EAD., “Contractual integration” e rapporti di lavoro. Uno studio sulle tecniche di tutela del lavoratore, Padova, 2004, pag. 11); R. DEL PUNTA, *Le molte vite del divieto di interposizione nel rapporto di lavoro*, in Riv. It. Dir. Lav., 2008, I, pag. 129; F. Scarpelli, *Somministrazione irregolare*, in E. GRAGNOLI, A. PERULLI (a cura di), *La riforma del mercato di lavoro e i nuovi modelli contrattuali*, Padova, 2004, pag. 427; L. ZAPPALÀ, *Verso un nuovo assetto dei rapporti interpositori. Prime riflessioni sulla “tipizzazione” del contratto di somministrazione di lavoro*, in WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”.It., 2004, 12, *passim*; *contra*, R. ROMEI, *L’elisir di lunga vita del divieto di interposizione*, in Riv. It. Dir. Lav., 2005, II, pag. 726; P. CHIECO, *Le nuove esternalizzazioni tra fornitura di prestazioni lavorative (somministrazione e distacco) e appalti labour intensive*, in P. CURZIO (a cura di), *Lavoro e diritti a tre anni dalla legge 30/2003*, Bari, 2006, pag. 172.

¹⁶⁴⁷ Cass. S.U. 26.10.2006, n. 22910, in Arg. Dir. Lav., 2007, pag. 1011 ss., con nota di M.T. CARINCI, *L’unicità del datore di lavoro – quale parte del contratto di lavoro, creditore della prestazione e titolare di tutte le posizioni di diritto, potere e obbligo ad esso connesse – è regola generale nell’ordinamento giuslavoristico*, laddove si afferma che “la struttura del rapporto di lavoro subordinato, quale risulta dalla normativa sostanziale (art. 2094 c.c.), è [necessariamente] bilaterale...”.

¹⁶⁴⁸ T. TREU, *Trasformazioni delle imprese: reti di imprese e regolazione del lavoro*, in Merc. Conc. Reg., 2012, 1, pag. 7-8; U. CARABELLI, *La responsabilità del datore di lavoro nelle organizzazioni di impresa complesse*, in Dir. Rel. Ind., 2009, 1, pag. 91; A. PERULLI, *Diritto del lavoro e decentramento produttivo in una prospettiva comparata: problemi e prospettive*, in Riv. It. Dir. Lav., 2007, I, pag. 30, che efficacemente descrive il fenomeno come un passaggio da “castello” a “rete”; L. CORAZZA, “Contractual integration”..., cit., pag. 2 e segg.; P. ICHINO, *Il diritto del lavoro e i confini dell’impresa*, cit., pag. 211; per un’efficace sintesi, anche G. ORLANDINI, *Diritto del lavoro e regolazione delle reti*, in F. CAFAGGI (a cura di), *Reti di imprese tra regolazione e norme sociali*, Bologna, 2004, pag. 281; con la consueta lungimiranza, già F. CARINCI, *Rivoluzione tecnologica e diritto del lavoro: il rapporto individuale*, in Dir. Lav. Rel. Ind., 1985, pag. 203 e segg., spec. pag. 207. Nella letteratura storico-economica, su tutti F. AMATORI, A. COLLI, *Storia di impresa. Complessità e comparazioni*, Milano, 2011, pag. 195 e segg., anche per i necessari riferimenti bibliografici.

¹⁶⁴⁹ B. VENEZIANI, *Gruppi di imprese e diritto del lavoro*, in Lav. Dir. 1990, 4, pag. 611.

¹⁶⁵⁰ G. VARDARO, *Prima e dopo la persona giuridica: sindacati, imprese di gruppo e relazioni industriali*, in Dir. Lav. Rel. Ind., 1988, 1, pag. 213.

¹⁶⁵¹ R. DE LUCA TAMAJO, *Diritto del lavoro e decentramento produttivo in una prospettiva comparata: analisi e prospettive*, in Riv. It. Dir. Lav., 2007, I, pag. 4.

¹⁶⁵² I. ALVINO, *Il lavoro nelle reti di imprese: profili giuridici*, Milano, 2014, pag. 82.

(poi somministrato), che, nell'ammettere quanto in precedenza pareva impensabile (ossia il "guadagno sul [mero] lavoro altrui"¹⁶⁵³), ha previsto uno "sdoppiamento" delle prerogative datoriali, un tempo unitarie, in capo a due distinti soggetti, secondo un modello legale non disponibile alla negoziazione circa i poteri e, soprattutto, le responsabilità delle parti¹⁶⁵⁴.

Sulla scia di tali modifiche, e venendo all'oggetto del presente lavoro, un ulteriore ripensamento sulla figura del datore di lavoro e sui suoi confini, non solo fisici, parrebbe oggi essere indotto o stimolato dalla disciplina dettata per la gestione del personale operante all'interno delle reti di imprese, già regolate, per gli aspetti non lavoristici¹⁶⁵⁵, dal D.L. 5/2009¹⁶⁵⁶, che per primo ha conferito alla rete un'autonoma rilevanza giuridica, ben oltre l'iniziale piano – meramente – descrittivo¹⁶⁵⁷.

A favore di tale forma di aggregazione tra imprese, normalmente di tipo orizzontale¹⁶⁵⁸ e caratterizzata da legami di intensità variabile¹⁶⁵⁹, il Legislatore, oltre a dettare una peculiare regolamentazione del distacco infra-rete¹⁶⁶⁰, ha espressamente previsto, all'art. 7 l. 9 agosto 2013, n. 99¹⁶⁶¹, la possibilità di accedere alle inedite – *de iure condito* (v. *infra*) – ipotesi di "codatorialità" e di "assunzione congiunta" del personale, delle quali ci si occuperà nei successivi paragrafi.

Se, da un lato, pare innegabile che le recenti modifiche nascano dall'idea di favorire la mobilità del personale all'interno del nuovo modello di impresa-rete¹⁶⁶², perseguendo principalmente, secondo un trend proprio della fase più recente della regolamentazione in materia di lavoro, l'obiettivo di ingenerare un miglioramento della competitività, dell'efficienza e della produttività delle imprese¹⁶⁶³, dall'altro lato, è pur vero che per cogliere l'esatta portata dell'intervento in parola ci

¹⁶⁵³ F. CARNELUTTI, *Contratto di lavoro subordinato altrui*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1961, I, pagg. 503-504.

¹⁶⁵⁴ Per tutti, M. PERSIANI, *Il potere direttivo e l'organizzazione del lavoro*, in M. MARTONE (a cura di), *Contratto di lavoro e organizzazione*, Vol. IV, t. I, in M. PERSIANI, F. CARINCI (diretto da), *Trattato di diritto del lavoro*, Padova, 2012, pag. 413: avuto riguardo al lavoro interinale ed alla somministrazione di lavoro, rispettivamente, O. BONARDI, *L'utilizzazione indiretta dei lavoratori*, Milano, 2001, pag. 179 e segg.; V. SPEZIALE, *La struttura del contratto per prestazioni di lavoro temporaneo*, in *Dir. Lav. Rel. Ind.*, 1998, 2, pag. 300 e segg.; C. ZOLI, *Il lavoro temporaneo: il contratto di fornitura*, in *Quad. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 1999, 22, pag. 142, e L. ZAPPALÀ, *Verso un nuovo assetto dei rapporti interpositori. Prime riflessioni sulla "tipizzazione" del contratto di somministrazione di lavoro*, in *Dir. Rel. Ind.*, 2004, 2, pag. 267.

¹⁶⁵⁵ Sulle possibili ragioni per la ritardata introduzione di disposizioni relative ai rapporti di lavoro per le reti di imprese, cfr. L. CORAZZA, *Reti di imprese e nozione di datore di lavoro*, cit., pag. 253, che aveva sin da subito compreso la "sfida" posta dalla rete al diritto del lavoro tradizionale.

¹⁶⁵⁶ Si rinvia sul punto all'ampia trattazione di M. MATTIONI, *Il contratto di rete: un inquadramento civilistico*, in G. ZILIO GRANDI, M. BIASI (a cura di), *Contratto di rete e diritto del lavoro*, Padova, 2014, in corso di pubblicazione.

¹⁶⁵⁷ I. ALVINO, *op.ult.cit.*, pagg. 1 e 9, in termini di "tipizzazione" del contratto di rete; T. TREU, *op.ult.cit.*, pag. 8; S. BORELLI, *Tecniche di regolazione...*, cit., pag. 23. Ancor più precisamente, ricorda A. PERULLI, *op.ult.cit.*, pag. 429 che il legislatore non ha inteso "disciplinare la rete di imprese (cioè il fenomeno da regolare), bensì il contratto di rete (vale a dire lo strumento regolativo)".

¹⁶⁵⁸ T. TREU, *op.ult.cit.*, pag. 19.

¹⁶⁵⁹ Ed anche per questo idonea alla realizzazione di interessi imprenditoriali assai eterogenei, dallo svolgimento in comune di attività afferenti al core business dei retisti alla condivisione di servizi logistici accessori: cfr. C. SACCON, *I vantaggi economici per le imprese nel "fare rete"*, in G. ZILIO GRANDI, M. BIASI (a cura di), *op.cit.*

¹⁶⁶⁰ Per un esame di tale problematica, si rinvia al contributo di A. BUSSOLARO, *Il distacco nelle reti di imprese*, in G. ZILIO GRANDI, M. BIASI (a cura di), *op.cit.*

¹⁶⁶¹ Art. 7 l. 9.8.2013, n. 99, che ha convertito in legge il d.l. 28.6.2013, n. 76.

¹⁶⁶² M.G. GRECO, *Distacco e codatorialità nelle reti di impresa*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2014, 2, pag. 380.

¹⁶⁶³ M. BARBERA, *Trasformazione della figura...*, cit., pag. 208.

si dovrà confrontare (o meglio, si dovrà superare) un dato normativo che i primi esegeti non hanno condivisibilmente esitato a definire “*scarno*”¹⁶⁶⁴ sotto plurimi aspetti.

La prima e maggiormente gravosa fatica interpretativa che verrà qui affrontata riguarderà la nozione di “codatorialità”, che, pur essendo oggi assurta indubbiamente ad “*elemento di sistema*”¹⁶⁶⁵, risulta ancora priva di una definizione, oltre che di una completa regolamentazione¹⁶⁶⁶: se, per quanto riguarda il secondo aspetto, è possibile sostenere che il rinvio pressoché integrale al contratto di rete sia frutto di una precisa scelta del legislatore (v. *infra*), al fine di colmare l’incertezza sulla nozione di codatorialità sembra necessario svolgere un passo indietro, a quando con lo stesso termine, non ancora “recepito” dal Legislatore, sono state designate, in accezioni tutt’altro che univoche, specifiche modalità di impiego del personale all’interno di un’altra forma di aggregazione tra imprese, ovvero il gruppo.

2. Attività di impresa in forma aggregata e ripercussioni sul rapporto di lavoro. Frammenti di “codatorialità” nell’esperienza dei gruppi di imprese

La giurisprudenza e la dottrina si confrontano da tempo con alcuni aspetti problematici del lavoro prestatore nell’ambito dei gruppi che possono interessare direttamente la presente trattazione¹⁶⁶⁷, nonostante la sostanziale diversità, come modello di aggregazione tra imprese, tra i gruppi e le reti. Se i primi risultano più vicini all’idea di una “*networked firm*” verticale e gerarchica, le seconde paiono costituire una “*network of firms*” orizzontale, creata attraverso rapporti contrattuali e paritari tra le imprese¹⁶⁶⁸. Non solo. Se della rete si ha come visto una definizione normativa, il dibattito sui gruppi si è sviluppato a partire dalla stessa nozione di “*gruppo di società*” (o di imprese), assente nel nostro ordinamento¹⁶⁶⁹, se non in funzione “*dogmatico-descrittiva*”¹⁶⁷⁰.

¹⁶⁶⁴ A. PERULLI, *Contratto di rete, distacco, codatorialità, assunzioni in agricoltura*, in A. PERULLI, L. FIORILLO (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro*, IV vol., *Il nuovo diritto del lavoro*, Torino, 2014, pag. 424.

¹⁶⁶⁵ Nell’accezione intesa da M. BARBERA, *op.ult.cit.*, pag. 221.

¹⁶⁶⁶ Contrariamente a quanto ragionevolmente auspicato da V. SPEZIALE, *Il datore di lavoro...*, cit., pag. 72, il quale riteneva che il fenomeno andasse regolamentato con una direttiva a livello europeo.

¹⁶⁶⁷ Per un riepilogo sulla dottrina e sulla giurisprudenza sui gruppi in materia di lavoro, rispettivamente, E. RAIMONDI, *Il datore di lavoro nei gruppi imprenditoriali*, in *Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2012, 2, pag. 287 e segg., M.G. GRECO, *La ricerca del datore di lavoro nell’impresa di gruppo: la codatorialità al vaglio della giurisprudenza*, in *Riv. Giur. Lav.*, 2013, I, pag. 117 e segg.

¹⁶⁶⁸ Similmente, M.G. GRECO, *Distacco e codatorialità...*, cit., pag. 381, pur essendo altresì vero, da un lato, che non sempre l’unità del gruppo è di tipo gerarchico, o che comunque si concretizza nella costituzione formale di una società madre che controlla pervasivamente l’attività e l’operato delle società “figlie” (già G. VARDARO, *op.cit.*, pag. 210), dall’altro lato, che le reti non costituiscono necessariamente aggregazioni di tipo orizzontale (cfr. S. SCIARRA, L. CORAZZA, *Reti di imprese e sostenibilità sociale della filiera*, in *Nel Merito*, 1 marzo 2013).

¹⁶⁶⁹ Del resto, lo stesso art. 31 D.Lgs. 276/2003 (su cui v. *infra*), rubricato “*Gruppi di impresa*”, rimanda la definizione di quest’ultimo all’art. 2359 c.c., ove però si rinviene unicamente la nozione di «*società controllate*» e «*collegate*», sicché l’idea di gruppo dal punto di vista commercialistico parrebbe afferire maggiormente all’esercizio da parte di una società dell’attività di direzione e coordinamento nei confronti di altre ex art. 2497 c.c.: così, da ultimo, O. RAZZOLINI, *Lavoro e decentramento produttivo nei gruppi di imprese*, in M. AIMO, D. IZZI (a cura di), *Esternalizzazioni e tutela dei lavoratori*, cit., pag. 679, cui si rinvia per gli opportuni riferimenti bibliografici. Eppure, è stato efficacemente osservato da F. LUNARDON, *Il rapporto di lavoro nei gruppi di imprese*, in C. CESTER (a cura di), *Il rapporto di lavoro subordinato: costituzione e svolgimento*, vol. II, in F. CARINCI (diretto da), *Diritto del lavoro. Commentario*, Torino, 2007, pag. 2076, come “*sullo stesso piano terminologico si fronteggiano nozioni diverse, che sottintendono diverse opzioni metodologiche di avvicinamento al fenomeno...vi è infatti chi parla di Gruppi di Imprese e chi di Imprese di Gruppo: l’espressione Gruppo di Imprese denota favore per il mantenimento di una situazione di pluralità e distinzione, mentre l’espressione Impresa di Gruppo propende invece per una concezione unificata delle imprese che risultino tra loro collegate*”.

¹⁶⁷⁰ U. CARABELLI, *La responsabilità...*, cit., pag. 93.

Eppure, nonostante il Legislatore, proprio il gruppo è per certi versi divenuto, ben prima della rete, il “perno e sintomo” di quella “trasformazione epocale delle strutture di organizzazione produttiva e del lavoro”¹⁶⁷¹, cui si è accennato nel paragrafo precedente.

Sin da subito, la giurisprudenza, investita della questione relativa all'utilizzo alternativo o cumulativo del personale da parte di diverse imprese afferenti al medesimo gruppo¹⁶⁷², ha negato che, in tali ipotesi, potesse ravvisarsi in quest'ultimo l'unico centro di imputazione dei rapporti di lavoro, a prescindere dal tipo di collegamento e del grado di integrazione intercorrente fra le diverse società¹⁶⁷³.

Insomma, non poteva (né può) ritenersi in discussione la formale distinzione soggettiva fra le società parti del gruppo, principio consolidato¹⁶⁷⁴, non solo in ambito nazionale¹⁶⁷⁵, e ciò anche quando la giurisprudenza (inizialmente, di merito¹⁶⁷⁶) ha iniziato a mostrare una maggiore attenzione verso gli aspetti potenzialmente patologici del decentramento¹⁶⁷⁷, attribuendo rilievo a

¹⁶⁷¹ F. LUNARDON, *Autonomia collettiva e gruppi di imprese*, Torino, 1996, pag. 3.

¹⁶⁷² Il che avviene, rispettivamente, quando della prestazione lavorativa beneficiano successivamente le diverse imprese del gruppo (ciascuna per un periodo in via esclusiva) e quando più società del gruppo si avvalgono contemporaneamente dello stesso lavoratore: così A. VALLEBONA, voce *Lavoro nelle società collegate*, in *EGT*, 1993, XXXIII, pag. 1.

¹⁶⁷³ Cass. 10 marzo 1981, n. 1363, in *Mass. Giur. Lav.*, 1981, pag. 589, ove si legge che “la disciplina legislativa inerente all'attività di società tra loro collegate non consente di attribuire all'attività del Gruppo, di per sé, un valore giuridicamente unificante, sicché dall'unitarietà economica del Gruppo non può trarsi alcuna conseguenza per quanto attiene ai diritti e agli obblighi attinenti alla risoluzione del rapporto di lavoro”; similmente, Cass. 18 febbraio 1982, n. 7005, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1983, II, pag. 934; Cass. 2 marzo 1983, n. 1567, in *Giur. It.*, 1984, I, pag. 342; Cass. 18 aprile 1986, n. 2756, in *Foro It.*, 1987, I, col. 1847 e, in seguito, Cass. 3 aprile 1990, n. 2831, in *Banca Dati De Jure*, nel senso che “allo stato della vigente legislazione non può parlarsi di personalità giuridica del Gruppo e neppure di soggettività o centro di imputazione”; Cass. 2 febbraio 1988, n. 957, in *Foro It.*, 1988, I, col. 1898, con nota di G. MELIADÒ, *Le inquietudini della giurisprudenza sulla prestazione di lavoro nelle società collegate*; Cass. 28 gennaio 1981, n. 650, in *Foro It.*, 1981, I, col. 1994; ancor più di recente, Cass. 24 settembre 2010, n. 20231, in *Rep. 2010*, voce *Lavoro (rapporto)*, [3890], 1051; Cass. 5 aprile 1990, n. 2831, in *NGL*, 1990, pag. 188; Cass. 27 febbraio 1995, n. 2261, in *NGL*, 1995, pag. 381; Trib. Milano 7 giugno 2006, in *Orient. Giur. Lav.*, 2006, I, pag. 677; App. Milano 21 giugno 2006, in *Orient. Giur. Lav.*, 2006, 3, pag. 553, con nota di O. RAZZOLINI. La tesi contraria al riconoscimento della personalità giuridica in capo al gruppo ha trovato da tempo adesione anche in dottrina: tra i primi commentatori, A. CESSARI, *L'interposizione fraudolenta nel diritto del lavoro*, cit., pag. 95; G. BRANCA, *La prestazione di lavoro in società collegate*, Milano, 1965, pag. 5; O. MAZZOTTA, *Rapporto di lavoro, società collegate e statuto dei lavoratori*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.* 1973, I, pagg. 756-757; A. VALLEBONA, *Problemi del rapporto di lavoro di lavoro nei gruppi di società*, in *Dir. Lav. Rel. Ind.*, 1982, pag. 675. Da ultimo, tuttavia, si segnala Trib. Roma 24.3.2014, est. Boghetich, in *www.wikilabour.it*, che, in un caso di licenziamento intimato con lettera sottoscritta da tre società formalmente diverse, a favore delle quali il lavoratore era risultato svolgere indistintamente le mansioni di pertinenza, ha individuato nelle tre imprese un unico centro di imputazione del rapporto di lavoro, specificando che, in tale ipotesi, “ciascun soggetto giuridico perde la propria individualità fondendosi in un unico soggetto giuridico, configurante un autonomo soggetto di diritto ossia centro di imputazione del rapporto diverso dalle singole società o enti collegati, i quali perdono la rispettiva personalità giuridica”; se si legge che, in tale modo, “il lavoratore fa capo al nuovo soggetto giuridico”, la stessa decisione ha tuttavia disposto la reintegra del lavoratore per manifesta insussistenza del giustificato motivo oggettivo dedotto ai sensi dell'art. 18, comma 7 l. 20 maggio 1970, n. 300 nei confronti di una soltanto delle società, pur responsabili in solido per tutti i crediti e gli importi dovuti al lavoratore a titolo risarcitorio.

¹⁶⁷⁴ Criticamente, in termini di “sindrome della personalità giuridica”, B. VENEZIANI, *op.cit.*, pag. 617.

¹⁶⁷⁵ Sul c.d. “capital boundary problem” nei sistemi di *common law* (in particolare, quello britannico), per tutti H. COLLINS, *Ascription of Legal Personality to Groups in Complex Patterns of Economic Integration*, in *Modern Law Review*, 1990, 6, pag. 731 e segg., spec. 736-738 e già LORD WEDDERBURN, *The worker and the law*, Harmondsworth, 1986, 3rd ed., pag. 98, ove rimarca l'incapacità della legislazione lavoristica di confrontarsi efficacemente con il fenomeno del gruppo (“the labour law provisions are a neolithic response to the realities of corporate groups”). Per una completa ricognizione in chiave comparata, L. NOGLER, *Gruppo di imprese...*, cit., pag. 294 e segg.

¹⁶⁷⁶ Cfr. M. BROLLO, *Il «lavoro decentrato» nella giurisprudenza e nella dottrina*, in *Quad. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 1990, 8, pag. 152, in termini di “fuga in avanti della giurisprudenza di merito”.

¹⁶⁷⁷ L. MARIUCCI, *Il lavoro decentrato. Discipline legislative e contrattuali*, Milano, 1978, passim, spec. pag. 175 e segg.

fattispecie simulatorie o di fraudolenta scomposizione dell'impresa al solo fine di eludere la normativa protettiva del lavoratore¹⁶⁷⁸ o le relative soglie di applicazione¹⁶⁷⁹.

Tale indirizzo ha in seguito conosciuto un'importante evoluzione, consistente nell'abbandono della – complessa – prova dell'intento fraudolento¹⁶⁸⁰ e nella contestuale apertura verso una “*lettura oggettiva della frode*”¹⁶⁸¹; così, nel riconoscere una rilevanza al gruppo agli effetti di cui si dirà, sono stati individuati una serie di elementi, per molti aspetti eterogenei¹⁶⁸², racchiusi in quella che è stata definita “*una sorta di formula aurea*”¹⁶⁸³, cristallizzatasi in una massima – spesso tralaticciamente – riprodotta nelle pronunce di legittimità e di merito: a) l'unicità della struttura organizzativa e produttiva; b) l'integrazione tra le attività esercitate dalle varie imprese del gruppo e il correlativo interesse comune; c) il coordinamento tecnico e amministrativo-finanziario da parte di un unico soggetto direttivo, che indirizzi le attività delle singole imprese verso uno scopo comune; d) l’*“utilizzo contemporanea della prestazione lavorativa, nel senso che la stessa sia svolta in modo indifferenziato e contemporaneamente in favore di vari imprenditori”*¹⁶⁸⁴.

In presenza di tali elementi, variamente combinati, la giurisprudenza ha ritenuto corretto: a) condurre su base complessiva l'accertamento dei requisiti dimensionali per l'accesso alla tutela

¹⁶⁷⁸ A titolo esemplificativo, Cass. 14 novembre 2005, n. 22927, in *Orient. Giur. Lav.*, 2005, I, pag. 796, con nota di V. MATTO; Cass. 15 maggio 2006, n. 11107, in *Riv. Giur. Lav.*, 2007, II, pag. 440; Cass. 27 febbraio 1995, n. 2261, cit.

¹⁶⁷⁹ Tipicamente, il requisito numerico per l'accesso alla tutela ex art. 18 s.l.: Cass. 14 novembre 2005, n. 22927, cit.; Cass. 27 febbraio 1995, n. 2261, cit.

¹⁶⁸⁰ M.G. GRECO, *La ricerca del datore...*, cit., pag. 121. Sui limiti di un approccio meramente “*punitivo*”, già A.R. TINTI, *Oltre la trasparenza: a proposito di gruppi e diritto sindacale*, in P. ZANELLI (a cura di), *Gruppi di imprese e nuove regole. In ricordo di Gaetano Vardaro*, Milano, 1991, pag. 215 e M.G. MATTAROLO, *Gruppi di imprese e diritto del lavoro*, in *Riv. Giur. Lav.*, 1990, I, pag. 495 e segg., spec. pag. 496; di una “*ricerca spasmodica dei profili di illegittimità dell'organizzazione dell'acquisizione della forza lavoro*” nei gruppi e di un conseguente “*approccio censorio*” in tema da parte della prima giurisprudenza, parla efficacemente G. DE SIMONE, *I gruppi di imprese*, in M. BROLLO (a cura di), *Il Mercato del Lavoro*, Vol. VI, in M. PERSIANI, F. CARINCI (diretto da), *Trattato di diritto del lavoro*, Padova, 2012, pag. 1509, la quale, nel ricordare come l'attenzione nei confronti di potenziali utilizzi opportunistici dell'articolazione gruppo sia stata in alcuni casi posta dallo stesso Legislatore, ha menzionato l'art. 69-bis D.Lgs. 276/2003 (introdotto dall'art. 1, comma 26 l. 28 giugno 2012, n. 92), ove vengono computati complessivamente, per uno dei tre requisiti previsti ai fini della configurazione della presunzione relativa circa la natura coordinata e continuativa dell'attività resa dal prestatore “*a partita Iva*”, i compensi “*riconducibili al medesimo centro di imputazione di interessi*”: sul punto, cfr. anche O. RAZZOLINI, *Lavoro e decentramento produttivo nei gruppi di imprese*, cit., pag. 687.

¹⁶⁸¹ S.P. EMILIANI, *Il datore di lavoro nei gruppi di imprese, tra ipotesi di imputazione complementare, cumulativa ed alternativa*, in *Dir. Rel. Ind.*, 2012, 3, pag. 499, anche per i riferimenti dottrinali.

¹⁶⁸² Critico sul punto S. MAGRINI, voce *Lavoro nella società collegate*, ED, Aggiornamento, 1998, II, pag. 484, che rileva come, “*una volta abbandonato il modello della soggettività giuridica, l'imputazione dei singoli rapporti rimane affidata a criteri del tutto empirici, per non dire arbitrari*”; cfr. sul punto anche O. MAZZOTTA, *Divide et impera: diritto del lavoro e gruppi di imprese*, in *Lav. Dir.*, 1988, 2, pagg. 359-363

¹⁶⁸³ G. MELIADÒ, *Imprese a struttura complessa, controllo dei fenomeni di esternalizzazione ed interpretazioni giurisprudenziali*, *Foro It.*, 2010, I, col. 3329.

¹⁶⁸⁴ *Ex multis*, Cass. 15 maggio 2006, n. 11107, cit.; Cass. 1 aprile 1999, n. 3136, in *NGL*, 1999, pag. 467; Cass. 22 febbraio 1995, n. 2008, in *Riv. Crit. Dir. Lav.*, 1995, 4, pag. 988; nella giurisprudenza di merito, Trib. Milano 28 giugno 2012, in *Arg. Dir. Lav.*, 2012, 6, pag. 1294, con nota di G. SPINELLI, *Gruppo di imprese e garanzie lavoristiche, Cigs, licenziamento collettivo, indennità sostitutiva della reintegra e art. 28 St. Lav. Considerazioni su un'articolata vicenda giudiziaria*; Trib. Genova 19 aprile 2001, in *Riv. Giur. Lav.*, 2002, I, pag. 294; Pret. Milano 27 maggio 1992, in *Riv. Crit. Dir. Lav.*, 1993, 1, pag. 182.

reale¹⁶⁸⁵ e per l'avvio della procedura di licenziamento collettivo¹⁶⁸⁶; b) verificare il corretto esercizio del ripescaggio in ipotesi di licenziamento per giustificato motivo oggettivo, valutando la possibilità di impiego del lavoratore anche in altre società del gruppo¹⁶⁸⁷, in alcuni casi anche aventi sede all'estero¹⁶⁸⁸; c) ravvisare una responsabilità in solido delle imprese del gruppo per le obbligazioni retributive dei lavoratori formalmente dipendenti di una sola di esse¹⁶⁸⁹.

Nell'avallare tale lettura, da un lato, è stata superata una concezione del gruppo come fenomeno in sé patologico, come tale da guardare con sospetto (se non addirittura da reprimere), dall'altro lato, sono stati coerentemente adattati i tradizionali istituti protettivi del diritto del lavoro ai gruppi c.d. "genuini"¹⁶⁹⁰.

Proprio con riferimento a questi ultimi, la celebre pronuncia della Cassazione n. 25270/2011¹⁶⁹¹ ha riconosciuto che può ben darsi che vengano esercitati poteri tipici del datore di lavoro da parte di una pluralità di soggetti, a vario modo collegati, quando "la destinazione della prestazione di lavoro riguarda il complesso delle società operative, secondo le note forme della prestazione cumulativa o alternativa".

In una simile ipotesi, la Corte è parsa dare contemporaneamente rilievo, da un lato, alla preordinazione dell'attività lavorativa al soddisfacimento di un interesse di gruppo¹⁶⁹² frutto della della

¹⁶⁸⁵ Sulla rilevanza del gruppo ai fini dell'accertamento del requisito dimensionale previsto dall'art. 18 s.l.: Trib. Milano 25 giugno 2005, in *Orient. Giur. Lav.*, 2005, I, pag. 805; Pret. Trento 5 luglio 1996, in *Riv. Crit. Dir. Lav.*, 1997, 1, pag. 164; Pret. Roma 28 novembre 1995, in *Riv. Giur. Lav.*, 1996, II, pag. 43; Pret. Napoli 13 gennaio 1995, in *Riv. Crit. Dir. Lav.*, 1995, 3, pag. 690; Pret. Padova 21 ottobre 1988, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1989, II, pag. 523; Pret. Milano 13 maggio 1987, in *Lav. 80*, 1987, 4, pag. 1092; *contra*, Cass. 10 novembre 1997, n. 11092, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1998, II, pag. 303.

¹⁶⁸⁶ Nel senso di computare l'intero complessivo ai fini dell'applicabilità dell'art. 4 l. n. 223 del 1991: Cass. 24 marzo 2003, n. 4274, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2003, II, pag. 74, con nota di S. PASSERINI, *Gruppo di società e obbligazioni collettive nel rapporto di lavoro*; Cass. 6 aprile 2004, n. 6707, in *Banca Dati De Jure*.

¹⁶⁸⁷ Trib. Milano 3 ottobre 2006, in *Riv. Crit. Dir. Lav.*, 2007, 1, pag. 223, con nota di A. BORDONE; Trib. Milano 14 marzo 2003, in *Riv. Crit. Dir. Lav.*, 2003, 3, pag. 787, con nota di S. MUGGIA.

¹⁶⁸⁸ Trib. Milano 11 marzo 2010, in *Riv. Crit. Dir. Lav.*, 2010, 2, pag. 586, con nota di G. BULGARINI D'ELCI, *Sul giustificato motivo oggettivo nell'ambito di un'impresa multinazionale e sulla computabilità ai fini dell'art. 18 St. lav. di collaboratori a progetto fittizi* e, da ultimo, App. Milano 24 marzo 2014, in www.wikilabour.it, che ha confermato Trib. Pavia 6 dicembre 2011, R.G. 266/2011, inedita a quanto consta; *contra*, Cass. 1 febbraio 2003, n. 1527, in *Dir. Prat. Lav.*, 2003, pag. 1281; Cass. 23 ottobre 2001, n. 1302, in *Rep. Foro It.*, 2001, *Lavoro (rapporto)*, n. 1374.

¹⁶⁸⁹ Cass. 22 febbraio 1995, n. 2008, in *Riv. Crit. Dir. Lav.*, 1995, 4, pag. 988, ove si legge che "nell'ipotesi di un Gruppo di società così strettamente collegate tra loro da costituire un unico centro di imputazione di rapporti giuridici si configura una responsabilità solidale tra le imprese del Gruppo nei confronti dei crediti retributivi dei dipendenti"; nello stesso senso, Trib. Ravenna 12 giugno 2006, in *Lav. Giur.*, 2006, 10, pag. 993; Pret. Milano 2 agosto 1995, in *Riv. Crit. Dir. Lav.*, 1995, 4, pag. 1050.

¹⁶⁹⁰ Cfr. Cass. 21 settembre 2010, n. 19931, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2011, II, pag. 717, con nota di S. BRUN, *Sulla (ir)rilevanza del collegamento societario nel giudizio in ordine alla legittimità degli atti di gestione del rapporto di lavoro*.

¹⁶⁹¹ Cass. 29.11.2011, n. 25270, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2012, II, pag. 375, con nota di O. RAZZOLINI, *La Corte di Cassazione aggiorna i criteri elaborati dalla giurisprudenza per distinguere fra gruppo fraudolento e gruppo genuino*; in *Riv. Giur. Lav.*, 2012, II, 294, con nota di E. RAIMONDI, *Gruppi imprenditoriali e codatorialità*; in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2012, 5, pag. 384, con nota di M. FALSONE, *In tema di metodo di interpretazione degli atti negoziali e di titolarità dei rapporti di lavoro nell'ambito di un gruppo societario*; in *Dir. Rel. Ind.*, 2012, 3, pag. 493, con nota di S.P. EMILIANI, *Il datore di lavoro nei gruppi di imprese*, cit.; in *Giur. Comm.*, 2012, II, pag. 771, con nota di A. DONINI, *Il datore di lavoro nei gruppi di imprese, tra ipotesi di imputazione complementare, cumulativa e alternativa*.

¹⁶⁹² Attribuisce valore dirimente all'impiego della prestazione lavorativa in vista di un interesse di gruppo (giuridicamente autonomo rispetto all'interesse delle società che di quest'ultimo fanno parte: in tema, da ultimo, S. GILOTTA, *Interesse sociale, interesse di gruppo e interesse collettivo nella regola sulla responsabilità per abuso di direzione unitaria*, in *Giur. Comm.*, 2014, I, pag. 176 e segg., anche per i riferimenti dottrinali) ai fini della configurabilità di un'ipotesi di codatorialità, O. RAZZOLINI, *Impresa di gruppo, interesse di gruppo e codatorialità nell'era della flexicurity*, in *Riv. Giur. Lav.*, 2013, I, pag. 38 ss.; EAD., *Contitolarità del rapporto nel gruppo caratterizzato*

“confusione patrimoniale” tra le imprese del gruppo stesso¹⁶⁹³, dall’altro lato, all’utilizzo promiscuo della prestazione lavorativa e all’esercizio del potere direttivo da parte di più soggetti, secondo un approccio più marcatamente “giuslavoristico”¹⁶⁹⁴.

Questo secondo elemento è stato il fulcro dell’altrettanto significativa pronuncia della Cassazione n. 4274/2003¹⁶⁹⁵, ove si è espressamente ammesso che, in caso di esercizio condiviso del potere direttivo o di conformazione da parte di più società appartenenti al medesimo gruppo, non fosse

da «unicità» di impresa, in *Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2009, 2, pag. 263 e segg.; aderisce a tale tesi, da ultimo, T. TREU, *Trasformazioni...*, cit., pag. 15.

¹⁶⁹³ In questi termini, G. MELIADÒ, *Imprese a struttura...*, cit., col. 3330, che, a ragione, distingue il caso della “confusione patrimoniale”, legato unicamente ai rapporti tra le società collegate, dall’ipotesi di “confusione contrattuale”, in cui “indistinti e promiscui risultano i rapporti contrattuali, in primi quelli di lavoro”. Una lettura, per così dire, dall’alto del fenomeno gruppo è propria della legislazione del Regno Unito, ove la nozione giuslavoristica di “Associated Employer” è legata al controllo, diretto o indiretto, di un’altra o di altre società attraverso la maggioranza assoluta del pacchetto azionario (Section 231 ERA 1996 e già Section 30 TULRA 1974). In tale ipotesi, la legge dispone che, in caso di *unfair dismissal*, il giudice possa ordinare il c.d. *re-engagement* del prestatore di lavoro anche presso l’Associated Employer (Section 115 ERA 1996). Inoltre, nel caso di passaggio del lavoratore da una società all’altra, viene mantenuta l’anzianità di servizio, rilevando il complesso unitario anche ai fini del riconoscimento di determinati determinati diritti subordinati al superamento di una certa soglia dimensionale. Per un riepilogo, A. PERULLI, *Gruppi di imprese...*, cit., pag. 107; L. NOGLER, *The Concept of «Subordination» in European and Comparative law*, Trento, 2009, pag. 69. In tema, si segnala anche l’esperienza spagnola, che conosce, sempre con riferimento ai gruppi di società, il fenomeno della “cotitularidad” del rapporto di lavoro, la quale può risultare per via contrattuale (nel caso lo stesso contratto di lavoro preveda una pluralità di parti datoriali), per effetto di un accordo tra le imprese del gruppo, volto a costituire una “organización laboral unitaria dotada de una plantilla única” (O. Razzolini, *Cotitolarità...*, cit., pag. 287). In realtà, anche in Spagna la codatorialità può emergere di fatto (c.d. «cotitularidad fáctica»), qualora, in «*assenza di accordi espressi il gruppo opera come un’organizzazione unica*» (V. SPEZIALE, *Il datore di lavoro...*, cit., pag. 14), la prestazione dei lavoratori sia destinata a soddisfare l’interesse delle diverse imprese del gruppo, da ciò conseguendo la responsabilità solidale dei codatori per tutti gli adempimenti inerenti al contratto di lavoro: diffusamente, J. BAR RODRIGUEZ, *Las relaciones de trabajo en la empresa de grupo*, Granada, 2002, *passim*.

¹⁶⁹⁴ Cfr. A. PERULLI, *Gruppi di imprese...*, cit., pag. 102, ove lo stesso A. sottolinea come entrambi gli approcci possano convivere, come accade nell’esperienza francese, ove si sono all’uopo distinte le due figure di: a) *co-employeur*, individuato nel soggetto, normalmente la società madre, che esercita il potere di direzione sui dipendenti delle società figlie (Cass.Soc. 23 settembre 1992, in *Droit Social*, 1992, pag. 918); b) *employeur conjoint*, in presenza di un fascio di indici (finanziari, personale comune, attività svolta in comune, ecc.) tali da creare una “*tripla confusione di interessi, di attività e di direzione*” (Cass.Soc. 18 gennaio 2011, n. 09-69.199): per un riepilogo, E. PESKINE, *L’imputation en droit du travail*, in *Revue du droit du travail*, 2012, pag. 347 e segg., nonché il fascicolo monografico AA.VV., *Groupes de sociétés et droit du travail*, in *Droit Social*, 2010, 7/8, ed in particolare ai contributi di B. TEYSSIÉ, *Les groupes de sociétés et le droit du travail*, pag. 735 e segg., A. MAZEAUD, *Le déploiement de la relation de travail dans les groupes de sociétés. Aspect de droit du travail*, pag. 738 e segg., F. FAVENNEC-HERY, *L’extinction de la relation de travail dans les groupes*, pag. 762 e segg., R. VATINET, *Le pieuvre et l’Arlésienne*, pag. 801 e segg., nonché, per altri opportuni riferimenti dottrinali, A. PERULLI, *Contratto di rete...*, cit., pagg. 456-457; ID., *Diritto del lavoro e decentramento produttivo...*, cit., pagg. 47-48. All’interno di tale sistema, un’altra nozione che merita di essere menzionata è quella di “*unité économique et sociale*” (su cui S. BORELLI, *Tecniche di regolazione...*, cit., pag. 28, che ricorda la nascita della figura, per mano della giurisprudenza negli anni 70’, con lo scopo di garantire l’effettivo esercizio dei diritti collettivi dei lavoratori in azienda), anch’essa utile, al pari della codatorialità e dell’assunzione congiunta, se si guarda all’art. L. 1233-4-1 del *Code du travail*, che disciplina il c.d. obbligo di *repêchage* (più correttamente, *reclassement*). Va ricordato poi il fenomeno, nato per il settore agricolo e poi esteso al settore industriale, dei “*groupements d’employeurs*”, associazioni locali tra imprenditori che possono procedere ad assunzioni come datore di lavoro unico (con responsabilità solidale di tutte le imprese per i trattamenti dovuti ai lavoratori) e con applicazione di un solo contratto collettivo (L. 25.7.1985, n. 772, intervenuta sulla L. 1253-1 a 1253-23): cfr. M. BARBERA, *Il datore...*, cit., pagg. 237 e 241, che opera un confronto con il progetto di “*contratto di attività*” avanzato anni prima dalla Commissione Boissonat e “*caratterizzato dalla presenza di forme di lavoro discontinuo o polivalente con più destinatari, da considerarsi tutti datori di lavoro*”; I. ALVINO, *op.cit.*, pag. 164, nt. 152, che insiste sull’importanza della contrattazione collettiva per la regolamentazione dei dipendenti ivi unitariamente gestiti; così già T. TREU, *Trasformazioni...*, cit., pag. 25, che, con riferimento ai gruppi di imprese, aveva sostenuto che le relazioni collettive fossero utili per migliorare la qualità dei rapporti di lavoro all’interno del gruppo e possibilmente la sua efficienza (cfr. anche ID., *Gruppi di imprese e relazioni industriali: tendenze europee*, in *Dir. Lav. Rel. Ind.*, 1988, 4, pag. 669); L. CORAZZA, *Reti di imprese e nozione di datore di lavoro*, cit., pag. 261; U. CARABELLI, *Flessibilizzazione o destrutturazione del mercato del lavoro*, in F. LISO, U. CARABELLI (a cura di), *Il lavoro temporaneo*, Milano, 1999, pag. 94 e segg.

¹⁶⁹⁵ Cass. 24 marzo 2003, n. 4274, cit.

riscontrabile un solo ed unico datore di lavoro, ma più datori di lavoro, da individuarsi nelle imprese che abbiano effettivamente esercitato tali poteri¹⁶⁹⁶ o, secondo un orientamento in parte dissimile, in tutte le imprese del gruppo nel cui interesse si fosse svolta la prestazione¹⁶⁹⁷.

Attraverso un particolare angolo visuale, per così dire dal basso¹⁶⁹⁸ sul fenomeno gruppo, focalizzato sul concreto esercizio delle prerogative datoriali e non sui rapporti societari, si è così giunti al riconoscimento di un'ipotesi di "codatorialità" in quel "rapporto di lavoro che vede nella posizione del lavoratore un'unica persona e nella posizione di datore di lavoro più persone", chiamate perciò a rispondere solidalmente delle obbligazioni proprie della figura del datore di lavoro¹⁶⁹⁹.

Pare tuttavia difficilmente contestabile che, nell'ambito della disciplina dei gruppi, si sia trattato pur sempre di "frammenti" di codatorialità, rintracciabili di tanto in tanto sullo sfondo di importanti decisioni anche della Corte di Giustizia¹⁷⁰⁰, eppure mai in grado di assurgere ad elementi di sistema, tanto a livello nazionale, quanto sovranazionale.

Restando sul piano del diritto interno, infatti, da un lato la Suprema Corte non ha mai preso una posizione netta circa le conseguenze del riconoscimento della contitolarità del rapporto in capo a più soggetti, pronunciandosi quasi sempre "ex post" (ossia a rapporto concluso) e accordando

¹⁶⁹⁶ Nello stesso senso, da ultimo, Appello Milano 24 marzo 2014, cit., che si è basata sul concreto esercizio dei poteri datoriali nei confronti del singolo lavoratore, e non sul collegamento societario in sé ("la società convenuta è datore di lavoro non in quanto capogruppo, ma perché ha co-gestito direttamente in rapporto") per giungere all'accertamento della contitolarità del rapporto in capo a più soggetti giuridici, anche se ai limitati fini della verifica del rispetto dell'obbligo di *repêchage*. In dottrina, sulla necessità di "verificare come e da quali soggetti, fra loro diversamente collegati, l'intero rapporto sia stato gestito, ovvero chi abbia esercitato i poteri tipici del datore di lavoro", G. DE SIMONE, *op. ult. cit.*, pag. 1528.

¹⁶⁹⁷ Trib. Monza 28 aprile 2004, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2004, II, pag. 540, con nota di A. FORTUNAT, *Due imprese e una stessa organizzazione aziendale: quando il lavoratore è a servizio di due datori*, relativa ad un caso, non tanto di regolare utilizzo dei lavoratori (piloti, nel caso *de quo*) da parte di più imprese del gruppo, ma di costante messa a disposizione degli stessi per le esigenze e necessità del gruppo, e soprattutto della controllante.

¹⁶⁹⁸ Cfr., per tutti, G. TEUBNER, *Unitas Multiples: Corporate Governance in Groups Enterprises*, in D. SUGARMAN, G. TEUBNER, *Regulating Corporate Governance in Europe*, Baden Baden, 1980, pag. 86; già, Id., *Unitas Multiplex: Problems of Governance in Group Enterprises from a System Theory Viewpoint*, Florence, 1988.

¹⁶⁹⁹ Cass. 24 marzo 2004, n. 4274, cit.; similmente, Cass. 17 maggio 2003, n. 7727, in *Orient. Giur. Lav.*, 2003, I, pag. 385, che, pur non esprimendosi in termini di codatorialità, ha ravvisato un'ipotesi di responsabilità solidale ex art. 1294 c.c. per gli obblighi (in tal caso, pecuniari) propri del datore di lavoro in capo a tutte le società che "codeterminano" la prestazione. Per una prima apertura in dottrina verso la contitolarità della posizione datoriale in capo a più società, attraverso uno specifico accordo (dunque, "ex ante") in cui dalla parte datoriale comparissero più soggetti, A. VALLEBONA, *Problemi del rapporto...*, cit., pag. 682.

¹⁷⁰⁰ C.d.G. 21 ottobre 2010, C-242/2009, "Albron", in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2011, II, pag. 1286, con nota di O. RAZZOLINI, *Il problema dell'individuazione del datore di lavoro nei gruppi di imprese al vaglio della Corte di Giustizia. Verso un'idea di codatorialità?*, che, pure avendo riguardo alla normativa sul trasferimento d'azienda, è giunta ad ammettere che possa essere considerata "cedente", in quanto "datore di lavoro non contrattuale", anche (d'onde l'idea di codatorialità, anche se qui *sui generis*) l'impresa del gruppo cui i lavoratori erano permanentemente distaccati, anche se formalmente vincolati ad altra impresa ("datore di lavoro contrattuale"). Si veda poi C.d.G. 15 dicembre 2011, C-384/2010, "Navimer", in *NGL*, 2012, pag. 263, che, nel risolvere un quesito circa l'interpretazione dell'art. 6, n. 2, lett. a), della convenzione sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (Regolamento CE 593/2008, c.d. "Roma I"), ha ritenuto che la "sede che ha proceduto ad assumere il lavoratore" rimane quella che ha proceduto all'assunzione del lavoratore e non quella a cui egli è collegato per l'effettivo svolgimento delle sue mansioni, ben potendo anche la sede di un'impresa diversa da quella che risulta formalmente come datore di lavoro essere qualificata come "sede", ove elementi oggettivi consentano di stabilire l'esistenza di una situazione concreta che divergerebbe da quella che emerge dai termini del contratto (tipicamente, qualora il potere di direzione non sia stato formalmente trasferito a quest'altra impresa): sul punto, si consenta il rinvio a M. BIASI, *La concezione realistica del datore di lavoro nei gruppi di imprese ed il principio di prevalenza del datore di lavoro "effettivo" sul datore di lavoro "apparente"*, in *Riv. Crit. Dir. Lav.*, 2012, 3, pag. 715 e segg.

al lavoratore una tutela basata sul meccanismo della responsabilità solidale¹⁷⁰¹, non incompatibile con la regola della bilateralità del rapporto¹⁷⁰², come ampiamente dimostrato dalla normativa in tema di appalto.

Dall'altro lato, le tesi contrarie alla configurabilità di ipotesi di "codatorialità" (anche) nell'ambito dei gruppi di imprese hanno da sempre avuto un valido argomento nell'assenza di un aggancio normativo a favore di una tale ricostruzione e nella contestuale presenza di qualche – pur non dirimente, ad avviso di chi scrive – elemento di segno contrario¹⁷⁰³.

3. Le nuove forme di lavoro nell'impresa di rete, tra "codatorialità" e "assunzione congiunta".

3.1 La "codatorialità" nelle reti di imprese

Ciò che emerge dal – sommario – esame condotto sull'esperienza dei gruppi è che, in taluni casi, una parte della giurisprudenza e della dottrina ha sostenuto come ad una pluralità di soggetti

¹⁷⁰¹ Del resto, anche in un sistema sotto molti aspetti diverso, come quello degli Stati Uniti, si è sviluppata la "Joint Employment Doctrine" (per un riepilogo, da ultimo, A.L. GOLDMAN, R.L. CORRADA, *Labour Law in the US*, 3rd revised edition, Alphen aan den Rijn, 2011, pagg. 90-91; L. CORAZZA, "Contractual Integration...", cit., pagg. 226-228; *amplius*, M. LINDER, *The Joint Employment Doctrine: Clarifying Joint Legislative-Judicial Confusion*, in *Hamlin Journal of Public Law and Policy*, 1989, 10, pag. 321 e segg., con un focus particolare sull'origine della figura nella volontà di proteggere i lavoratori, spesso migranti, impiegati nel settore dell'agricoltura, ossia quelli "vulnerable to efforts by employers to evade their responsibilities under federal protective statutes by hiding behind judgment-proof middlemen"), secondo la quale sarebbe possibile attribuire la qualifica di datore di lavoro a più soggetti, quando gli stessi "codeterminano le condizioni di svolgimento del rapporto di lavoro", a prescindere dalla qualifica giuridica e dai rapporti contrattuali tra le parti: la conseguenza sarebbe proprio l'attribuzione della qualifica congiunta di datore di lavoro, pur nella separazione delle entità dal punto di vista giuridico, ma con imputazione congiunta tanto rispetto agli obblighi collettivi (relazioni sindacali e necessaria negoziazione sulle condizioni di lavoro dei lavoratori utilizzati congiuntamente), quanto a quelli relativi al rapporto di lavoro individuale (normativa antidiscriminatoria, minimi salariali e rispetto orario di lavoro), spesso con la precipua finalità di garantire il rispetto del minimo salariale "aggredendo" la parte dotata di "deeper pocket" (M. LINDER, *op.ult.cit.*, pag. 321): la stessa volontà di estendere la responsabilità oltre il piano formale e nei confronti dei soggetti maggiormente "capienti" sembra emergere anche dai sempre più frequenti accordi raggiunti tra i produttori e le catene di distribuzione di vestiario, volti a garantire il rispetto della normativa in materia di sicurezza e degli standard retributivi minimi: cfr. M. ANNER, J. BAIR, J. BLASI, *Toward Joint Liability in Global Supply Chains: Addressing the Root Causes of Labor Violations in International Subcontracting Networks*, in *CLL&PJ*, 2013, 35, 1, pag. 1 e segg.

¹⁷⁰² S.P. EMILIANI, *op.cit.*, pag. 501.

¹⁷⁰³ V. PINTO, *I gruppi imprenditoriali tra diritto dell'unione europea e diritto nazionale*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2011, 4-5, pag. 903, nonché, da ultimo, ID., *Profili critici della teoria della codatorialità nei rapporti di lavoro*, in *Riv. Giur. Lav.*, 2013, I, pag. 73, il quale menziona, tra l'altro, l'art. 31 D.Lgs. 276/2003. In tema si osserva che, se il primo ed il secondo comma di tale disposizione, nel prevedere l'ammissibilità della delega di alcune funzioni gestorie all'interno del Gruppo o dei Consorzi, a favore della società che ne sono al vertice, non hanno apportato alcun significativo cambiamento a quella che era una prassi già in uso all'interno dei Gruppi (Circ. Min. Lav. 18 febbraio 2004; in dottrina, G. MAUTONE, *Lo svolgimento delle attività di amministrazione del personale da parte della Capogruppo o dei consorzi*, in F. CARINCI (diretto da), *Commentario al D.Lgs. 276/2003*, Milano, 2004, pag. 226 e segg.), il terzo comma dell'art. 31 D.Lgs. 276/2003 si preoccupa di precisare, mediante una sorta di "excusatio non petita", che "le disposizioni di cui ai commi 1 e 2 non rilevano ai fini della individuazione del soggetto titolare delle obbligazioni contrattuali e legislative in capo alle singole società datrici di lavoro". Ad avviso della dottrina prevalente, tale inciso avrebbe proprio lo scopo di "confermare il principio di separatezza come cardine del fenomeno dei Gruppi societari" (G. SCOGNAMIGLIO, *Art. 31 (Gruppi di Impresa)*, in R. DE LUCA TAMAJO e G. SANTORO-PASSARELLI (a cura di), *Il Nuovo Mercato del Lavoro. Commentario al D.Lgs. 10 settembre 2003, n. 276 (Riforma Biagi)*, Padova, 2007, pag. 482; similmente, A. MARESCA, *Articolo 31 - Gruppi di Impresa*, in M. PEDRAZZOLI (coordinato da), *Il Nuovo Mercato del Lavoro. D.Lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, Bologna, 2004, pag. 356; G. PELLACANI, *I gruppi societari nella riforma Biagi*, in *Dir. Merc. Lav.*, 2004, 3, pag. 728), anche se vi è stato chi ha più prudentemente osservato che "l'immediata finalità di questa norma è quella di non influire sul dibattito sull'attuale rilevanza del Gruppo nel diritto del lavoro" (N. RONDINONE, *Disposizioni in materia di Gruppi di Impresa e Trasferimento d'azienda*, in E. GRAGNOLI, A. PERULLI (a cura di), *La Riforma del Mercato del Lavoro e i nuovi modelli contrattuali. Commentario al D.Lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, Padova, 2004, pag. 457).

esercitanti i poteri del datore di lavoro possa corrispondere una pluralità di rapporti¹⁷⁰⁴, anche a prescindere dall'assenza di indicazioni normative in tal senso.

Oggi, però, avuto riguardo alle reti di imprese, è lo stesso Legislatore ad ammettere espressamente, con il nuovo art. 30, comma 4-ter D.Lgs. 276/2003, la “codatorialità dei dipendenti ingaggiati con regole stabilite attraverso il contratto di rete”.

Se, allora, i dubbi sull'ammissibilità della “codatorialità” nei gruppi possono dirsi ancora irrisolti¹⁷⁰⁵, ed anzi potrebbero risultare ulteriormente acuiti dal confronto con la disciplina relativa alla rete, per quest'ultima, come detto, il dato normativo c'è e non può essere ignorato, anche se la laconicità del testo non consente di percepire immediatamente se si tratti della stessa “codatorialità” della quale si è sinora – variamente – discusso, ovvero se la nuova figura costituisca, come parrebbe preferibile ritenere, una sua versione “qualificata”, dettata appositamente per le reti e caratterizzata da regole sue proprie.

Proprio con riferimento a queste ultime, tuttavia, va sin da subito notato come, nel non fornire una disciplina organica, il Legislatore ha lasciato di fatto aperti quegli stessi quesiti sollevati in tema dall'autorevole dottrina che si era in precedenza chiesta: a) in che modo si frazionano i poteri che fanno capo al datore di lavoro in ipotesi di codatorialità? b) quali sono le conseguenze sui lavoratori come soggetti passivi della codatorialità?; c) quali sono gli istituti civilistici cui ricondurre la specie?¹⁷⁰⁶. Ma, se si è già anticipato come, prima ancora che di una regolamentazione completa, l'inedita forma di “codatorialità” per le reti di imprese risulti carente di una stessa definizione¹⁷⁰⁷, è proprio a partire da quest'ultima che pare corretto iniziare nel tentativo di tracciare le linee ed i contorni del nuovo istituto.

3.1.1 Definizione

Ad avviso di chi scrive, la codatorialità nelle reti potrebbe consistere nell'utilizzo cumulativo e promiscuo¹⁷⁰⁸ di uno o più lavoratori, formalmente dipendente/i del/i singolo/i retista/i e la cui prestazione verrebbe gestita, in funzione di un interesse condiviso (“di rete”)¹⁷⁰⁹, secondo i modi

¹⁷⁰⁴ Così, da ultimo, Cass. 5.11.2013, n. 24770, in *Rep. 2013, Lavoro (rapporto)*, [3890], n. 1117.

¹⁷⁰⁵ Sull'attualità di tali censure, I. ALVINO, *op.cit.*, pag. 130.

¹⁷⁰⁶ O. MAZZOTTA, *Gruppi di imprese, codatorialità e subordinazione*, in *Riv. Giur. Lav.*, 2013, I, pag. 23.

¹⁷⁰⁷ Di riferimento “oscuro” parla A. SARTORI, *Il decreto «lavoro» del Governo Letta (ovvero come rilanciare l'occupazione con poche risorse, ma tanti buoni propositi)*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2013, III, pag. 235; similmente, M.G. GRECO, *Distacco e codatorialità*, cit., pag. 392.

¹⁷⁰⁸ O “codatorialità in senso forte”, nell'accezione intesa da O. MAZZOTTA, *op.ult.cit.*, pag. 20.

¹⁷⁰⁹ I. ALVINO, *op.cit.*, pag. 155, il quale a ragione afferma che “tale interesse costituisce...il parametro di riferimento per valutare la riconducibilità dell'esercizio da parte del terzo del potere direttivo nell'ambito delle modalità di attuazione della funzione del contratto di lavoro”. Se, per quanto riguarda i gruppi, si è da sempre ritenuto sussistere quasi automaticamente l'interesse del distaccante nell'ipotesi di distacco infra-gruppo, tanto da configurare quasi una presunzione (G. DE SIMONE, *Titolarità dei rapporti di lavoro e regole di trasparenza...*, cit., pag. 304; sulla rilevanza dell'interesse di gruppo ai fini dell'individuazione dell'interesse al distacco ex art. 30 D.Lgs. 276/2003, S. MAGRINI, voce *Lavoro nelle società collegate*, cit., pag. 487; una lettura in parte divergente insiste però sulla valenza del gruppo unicamente al fine di agevolare l'onere di provare la sussistenza dell'interesse del distaccante, M.G. GRECO, *Distacco e codatorialità...*, cit., pag. 389; M. NICOLOSI, *op.cit.*, pag. 220; F. LATTANZIO, *L'interesse datoriale nel distacco di manodopera*, in *Lav. Giur.*, 2010, I, pag. 45; già O. BONARDI, *op.cit.*, pag. 119; da ultimo, A. PERULLI, *Contratto di rete...*, cit., pagg. 441-442, cui si rinvia per gli opportuni riferimenti giurisprudenziali e dottrinali), oggi all'interesse di rete lo stesso legislatore sembra riconoscere un ruolo ancor più pregnante, recependo per le reti l'indirizzo giurisprudenziale elaborato in materia di gruppi: così O. RAZZOLINI, *Lavoro e decentramento produttivo...*, cit., pag. 693. Non a caso, infatti, la dottrina ha sin da subito osservato come il legislatore abbia dato rilevanza all'interesse di rete nel distacco con una vera e propria presunzione *iuris et de iure* (A. SARTORI, *op.loc.ult.cit.*; E. MASSI, *Il distacco*

e le regole stabiliti, attraverso il contratto di rete, tra il/i datore/i di lavoro e il/i co-utilizzatore/i (gli altri retisti o alcuni di essi).

Si tratterebbe, dunque, di una situazione di fatto analoga all'impiego cumulativo del personale all'interno dei gruppi, già definito da chi scrive qual sorta di "job sharing *dal lato datoriale*"¹⁷¹⁰, per effetto del quale il datore di lavoro formale ed originario non perderebbe la sua qualità, ma vi sarebbero altri soggetti legittimati ad esercitare, insieme a quest'ultimo, il potere direttivo e di conformazione sul personale "condiviso"¹⁷¹¹.

Si esulerebbe qui, dunque, dalle ipotesi di "codatorialità sostanziale"¹⁷¹² o di "codatorialità in senso lato"¹⁷¹³, cui si è fatto riferimento in dottrina per le ipotesi di responsabilità solidale di più imprese (tra cui il datore di lavoro formale) nei confronti dei crediti (normalmente retributivi) e/o degli obblighi di sicurezza¹⁷¹⁴, come si verifica tipicamente nell'appalto¹⁷¹⁵, afferendo, invece, la "codatorialità" in parola all'esercizio concreto dei poteri datoriali da parte di più soggetti¹⁷¹⁶.

Né si verterebbe qui in un'ipotesi di "codatorialità" frutto di un'integrazione contrattuale particolarmente stretta¹⁷¹⁷ o di una "confusione patrimoniale"¹⁷¹⁸ tra le imprese, che potrebbe benissimo mancare ed anzi non pare neppure attagliarsi al modello dell'impresa di rete, ma di un fenomeno da guardare ancora una volta dal basso, come già suggerito da una parte della giurisprudenza nazionale sui gruppi, oltre che da quella francese sulla "co-emploi"¹⁷¹⁹.

temporaneo del personale dopo le novità del contratto di rete e della codatorialità, in *Dir. Prat. Lav.*, 2013, 37, pag. 7, che peraltro ritiene che non solo l'interesse, ma anche il requisito della temporaneità sia integrato ove il distacco avvenga all'interno della rete; v. anche la Circolare del Ministero del lavoro e delle politiche sociali 29.8.2013, n. 35, cui adde G. GUZZARDI, *Distacco e codatorialità nelle reti di imprese alla luce del c.d. "Decreto Lavoro"*, in *Nuove Leggi Civ. Comm.*, 2014, 1, pag. 63), a patto, come sottolineato da attenta dottrina, che l'accordo di distacco costituisca uno strumento attuativo del contratto di rete: così M.T. CARINCI, *Utilizzazione e acquisizione...*, cit., pag. 104, nt. 6; M. ESPOSITO, *La fattispecie del distacco e la sua disciplina*, cit., pag. 614, ad avviso del quale andrebbe comunque verificato il "necessario collegamento tra le ragioni del distacco e le ragioni economiche condivise dagli aderenti alla rete imprenditoriale".

¹⁷¹⁰ M. BIASI, *I dubbi sull'attuale rilevanza dei gruppi di imprese nel diritto del lavoro. Le oscillazioni della giurisprudenza e la necessità di un intervento organico del legislatore in materia*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2011, 4-5, pag. 990 e segg.

¹⁷¹¹ Sulla problematica relativa alla possibile limitazione della responsabilità dei retisti "co-utilizzatori" attraverso il contratto di rete, v. *infra*.

¹⁷¹² R. DE LUCA TAMAJO, *Diritto del lavoro e decentramento produttivo...*, cit., pag. 16.

¹⁷¹³ M.T. CARINCI, *Utilizzazione e acquisizione indiretta del lavoro...*, cit., pag. 16.

¹⁷¹⁴ Con riferimento a questi ultimi si è parlato di "multidatorialità": così C. LAZZARI, *Datore di lavoro e obbligo di sicurezza*, *WP Olympus*, 2012, 7, pag. 9.

¹⁷¹⁵ Individua nella responsabilità solidale (nel debito), tra il formale datore di lavoro ed i soggetti che indirettamente si avvalgono della prestazione, il principale strumento di tutela della posizione del lavoratore coinvolto nelle operazioni di decentramento produttivo, L. IMBERTI, *Responsabilità datoriale congiunta*, in M. PEDRAZZOLI (ordinato da), *Lessico...*, cit., pag. 103, cui si rinvia per gli opportuni riferimenti dottrinali.

¹⁷¹⁶ V. SPEZIALE, *In datore di lavoro...*, cit., pag. 19.

¹⁷¹⁷ V. SPEZIALE, *op.ult.cit.*, *passim*, cui adde F. CAPURRO, *Tecniche di tutela degli interessi dei lavoratori nel contesto di forme di decentramento produttivo particolari*, in *Lav. Giur.*, 2011, 11 – Allegato 1, *Tutela dei lavoratori e decentramento*, pag. 51 e segg.

¹⁷¹⁸ V. *retro*.

¹⁷¹⁹ Simili rilievi si leggono in O. RAZZOLINI, *Lavoro e decentramento produttivo...*, cit., pag. 701.

Sul punto non si può allora non condividere l'opinione di chi distingue la "codatorialità" dalla "contitolarità"¹⁷²⁰: la seconda esprimerebbe infatti l'acquisizione congiunta della qualità di datore di lavoro sulla base del contratto¹⁷²¹, mentre la prima atterrebbe all'esercizio condiviso del potere direttivo e di conformazione da parte di "ciascun imprenditore che partecipa al contratto di rete"¹⁷²², o, secondo una diversa e preferibile lettura, dei soli retisti appositamente individuati nel contratto di rete.

3.1.2 Inquadramento

Alla luce della carenza di riferimenti normativi e dell'ampio rinvio alle regole di ingaggio stabilite nel contratto di rete, risulta oltremodo complesso procedere all'individuazione dello schema civilistico della codatorialità per le reti.

Si potrebbe, infatti, ipotizzare che vi siano, in alternativa:

a) Tanti rapporti di lavoro quanti siano i retisti cui sia attribuito (dal contratto di rete) il potere direttivo sul lavoratore condiviso¹⁷²³, o tanti rapporti obbligatori quanti siano i retisti a favore dei quali egli svolge la sua prestazione¹⁷²⁴. Ciò discenderebbe dalla sussistenza di un collegamento

¹⁷²⁰ F. BASENGHI, *Contratti di rete e rapporti di lavoro: legge n. 99 del 09-08-2013*, relazione al convegno "I contratti di rete: novità legislative, regime tributario e contabile, aspetti giuslavoristici", Modena, 8 novembre 2013, non vidi, citato da M.G. GRECO, *op.ult.cit.*, pag. 397.

¹⁷²¹ Ciò, secondo la lettura proposta, si verificherebbe invece nell'assunzione congiunta ex art. 31, comma 3-bis e segg. D.Lgs. 276/2003, su cui v. *infra*.

¹⁷²² Circolare Ministero del lavoro e delle politiche sociali n. 35/2013; nello stesso senso, G. GUZZARDI, *op.cit.*, pag. 68.

¹⁷²³ I. ALVINO, *op.cit.*, pag. 133.

¹⁷²⁴ Si tratta della soluzione già ipotizzata da L. NOGLER, *Gruppo di imprese e diritto del lavoro*, cit., pag. 304, proprio nell'ipotesi di utilizzazione cumulativa del lavoratore da parte di diverse imprese del gruppo, in particolare in quello "a forma di rete...non più caratterizzato dal potere direzionale dal centro del gruppo, bensì dal coordinamento di autonomi centri di azione".

negoziale¹⁷²⁵ – volontario¹⁷²⁶, unilaterale¹⁷²⁷ e funzionale¹⁷²⁸ – tra il contratto di lavoro ed il contratto di rete, in particolare, nella parte in cui quest'ultimo regola la prestazione lavorativa "condivisa"¹⁷²⁹: vi sarebbe così un negozio tipico e principale (il contratto di assunzione "originario"), che fungerebbe da logico antecedente, all'interno di un'operazione economica complessiva¹⁷³⁰, dei rapporti obbligatori (accessori o ausiliari) del lavoratore con gli altri retisti, con la conseguenza per cui – *solo* – le vicende del negozio principale si proietterebbero su questi ultimi rapporti, effetto del collegamento negoziale ("*accessorium sequitur principale*");

¹⁷²⁵ Sulla nozione di collegamento negoziale, la bibliografia è sterminata. Senza ambizioni di completezza, R. SACCO, voce *Contratto collegato*, in *Dig. Disc. Priv. Sez. Civ.*, Aggiornamento, Utet, 2011, pag. 238 e segg., che parla di "contratti reciprocamente subordinati" o "funzionalmente connessi", legati in una "catena in cui ogni contratto ha la sua individualità (se la perdesse, e i due contratti si fondessero, avremmo un contratto unico complesso)"; V. BARBA, *La connessione tra i negozi e il collegamento negoziale. Parte prima*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 2008, 3, pag. 791 e segg.; ID., *La connessione tra negozi e il collegamento negoziale. Parte seconda*, ivi, 4, pag. 1167 e segg.; C. COLOMBO, voce *Contratti collegati*, in *EGT*, Agg., XVII, 2008, pag. 1 e segg.; S. NARDI, *Frode alla legge e collegamento negoziale*, Milano, 2006, pagg. 48-68; G. LENER, *Profili del collegamento negoziale*, Milano, 1999; A. RAPPAZZO, *I contratti collegati*, Milano, 1998; A. IZZO, *Il collegamento contrattuale: note in materia civile, arbitrale internazionale e di conflitti di legge*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 1998, II, pag. 69 e segg.; R. MINUTILLO TURTUR, *I negozi collegati*, in *Giust. Civ.*, 1987, II, pag. 251 e segg.; G. SCHIZZEROTTO, *Il collegamento negoziale*, Napoli, 1983; G. FERRANDO, *I contratti collegati*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 1986, II, pag. 256 e segg.; EAD., *Criteri obiettivi (e «mistica della volontà») in tema di collegamento negoziale*, in *Foro Padano*, 1974, I, pag. 339 e segg.; M.R. SPALLAROSSA, *Contratti collegati e giudizio di buona fede*, in *Giur. Merito*, 1972, I, pag. 149 e segg.; G. GANDOLFI, *Sui negozi collegati*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1962, II, pag. 342 e segg.; R. SCOGNAMIGLIO, voce *Collegamento negoziale*, in *Enc. Dir.*, VII, 1960, pag. 375 e segg.; P. SENOFONTE, *In tema di negozi collegati*, in *Dir. Giust.*, 1960, pag. 273 e segg.; M. GIORGIANNI, *Negozi giuridici collegati*, in *Riv. It. Sc. Giur.*, 1937, pag. 275 e segg. (ora in ID., *Scritti minori*, Napoli, 1988, pag. 1 e segg.). Per un'efficace sintesi, C.M. BIANCA, *Diritto civile*, III, *Il contratto*, 2° ed., Milano, 2000, pagg. 481-485.

¹⁷²⁶ Qui da intendersi nel senso che la codatorialità non discende dalla stipulazione del contratto di rete, ma da un'apposita scelta dei retisti, in ciò divergendo dall'ipotesi: a) della somministrazione, nel cui ambito, come scrive V. SPEZIALE, *Il datore di lavoro...*, cit., pag. 25, il "rapporto tra il contratto commerciale e quello di lavoro diventa, in primo luogo, il presupposto per realizzare una connessione che giustifica l'attribuzione ex lege ad un terzo estraneo di alcuni poteri (e di posizioni di debito e credito) che sono invece tipici del potere di lavoro"; già relativamente al lavoro interinale, P. TULLINI, *Identità e scomposizione della figura del datore di lavoro*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2003, 1, pag. 93; O. BONARDI, *op.cit.*, pagg. 199-202; A. PERULLI, *Profili del collegamento negoziale nel lavoro temporaneo*, in *Riv. Giur. Lav.*, 1999, I, pag. 246; b) dell'appalto, in quanto "l'appalto ed il contratto di lavoro ad esso sottostante rappresentano un fenomeno unitario ai fini dell'individuazione della fonte dell'obbligazione, e precisamente quel fenomeno unitario che è costituito dall'operazione economica in grado di combinare l'utilizzazione di lavoro subordinato all'articolazione dell'attività dell'impresa su più contratti commerciali" (L. CORAZZA, "Contractual...", cit., pag. 176), che così individua nell'operazione un fenomeno unitario attraverso il collegamento negoziale necessario tra contratto di lavoro e contratto di appalto; giunge alle stesse conclusioni, anche se attraverso un iter argomentativo in parte difforme, A. MARCIANÒ, *La causa nei contratti di lavoro*, Torino, 2012, pag. 149.

¹⁷²⁷ Sulla fondamentale distinzione tra collegamento negoziale unilaterale e bilaterale, per tutti F. MESSINEO, voce *Contratto collegato*, in *Enc. Dir.*, X, 1962, pag. 48, ove si legge che, mentre nel caso del collegamento bilaterale, "i due contratti devono intercorrere tra i medesimi soggetti", in ipotesi di collegamento unilaterale ciò potrebbe anche non verificarsi, pur essendo necessario che "il secondo contratto abbia, in comune col primo, almeno una delle parti"; per una sintesi, U. NATOLI, *In tema di collegamento funzionale tra contratti*, in *Giur. Compl. Cass.*, 1947, I, pagg. 328-329.

¹⁷²⁸ Ossia rilevante anche oltre la fase genetica, ma nell'intera vita del rapporto sinallagmatico: così C. COLOMBO, voce *Contratti collegati*, cit., pag. 2.

¹⁷²⁹ A. PERULLI, *Contratto di rete...*, cit., pag. 434.

¹⁷³⁰ Sulla rilevanza dell'operazione economica complessiva ai fini della rilevanza del collegamento tra negozi autonomi, da ultimo C. CAMARDI, *Collegamento negoziale e contratto in frode alla legge. Un classico alla prova di esperienze recenti*, in *I Contratti*, 2011, 11, pag. 1044 e segg.; E. GABRIELLI, *Contratto e operazione economica*, in *Dig. Disc. Priv. Sez. Civ.*, Aggiornamento, 2011, pag. 243 e segg.; C. COLOMBO, *Operazioni economiche e collegamento negoziale*, Padova, 1999, *passim*; G. LENER, *op.cit.*, pag. 181 e segg.

b) Un unico rapporto di lavoro condiviso tra più soggetti (“*obbligazione soggettivamente complessa*”¹⁷³¹ o “*soggettivamente collettiva*”¹⁷³²), da inquadrarsi, alternativamente, secondo lo schema dell’obbligazione “*solidale ad interesse comune*”¹⁷³³ o collettiva¹⁷³⁴, frutto comunque della comunione di interessi tra contraenti¹⁷³⁵. Le sue caratteristiche sarebbero la – contestuale – pluralità dei debitori/creditori, la *eadem res debita* e la *eadem causa obligandi* o unicità di titolo¹⁷³⁶: da ciò discenderebbe, così come nel collegamento negoziale bilaterale e reciproco (che però postula una pluralità di rapporti), che, nella fase patologica, lo scioglimento del vincolo negoziale segua normalmente la regola “*simul stabunt simul cadent*”, pur potendosi però anche ammettere, in una diversa e più tutelante prospettiva, la conservazione del rapporto tra le rimanenti parti, secondo il principio “*utile per inutile non vitiatur*”¹⁷³⁷.

Mentre, come si vedrà *infra*, l’assunzione congiunta ex art. 31, commi 3-*bis* e segg. D.Lgs. 276/2003 parrebbe afferire al caso dell’obbligazione soggettivamente complessa di cui alla lettera b) che precede, nella codatorialità ex art. 30, comma 4-*ter* D.Lgs. 276/2003 sembra corretto ravvisarsi un’ipotesi di pluralità di negozi tra loro collegati ed in rapporto di principalità-accessorialità, così come nello schema delineato alla lettera a).

Innanzitutto, alla base del modello di codatorialità in parola, infatti, non vi sarebbe una *eadem causa obligandi*, posto che sarebbe il datore di lavoro originario, che, in luogo di distaccare con singolo provvedimento – temporaneo – il lavoratore¹⁷³⁸, lo porrebbe a costante disposizione per l’utilizzo congiunto da parte degli altri retisti, secondo le regole stabilite nel contratto di rete¹⁷³⁹.

¹⁷³¹ Avuto riguardo alla codatorialità per le reti, M.G. GRECO, *Distacco e codatorialità...*, cit., pag. 397-398, per cui “*la fattispecie realizza un’obbligazione soggettivamente complessa, in base alla quale ad un unico lavoratore e ad un’unica obbligazione (di lavoro) corrisponde una pluralità di creditori (datori di lavoro)*”; così già V. SPEZIALE, *op.ult.cit.*, pag. 63.

¹⁷³² L. BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni*, 1963, I, pag. 183 e segg.

¹⁷³³ F.D. BUSNELLI, *L’obbligazione soggettivamente complessa. Profili sistematici*, Milano, 1974, pagg. 61 e 63.

¹⁷³⁴ Per tutti, G. BRANCA, *Obbligazioni solidali, correali, collettive*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1957, I, pag. 150 e segg., spec. 151, ove sinteticamente si precisa che “*solidali sono gli obblighi con più soggetti e più vincoli, correali con più oggetti e un vincolo, collettive con un soggetto collettivo ed un vincolo*”.

¹⁷³⁵ F.D. BUSNELLI, *L’obbligazione soggettivamente complessa. Profili sistematici*, cit., pagg. 330-331 e per gli immediati riflessi di tale teorica sulla giurisprudenza, S. FRASSON, *Le obbligazioni in solido (artt. 1292 - 1313 c. c.)*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1976, II, pagg. 132-138.

¹⁷³⁶ F.D. BUSNELLI, *op.ult.cit.*, pagg. 2-3; Id., voce *Obbligazioni soggettivamente complesse*, *Enc.Dir.*, XXIX, 1979, pag. 329 e segg.; C.M. MAZZONI, *Le obbligazioni solidali e indivisibili*, in P. RESCIGNO (diretto da), *Trattato di diritto privato*, IX, Torino, 1984, pagg. 591-595; per un riepilogo, U. BRECCIA, *Le obbligazioni*, in G. IUDICA e P. ZATTI (a cura di), *Trattato di diritto privato*, Milano, 1991, pagg. 173-176. Con riferimento al lavoro prestato all’interno di un gruppo di imprese e nell’interesse di quest’ultimo, O. RAZZOLINI, *Contitolarità...*, cit., pag. 283; con riguardo alla responsabilità solidale nell’appalto e nel trasferimento d’azienda, L. CORAZZA, *Appunti in tema di obbligazioni solidali e rapporti di lavoro*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1997, I, pag. 90, secondo una lettura che “*valorizza l’autonomia del rapporto tra lavoratore e obbligato in via solidale, il quale cessa di essere un rapporto accessorio ad un debito principale*”.

¹⁷³⁷ Per un’apertura in tal senso, frutto dell’idea di ragionare in termini di inutilità dei negozi collegati a quello direttamente colpito dalla vicenda patologica, C. DI NANNI, *Collegamento negoziale e funzione complessa*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1977, I, pag. 329 e segg. Peraltro, un’attenta indagine sugli effetti del venir meno del vincolo con un contraente sull’intero contratto è stata condotta, pur con riferimento ai contratti plurilaterali con comunione di scopo (come il contratto di rete) e non di scambio (come nel caso sopra prospettato), viene condotta da M. MATTIONI, *op.cit.*

¹⁷³⁸ Ed infatti, sull’insufficienza del distacco rispetto all’esigenze di uno scambio continuo di personale tra le varie imprese della rete, già T. TREU, *Trasformazioni...*, cit., pag. 18.

¹⁷³⁹ Forse anche così si spiegherebbe la collocazione della disposizione sulla codatorialità nelle imprese di rete all’interno dell’art. 30 D.Lgs. 276/2003, interamente dedicato, per il resto ed a partire dalla rubrica, all’istituto del distacco.

Per effetto della stipulazione del contratto di rete ed in particolare della (facoltativa) pattuizione sulla codatorialità, dunque, i codatori¹⁷⁴⁰ si troverebbero così ad esercitare *contestualmente* un potere direttivo che sembrerebbe preferibile designare quale *iure proprio* (come avviene nell'assunzione congiunta, ma qui sarebbe il frutto di un rapporto obbligatorio separato ed accessorio al contratto di assunzione principale ed originario), e non di natura delegata (o in "*contemplatio domini*"). Sul piano pratico, tuttavia, il lavoratore si libererebbe pur sempre del proprio debito eseguendo la prestazione a favore del soggetto dal quale proviene il primo ordine o la prima direttiva¹⁷⁴¹, similmente a quanto avviene per le obbligazioni solidali o, meglio, per le obbligazioni – soggettivamente – alternative¹⁷⁴² a scelta del creditore¹⁷⁴³.

Oltre a quanto si dirà *infra* circa l'esercizio dei poteri ed i relativi limiti, anche la cessazione di uno dei singoli rapporti obbligatori diverso da quello principale, così come lo stesso scioglimento del contratto di rete, non avrebbe effetto sul rapporto principale: simili evenienze sortirebbero unicamente l'effetto di far "retrocedere" il rapporto entro lo "schema binario classico" con il datore di lavoro originario¹⁷⁴⁴, così come avviene al termine del distacco, e ciò al fine di evitare, si consenta la metafora, che il lavoratore possa rimanere "intrappolato" in una rete ormai disciolta. Al contrario, nel caso di vizio nel contratto di assunzione originario o di suo scioglimento (tipicamente, per licenziamento o dimissioni), la conseguenza sarebbe il venir meno per impossibilità sopravvenuta dei rapporti obbligatori accessori del lavoratore con gli altri retisti.

Quanto alla responsabilità di questi ultimi dal lato passivo, secondo una prima prospettazione, nell'ipotesi di codatorialità *ex art. 30*, comma 4-*ter* D.Lgs. 276/2003 mancherebbe quella forma di solidarietà nel debito, necessaria ed ineludibile, in precedenza riconosciuta per la "codatorialità" nei gruppi di imprese, e qui invece soggetta alle specifiche previsioni fissate nelle ormai note "regole di ingaggio"¹⁷⁴⁵.

Secondo altra parte della dottrina, sfavorevole ad una dilatazione a dismisura della capacità dell'autonomia privata nel definire le regole della codatorialità, la duplicità della posizione soggettiva dal lato datoriale non potrebbe non implicare: a) la condivisione della qualità di datore di

¹⁷⁴⁰ Si allude qui ai codatori diversi dal datore di lavoro "originario", rispetto al quale non si pongono ovviamente problemi circa la natura propria o delegata dei poteri sul lavoratore.

¹⁷⁴¹ Va da sé che il lavoratore, in caso di ordini divergenti, non sarà passibile di sanzione disciplinare (A. PERULLI, *Contratto di rete, distacco...*, cit., pag. 453; I. ALVINO, *op.cit.*, pag. 182 e già V. SPEZIALE, *Il datore di lavoro...*, cit., pag. 67), a meno che, forse, essi non provengano da un soggetto cui il contratto di rete stesso non attribuisce tale potere: tale circostanza costituisce l'ulteriore riprova della necessaria conoscenza (*rectius*, condivisione) delle regole di ingaggio da parte del lavoratore, sulla quale v. *infra*.

¹⁷⁴² D. RUBINO, *Delle obbligazioni (obbligazioni alternative – obbligazioni in solido – obbligazioni divisibili e indivisibili)*, in A. SCIALOJA e G. BRANCA (a cura di), *Commentario del codice civile*, IV, ristampa della 2a ed., Bologna-Roma, 1968, pagg. 23-24.

¹⁷⁴³ C.M. MAZZONI, *Obbligazioni alternative*, in P. RESCIGNO (diretto da), *Trattato di Diritto Privato*, t. I, *Obbligazioni e contratti*, 2a ed., Torino, 1999, pag. 723.

¹⁷⁴⁴ Anche V. SPEZIALE, *Il datore di lavoro...*, cit., pag. 74 aveva ipotizzato che gli effetti "restitutivi della posizione originaria (ad esempio per quanto attiene un licenziamento...) sarebbero a carico di chi ha formalmente stipulato il contratto di lavoro o assume, di fatto, la veste di datore".

¹⁷⁴⁵ I. ALVINO, *op.cit.*, pag. 179, secondo cui dovrebbe essere il contratto di rete a regolare gli obblighi e le responsabilità dei retisti nei confronti del personale promiscuamente utilizzato; similmente, la Circolare n. 35/2013 del Ministero del lavoro e delle politiche sociali, ove si legge che "sul piano di eventuali responsabilità penali, civili e amministrative – e quindi sul piano della sanzionabilità di eventuali illeciti – occorrerà quindi rifarsi ai contenuti del contratto di rete, senza pertanto configurare "automaticamente" una solidarietà tra tutti i partecipanti al contratto"; nello stesso senso, G. GUZZARDI, *op.cit.*, pag. 69.

lavoro; b) la codeterminazione delle condizioni di lavoro; c) la condivisione delle responsabilità, anche per salute e sicurezza; d) la responsabilità congiunta per crediti pecuniari¹⁷⁴⁶. Va da sé che, aderendo ad una simile lettura, le “*regole di ingaggio*” dovrebbero riguardare unicamente i profili funzionali della prestazione resa a favore della rete¹⁷⁴⁷ o i modi dell’impiego congiunto dei lavoratori¹⁷⁴⁸, non potendo intaccare l’automatica responsabilità solidale passiva tra i creditori datori di lavoro ex art. 1292 c.c.¹⁷⁴⁹

Secondo un’opinione intermedia, che si ritiene preferibile, si potrebbe, da un lato, dare atto di come, nel silenzio delle parti, la regola sia la solidarietà nel debito, ma, dall’altro lato, nel valorizzare il mancato richiamo da parte del Legislatore all’ineludibilità della responsabilità solidale dei retisti co-datori, a differenza dei “*co-assuntori*” ex art. 31, commi 3-*bis* e segg. D.Lgs. 276/2003, si potrebbe consentire eventuali limitazioni pattizie del regime di responsabilità da parte dei retisti¹⁷⁵⁰, fatto salvo quanto si dirà *infra* a proposito della necessaria accettazione delle “*regole di ingaggio*” da parte del lavoratore¹⁷⁵¹.

3.1.3. Il confronto con la somministrazione ed il distacco

Così ricostruita, a livello tanto definitorio quanto strutturale, la codatorialità per le reti si porrebbe come una nuova ed assai pregnante ipotesi di dissociazione, pur parziale, tra il titolare del contratto di lavoro dal lato datoriale e l’utilizzatore della prestazione¹⁷⁵², che si ritiene perciò utile confrontare con altre due forme di – lecita – utilizzazione indiretta della forza lavoro, la somministrazione ed il distacco.

Ed allora, essa andrebbe tenuta distinta dalla somministrazione, che, come noto, consiste nella fornitura di manodopera in forza di un contratto commerciale tra un’agenzia ed un utilizzatore, cui segue la scomposizione o lo sdoppiamento dei poteri datoriali, normalmente “*accentrati*”, in capo a questi ultimi due soggetti¹⁷⁵³: da un lato, all’Agenzia spetta il potere disciplinare e di recesso, oltre all’obbligo retributivo (pur soggetto alla regola della solidarietà), dall’altro lato,

¹⁷⁴⁶ A. PERULLI, *Contratto di rete...*, cit., pagg. 452 e 459-460.

¹⁷⁴⁷ A. PERULLI, *op.ult.cit.*, pag. 462; similmente, M.T. CARINCI, *op.ult.cit.*, pag. 105.

¹⁷⁴⁸ A. SARTORI, *op.cit.*, pag. 236.

¹⁷⁴⁹ D. VENTURI, *La disciplina del distacco e le nuove regole sulla codatorialità nelle reti di imprese*, in M. TIRABOSCHI (a cura di), *Il Lavoro riformato*, Milano, 2013, pag. 209.

¹⁷⁵⁰ E. MASSI, *op.cit.*, pag. 8. Sull’opportunità di consentire alle imprese di “*definire consensualmente la ripartizione [non solo] dei poteri [ma anche] (e) degli oneri relativi alla gestione delle risorse umane nei modi ritenuti più adatti alle esigenze delle attività concordate*”, già T. TREU, *Il contratto di rete per la crescita e la gestione delle risorse umane*, in AA.VV. (a cura di), *Il contratto di rete per la crescita delle imprese*, Milano, 2012, pag. 361.

¹⁷⁵¹ Invero, sembra comunque difficile sostenere, pur nella consapevolezza che un attento esame della problematica richiederebbe ben altro grado di approfondimento, che la derogabilità del regime di responsabilità possa riguardare tutti gli obblighi datoriali, tra i quali, su tutti, quelli in materia di salute e sicurezza sul luogo di lavoro.

¹⁷⁵² V. SPEZIALE, *L’unicità...*, cit., pag. 30.

¹⁷⁵³ M. AIMO, *La somministrazione di lavoro: una fattispecie negoziale complessa*, in M. AIMO, D. IZZI (a cura di), *Esternalizzazioni e tutela dei lavoratori*, cit., pagg. 415-423; M.T. CARINCI, *Utilizzazione e acquisizione...*, cit., pag. 16.

all'utilizzatore è attribuito l'esercizio del potere direttivo e di controllo, nonché il rispetto degli obblighi di sicurezza¹⁷⁵⁴.

Nella codatorialità, invece, il datore di lavoro "originario" non si spoglia del potere direttivo e di conformazione, che, al contrario, viene esercitato cumulativamente insieme agli altri retisti indicati dal contratto di rete, né la condivisione del personale ha causa nella volontà del primo di arricchirsi attraverso la messa a disposizione del proprio personale a favore di altri¹⁷⁵⁵, risultando invece la condivisione dei dipendenti tesa e funzionale al soddisfacimento dell'interesse di rete.

La codatorialità in parola si distinguerebbe altresì dal distacco¹⁷⁵⁶, pure accomunato alla prima, non solo dalla collocazione sistematica delle relative disposizioni, dalla ratio di agevolare la mobilità del lavoratore: come osservato nel contributo dedicato all'istituto in esame nel presente lavoro¹⁷⁵⁷, tuttavia, il distacco integra un'ipotesi di utilizzo alternativo del lavoratore, posto temporaneamente, mediante un provvedimento espressione del potere direttivo¹⁷⁵⁸, a disposizione di un altro soggetto, con l'attribuzione a quest'ultimo dei poteri di conformazione e di controllo¹⁷⁵⁹, dei quali il datore di lavoro, così come nella somministrazione, si spoglia, anche se qui solo per il tempo di esecuzione del provvedimento¹⁷⁶⁰.

In pratica, non solo nel distacco non si verifica alcuna novazione del rapporto di lavoro¹⁷⁶¹, ma anche, e soprattutto, non si configura un'ipotesi di utilizzo cumulativo del personale da parte di più soggetti, così come avviene nel caso della codatorialità, la quale costituisce uno strumento ben più flessibile del primo per la gestione del personale: la situazione di legittimo utilizzo di personale da parte degli altri retisti trova ragione in una precisa e volontaria pattuizione di questi ultimi all'interno del contratto di rete, e non già nell'emissione di un singolo provvedimento – per sua natura di carattere temporaneo¹⁷⁶², anche all'interno della rete¹⁷⁶³ – per ogni invio di un lavoratore presso un diverso soggetto¹⁷⁶⁴.

¹⁷⁵⁴ V. art. 23 D.Lgs. 276/2003. Per un accurato esame della suddivisione dei poteri nella somministrazione di lavoro, da ultimo, G. FONTANA, *La «dissociazione» dei poteri e delle responsabilità datoriali nella somministrazione di manodopera*, in *Dir. Merc. Lav.*, 2013, 1, pag. 97 e segg., anche per l'ampia bibliografia.

¹⁷⁵⁵ Ciò probabilmente, anche se tale profilo meriterebbe tutt'altro grado di approfondimento, parrebbe far dubitare circa il possibile ingresso di un'agenzia di somministrazione con il ruolo di datore di lavoro "principale" incaricato della gestione e dello "smistamento" delle persone condiviso tra i vari retisti.

¹⁷⁵⁶ D. VENTURI, *op.cit.*, pag. 207, che condivisibilmente sottolinea l'uso della congiunzione copulativa "inoltre" da parte del Legislatore, segno della volontà di separare le previsioni sul distacco nella rete da quella sulla codatorialità.

¹⁷⁵⁷ A. BUSSOLARO, *Il distacco nelle reti di imprese*, cit.

¹⁷⁵⁸ M. ESPOSITO, *La fattispecie del distacco e la sua disciplina*, in M. AIMO, D. IZZI (a cura di), *Esternalizzazioni e tutela dei lavoratori*, cit., pag. 613.

¹⁷⁵⁹ Cass. 6 giugno 2013, n. 14314, in *Rep. Foro It.*, 2013, *Lavoro (rapporto)*, [3890], 1028.

¹⁷⁶⁰ Diffusamente, A. PESSI, *Il comando e distacco*, in M. BROLLO (a cura di), *Il mercato del lavoro*, cit., pag. 1568 segg., cui si rinvia per gli ulteriori riferimenti dottrinari e giurisprudenziali.

¹⁷⁶¹ E. MASSI, *op. cit.*, pag. 4.

¹⁷⁶² Cfr. l'efficace sintesi di M. ESPOSITO, *op.ult.cit.*, pag. 617: "mentre l'interesse spiega la finalità del distacco causalmente, è la temporaneità a renderlo compatibile strutturalmente con la continuità propria dell'originario vincolo di subordinazione".

¹⁷⁶³ A. PERULLI, *Contratto di rete...*, cit., pag. 443; M.G. GRECO, *op.ult.cit.*, pag. 391; M. ESPOSITO, *op.ult.cit.*, pag. 618.

¹⁷⁶⁴ Già T. TREU, *Trasformazione delle imprese...*, cit., pag. 18, nonché ID., *Il contratto di rete per la crescita e la gestione delle risorse umane*, cit., pag. 360.

3.2 La nozione di “*assunzione congiunta*”. Convergenze e divergenze con la “codatorialità” (nelle reti e non).

Nell’ambito del medesimo intervento con cui è stata per la prima volta “ammessa” la codatorialità, il Legislatore ha pure consentito alle imprese di rete, a patto che la maggioranza di queste svolga attività agricola, di “*procedere congiuntamente all’assunzione di lavoratori dipendenti per lo svolgimento di prestazioni lavorative presso le relative aziende*”¹⁷⁶⁵, secondo le modalità previste da un – allora emanando (v. *infra*) – decreto del Ministro del Lavoro e delle Politiche Sociali¹⁷⁶⁶.

Contrariamente a quanto sostenuto da autorevole dottrina¹⁷⁶⁷, l’ipotesi in parola non può essere assimilata alla codatorialità, o, più precisamente, alla codatorialità di cui all’art. 30, comma 4-*ter*, e ciò per ragioni sistematiche, oltre che letterali.

Non sembra che sia infatti casuale l’utilizzo di due termini diversi da parte del Legislatore, che, con significative affinità con l’esperienza francese (ove si distingue il “*co-emploi*” dal “*conjoint-emploi*”), affida la – scarsa – regolamentazione dei due istituti a due distinte previsioni.

La disciplina dell’assunzione congiunta, in particolare, è stata inserita all’interno del già menzionato art. 31 D.Lgs. 276/2003, dedicato ai gruppi di imprese, non costituendo, a differenza della codatorialità prevista dall’art. 30, comma 4-*ter*, una prerogativa delle imprese di rete: anzi, è lo stesso Legislatore a consentire di procedere all’assunzione congiunta, *in primis* (ossia al comma 3-*bis*), alle “*imprese agricole, ivi comprese quelle costituite in forma cooperativa, appartenenti allo stesso gruppo., ovvero riconducibili allo stesso proprietario o a soggetti legati tra loro da un vincolo di parentela o di affinità entro il terzo grado*”, concedendo tale facoltà “*anche*” alle imprese di rete (in prevalenza agricole) solo al successivo comma 3-*ter*.

Ma ancor più rilevante è il comma 3-*quinquies*, laddove per l’assunzione congiunta, a differenza che per la codatorialità, viene espressamente prevista la responsabilità solidale automatica ed ineludibile dei datori di lavoro per le obbligazioni contrattuali, previdenziali e di legge che scaturiscono dal rapporto di lavoro instaurato con le modalità indicate dai commi precedenti.

Ed allora, altro parrebbe l’esercizio condiviso delle prerogative datoriali, tipicamente il potere direttivo e di controllo sul/i medesimo/i lavoratore/i, da parte dei “codatori” e con le modalità di cui alle “*regole di ingaggio*” stabilite dalle parti, altro risulterebbe la condivisione di diritti, poteri e responsabilità, in via diretta e principale¹⁷⁶⁸, da parte di *tutti* i datori di lavoro “congiunti”¹⁷⁶⁹.

Perciò, a differenza di quanto si dirà *infra* sulla codatorialità, non si porrebbero qui problematiche relative al consenso del lavoratore coinvolto, posto che si presuppone che l’assunzione congiunta,

¹⁷⁶⁵ Art. 31, comma 3-*bis* e 3-*ter* D.Lgs. 276/2003, così come modificato dall’art. 9, comma 11 L. 99/2013.

¹⁷⁶⁶ D.Lgs. 276/2003, comma 3-*quater*.

¹⁷⁶⁷ A. PERULLI, *Contratto di rete...*, cit., pag. 463.

¹⁷⁶⁸ G. CAROSIELLI, D. VENTURI, *op.cit.*, pag. 382, che correttamente distinguono tale forma di responsabilità da quella regolata all’art. 29, comma 2 D.Lgs. 276/2003 vigente in materia di appalto tra appaltatore (obbligato principale) e committente (obbligato in solito in via sussidiaria, secondo uno schema affine all’istituto fideiussorio): sul punto, da ultimo, P. CHIECO, *Appalti e solidarietà nei recenti sviluppi di una legislazione in continuo cambiamento*, *Dir. Rel. Ind.*, 2012, 4, 997.

¹⁷⁶⁹ In termini di “*titolarità di tutte le posizioni attive e passive proprie del rapporto di lavoro*”, M.T. CARINCI, *Utilizzazione e acquisizione...*, cit., pag. 15.

definita “contestuale” dalla Circolare n. 35/2013, avvenga *ab origine* (del resto, si tratta di una “assunzione” e non di un “ingaggio”)¹⁷⁷⁰: tale elemento sembra costituire un’ulteriore difformità con la codatorialità, che può sopravvenire (e, come visto, anche retrocedere) e che, soprattutto, non vede precluse *ex lege* eventuali limitazioni di responsabilità da parte dei codatori.

Non è del resto un caso che la disciplina riguardi, analogamente all’assunzione congiunta francese, principalmente soggetti legati tra loro da vincoli anche molto forti (su tutti, il caso delle imprese “*riconducibili allo stesso proprietario*”), e che, soprattutto, sia rivolta allo specifico settore dell’agricoltura¹⁷⁷¹, per il quale è da tempo avvertita l’esigenza di evitare le conseguenze elusive attraverso la tecnica della “*moltiplicazione dei soggetti responsabili*”¹⁷⁷².

La disposizione in materia di responsabilità solidale per le obbligazioni scaturenti dal rapporto di lavoro, inscindibilmente connessa all’ipotesi di assunzione congiunta di cui all’art. 31, comma 3-*bis* e segg. D.Lgs. 276/2003, sembra così richiamare, non già la codatorialità *ex art.* 30, comma 4-*ter* D.Lgs. 276/2003 (qui definita “qualificata”), bensì l’idea di codatorialità proposta in dottrina da Valerio Speciale, che, nella sua oltremodo approfondita e suggestiva tesi, era giunto a prefigurare una simile ipotesi quale effetto di un collegamento particolarmente intenso tra più soggetti¹⁷⁷³, per farne discendere quella “*comunione di interessi*” dal lato creditorio della prestazione lavorativa cui si accompagna un’ineludibile responsabilità solidale anche sul fronte debitorio, come previsto, per l’assunzione congiunta, dal già richiamato art. 31, comma 3-*quinqües* D.Lgs. 276/2003.

E così, nel caso dell’assunzione congiunta, si potrebbe sostenere, discostandosi dalle conclusioni cui è giunta – ragionando, allora, *de iure condendo* – l’autorevole voce appena menzionata, che i datori di lavoro “congiunti” risultino titolari di quell’unica obbligazione plurisoggettiva – correa, si sarebbe portati a dire, per l’unicità del rapporto con una pluralità di soggetti¹⁷⁷⁴, pur non escludendosi altre letture¹⁷⁷⁵ – rientrante *sub* lettera b) della classificazione sopra proposta¹⁷⁷⁶.

¹⁷⁷⁰ Con riferimento al “*rapporto instaurato con più datori di lavoro*”, già S. MAGRINI, *La sostituzione soggettiva nel rapporto di lavoro*, Milano, 1980, pag. 51, laddove l’A. esclude in ipotesi “*qualunque vicenda modificativa del rapporto di lavoro, il cui termine soggettivo, dal lato del datore di lavoro, si suppone dall’origine costituito da una pluralità di soggetti, portatori di un interesse comune e perciò unificati nel ruolo di parte in senso sostanziale anche rispetto al contratto*”.

¹⁷⁷¹ V. DE MICHELE, *op.cit.*, pag. 71, che condivisibilmente menziona le esigenze di impedire il mancato assolvimento degli obblighi contributivi, oltre che retributivi, riportando alcuni rilevanti fatti di cronaca che avrebbero spinto il Legislatore ad intervenire sul punto.

¹⁷⁷² L. CORAZZA, “*Contractual....*”, cit., p. 235.

¹⁷⁷³ V. SPEZIALE, *Il datore di lavoro....*, cit., *passim*.

¹⁷⁷⁴ G. BRANCA, *Obbligazioni solidali....*, cit., pag. 154, che ravvisa, in ipotesi di obbligazione correa, “*un diritto unico, del quale ogni titolare è titolare per intero e dunque ne dispone...come se fosse lui il solo creditore...*”.

¹⁷⁷⁵ Suggestiva potrebbe rivelarsi l’idea del configurarsi, nel caso di specie, non già di un’obbligazione correa, bensì di un’obbligazione collettiva (per una simile prospettazione, rispetto ai gruppi di imprese, già R. SCOGNAMIGLIO, *Intervento*, in AA.VV., *Tavola Rotonda. Gruppi di Società, Imprese Collegate e Rapporti di Lavoro*, in *Riv. Giur. Lav.*, 1979, I, pag. 405, che ravvisa nel gruppo fortemente integrato un “ente collettivo a carattere associativo” con posizione unitaria nei rapporti di lavoro con i dipendenti, pur non in grado di superare il velo della personalità giuridica), in presenza di un’organizzazione, come la rete, preordinabile ai fini della disposizione del credito delle prestazioni lavorative per conto della collettività: tuttavia, si potrebbe sin da subito obiettare che, a differenza delle obbligazioni collettive, nel caso dell’assunzione congiunta non è espressamente previsto – né forse ipotizzabile – che agli atti di adempimento o di gestione del rapporto partecipino tutti i soggetti, ed anzi ora il Decreto del Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali del 14 gennaio 2014 prevede che le comunicazioni obbligatorie relative ad alcuni atti di gestione del rapporto siano di competenza di un solo soggetto, a seconda della tipologia dei datori di lavoro “congiunti”, quello di vertice o quello appositamente designato.

¹⁷⁷⁶ *Contra*, I. ALVINO, *op.cit.*, pag. 139 che ritiene che si tratti di un’ipotesi di codatorialità, ravvisando un difetto di coordinamento tra l’art. 30, comma 4-*ter* D.Lgs. 276/2003 e l’art. 31, commi da 3-*bis* a 3-*quinqües* D.Lgs. 276/2003.

In pratica, la situazione di “job sharing *dal lato datoriale*”¹⁷⁷⁷ non si caratterizzerebbe prevalentemente sul piano fattuale, così come per la codatorialità *ex art. 30, comma 4-ter* D.Lgs. 276/2003, ma risulterebbe connaturata alla situazione contrattuale di sostanziale inscindibilità dell’obbligazione datoriale plurisoggettiva, tanto che gli atti di gestione e, soprattutto, di disposizione del rapporto potrebbero essere esercitati anche individualmente e *iure proprio* dai co-creditori, fatto salvo quanto si dirà per le “*modalità di comunicazione*” appositamente previste dal Decreto del Ministro del Lavoro e delle Politiche Sociali del 14 gennaio 2014.

Dall’ipotesi in parola, così come dalla codatorialità *ex art. 30, comma 4-ter* D.Lgs. 276/2003, andrebbe comunque distinta quella, ritenuta ammissibile dalla dottrina¹⁷⁷⁸, dell’assunzione diretta da parte di una rete dotata di soggettività giuridica, similmente a quanto avviene per i consorzi: è, del resto, lo stesso art. 31, comma 3-*bis* D.Lgs. 276/2003 che, nel riferirsi allo “*svolgimento di prestazioni lavorative presso le relative aziende*”, pare escludere, in caso di assunzione congiunta, quella “*reductio ad unum*” che si verifica nell’assunzione diretta da parte del soggetto/rete, la quale non sembra deviare significativamente dal tradizionale schema binario nel rapporto tra datore-lavoratore.

Tuttavia, nell’assunzione congiunta paiono frapporsi dubbi, di carattere teorico e forse ancor più pratico, relativi alle “*modalità con le quali si procede alle assunzioni congiunte*”, la cui “*definizione*” veniva non a caso demandata dall’art. 31, comma 3-*quater* D.Lgs. 276/2003 ad un successivo Decreto di attuazione del Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali, poi emanato il 14 gennaio 2014.

Il decreto, tuttavia, composto di due soli articoli, non sembra aver risolto molte delle questioni più spinose¹⁷⁷⁹, limitandosi ad individuare, all’art. 2, il soggetto incaricato di effettuare le “*comunicazioni di assunzione, di trasformazione, proroga e cessazione concernenti i lavoratori assunti congiuntamente*”.

Da un lato, tale soggetto viene individuato, contraddittoriamente, nella “*capogruppo*”, tanto nei gruppi, quanto nelle reti¹⁷⁸⁰, rispetto alle quali tale riferimento pare però ultroneo, pur lasciando trasparire l’idea di affidare alcuni adempimenti all’organo o alla persona fisica di vertice¹⁷⁸¹, il che costituiva già una facoltà (e non un obbligo) per i gruppi di imprese ai sensi del comma 1 del medesimo art. 31 D.Lgs. 276/2003.

Dall’altro lato, l’indicazione del soggetto responsabile di tali comunicazioni, che avvengono per così dire “*a valle*”, non risolve il problema delle modalità per l’esercizio di tali poteri “*a monte*”, il che, almeno per l’assunzione congiunta nell’ambito delle reti di imprese, parrebbe far pensare un possibile ruolo – almeno in funzione suppletiva – del contratto di rete anche nel caso di specie,

¹⁷⁷⁷ V. *retro*.

¹⁷⁷⁸ M.G. GRECO, *op.ult.cit.*, pag. 386; A. PERULLI, *Contratto di rete...*, cit., pag. 433; T. TREU, *Il contratto di rete e la gestione delle risorse umane*, cit., pag. 363.

¹⁷⁷⁹ A titolo meramente esemplificativo, dall’individuazione del soggetto incaricato dell’emissione della busta paga, alle problematiche ben più complesse relative alle modalità di esercizio dei poteri datoriali “*congiunti*” sul lavoratore.

¹⁷⁸⁰ Così il comma 1 dell’art. 2 (“*Soggetti obbligati e modalità di comunicazione*”) del Decreto del Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali del 14 gennaio 2014.

¹⁷⁸¹ Ai sensi dei commi 2 e 3 dell’art. 2 del DM da ultimo citato, le imprese riconducibili “*allo stesso proprietario*” ed “*a soggetti legati tra loro da un vincolo di parentela o di affinità*” effettuano le comunicazioni obbligatorie ivi indicate, rispettivamente, “*per il tramite dello stesso proprietario*” e “*per il tramite di un soggetto individuato da uno specifico accordo*” tra le parti.

così come è previsto avvenga *de plano* nell'ipotesi di codatorialità ex art. 30, comma 4-ter D.Lgs. 276/2003.

3.3 Segue. La necessaria accettazione delle “regole di ingaggio” nel caso di codatorialità

Si è già chiarito come la codatorialità costituisca una facoltà a favore dei retisti e che un considerevole spazio venga attribuito dal Legislatore alle “regole di ingaggio” contenute nel contratto di rete, ove, secondo la lettura cui si è aderito, potrebbero essere apposte alcune limitazioni alla regola della solidarietà dei retisti dal lato passivo.

Né peraltro è chiaro a cosa si riferisca precisamente l'espressione, di sapore militaresco, “regole di ingaggio”, tanto che ci si potrebbe addirittura chiedere se essa non contenga un'apertura verso forme di gestione condivisa di lavoratori non subordinati, ma legati (o, in termini atecnici, “ingaggiati”) alla rete (*rectius*, ai retisti) attraverso altre tipologie contrattuali.

Se, però, nella ricostruzione qui proposta, la codatorialità implica l'esercizio condiviso del potere direttivo da parte di più soggetti, l'istituto non potrebbe che rivolgersi esclusivamente al lavoro subordinato, a prescindere dall'utilizzo di un termine senz'altro ambiguo da parte del legislatore, ma cui forse non andrebbe dato eccessivo peso.

Ciò che maggiormente rileva, semmai, è che il contratto di rete venga chiamato a determinare le regole di impiego condiviso (in questo senso, di “ingaggio”) di un soggetto, il lavoratore, terzo rispetto a tale negozio.

Se, dunque, il contratto di lavoro individuale rimane formalmente separato, anche se connesso, al contratto di rete, ci si potrebbe chiedere se il primo non debba necessariamente recepire le regole sulla codatorialità stabilite all'interno di quest'ultimo.

Non sembrerebbe infatti possibile “configurare una funzionalizzazione del rapporto di lavoro, e dunque dei diritti e degli obblighi assunti dalle parti con la sua costituzione, al perseguimento degli obiettivi individuati dal programma di rete”¹⁷⁸² senza il necessario consenso del lavoratore¹⁷⁸³, da estrinsecarsi attraverso l'accettazione ed il rinvio, nel contratto individuale, alle regole di ingaggio previste dal contratto di rete¹⁷⁸⁴.

Ed infatti, il collegamento negoziale, come già rilevato da un'autorevole voce, sembra scontare una certa difficoltà nel trasferirsi sul piano del rapporto di lavoro¹⁷⁸⁵; del resto, da un punto di vista marcatamente civilistico, si è osservato come le parti di un contratto, anche collegato, sulle

¹⁷⁸² I. ALVINO, *op.cit.*, pag. 180.

¹⁷⁸³ Così S. MAGRINI, *op.cit.*, pag. 65, rispetto all'ipotesi di distacco che determini “l'insorgenza di un ulteriore rapporto obbligatorio fra il lavoratore ed il terzo”, sulla scorta del rilievo per cui solo una convenzione può modificare “gli effetti naturali del contratto di lavoro”.

¹⁷⁸⁴ Contra, V. DE MICHELE, *Il contratto contestuale in agricoltura*, in *Lav. Giur.*, 2013, *Gli Speciali – “Pacchetto lavoro”: interventi urgenti per la promozione dell'occupazione*, 2013, pag. 71, ad avviso del quale “il contratto di rete diventa uno strumento contrattuale integrativo del contratto di lavoro a prescindere dalla volontà delle parti originarie contraenti e, in particolare, di quella del lavoratore subordinato”; del resto, l'A. citato ricollega tale “forma dichiarata di codatorialità” all'istituto del distacco, anche in ciò distinguendosi dalla tesi, sostenuta in questa sede, per cui la codatorialità non sarebbe l'effetto di un provvedimento espressione del potere datoriale (diversamente, appunto, dal distacco).

¹⁷⁸⁵ O. MAZZOTTA, *Gruppi di imprese, codatorialità...*, cit., pag. 24, nonché, rispetto alla prospettiva di codatorialità avanzata da V. SPENZIALE, *Il datore di lavoro...*, cit., *passim*, già C. CESTER, *Intervento*, in AA.VV., *La figura del datore...*, cit., pag. 426, l'A. insiste proprio sulla difficoltà del collegamento tra negozi separati nel “raggiungere” il prestatore di lavoro.

quali si riflettano gli effetti di un diverso negozio debbano aderirvi¹⁷⁸⁶, e ciò, *in primis*, alla luce del principio della relatività degli effetti del contratto ai sensi dell'art. 1372 Cod.Civ.¹⁷⁸⁷

Insomma, come già attenta dottrina aveva sottolineato rispetto alla prestazione di lavoro resa cumulativamente nei gruppi di imprese¹⁷⁸⁸, il contratto individuale di lavoro sembra ora chiamato a “*farsi carico*” di una nuova condizione di lavoratore, per così dire “condiviso”, la quale risulterebbe caratterizzata da una diversa declinazione, nella nuova struttura organizzativa, di molti degli obblighi propri del lavoratore subordinato, a partire dall'obbligo di diligenza e fedeltà ex artt. 2104 e 2105 Cod.Civ.¹⁷⁸⁹.

Se è corretto ritenere che il distacco infra-rete – ma non il c.d. “prestito di manodopera” o “distacco improprio”, che richiede un espresso accordo delle parti del contratto di lavoro¹⁷⁹⁰ – continui ad essere frutto dell'esercizio di un potere direttivo-organizzativo, tanto da non richiedere, salvo il mutamento di mansioni¹⁷⁹¹, il consenso del lavoratore¹⁷⁹², il nuovo regime di codatorialità, implicando un diverso atteggiarsi dei poteri e delle responsabilità nel rapporto di lavoro in grado di incidere sulla stessa causa del contratto¹⁷⁹³, non potrebbe che richiedere una novazione oggettiva (come tale, consensuale) del rapporto¹⁷⁹⁴.

¹⁷⁸⁶ Peraltro, diverse voci hanno sostenuto che vi debba essere anche l'intento di collegare i negozi in capo a tutte le parti degli stessi: R. SACCO, *op.cit.*, pag. 240; B. BARBA, *op.cit.*, pag. 812; N. GASPERONI, *Collegamento e connessione tra negozi*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1955, I, pag. 380. In giurisprudenza, Cass. 16 febbraio 2007, n. 3645, in *Giust. Civ.*, 2008, I, 1278. Del resto, la dottrina da tempo insiste sul necessario consenso del contraente ceduto in altre ipotesi di collegamento negoziale, quali il *leasing* (A. ADDANTE, *Collegamento negoziale e cessione del contratto: riflessioni sul leasing*, in *Contratto e Impresa*, 2004, 5, pag. 1038 e segg., e già G. FERRARINI, *La locazione finanziaria*, Milano, 1977, pag. 70 e segg.; in giurisprudenza, tra le più recenti, Cass. 20 luglio 2007, n. 16158, in *Rep. FI*, 2007, voce *Contratto in genere*, pag. 357) ed il *project finance* (A. TULLIO, *La finanza di progetto: una ricostruzione del fenomeno alla luce della nozione di «contratto collegato» e di «operazione economica»*, in *Studium Iuris*, 2005, pag. 840 e segg.; G.L. RABITTI, *Project Finance e collegamento contrattuale*, in *Contr. Impr.*, 1996, pag. 224 e segg.).

¹⁷⁸⁷ Così sul punto G. FERRANDO, *I contratti collegati*, cit., pag. 264.

¹⁷⁸⁸ E. RAIMONDI, *Il datore di lavoro...*, cit., pag. 302.

¹⁷⁸⁹ Cfr., almeno, G. DE SIMONE, *Poteri del datore di lavoro e obblighi di lavoratore*, in A. PERULLI (coordinato da), *Il rapporto individuale di lavoro: costituzione e svolgimento*, t. II, in F. CARINCI (a cura di), *Il lavoro subordinato*, vol. XXIV, in M. BESSONE (a cura di), *Trattato di diritto privato*, Torino, 2007, pag. 280 e segg.; A. VISCOMI, *Diligenza e prestazione di lavoro*, Torino, 1997, pag. 211 e segg., oltre al classico C. LEGA, *La diligenza del lavoratore*, Milano, 1963, *passim*; sulla “*duplicazione*” dell'obbligo di fedeltà nel caso del lavoro interinale, già O. BONARDI, *op.cit.*, pag. 248, laddove l'A. segnala attentamente l'ipotesi di “*conflitto, qualora l'utilizzatore richieda al lavoratore notizie riguardanti l'agenzia o viceversa*”, ovvero situazioni che potrebbero – a maggior ragione – verificarsi in presenza di una prestazione resa cumulativamente da uno stesso lavoratore a favore di retisti tra loro *competitors*; per l'esame di simili problematiche avuto riguardo ai gruppi di imprese, M.G. MATTAROLO, *Obbligo di fedeltà del prestatore di lavoro. Art. 2105*, in P. SCHLESINGER (diretto da), *Il Codice Civile Commentario*, Milano, 2000, pagg. 116-119.

¹⁷⁹⁰ Cass. 5 settembre 2006, n. 19036, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2007, II, pag. 663, con nota di M. ROSANO, *Il «prestito» del lavoratore in seno al gruppo come possibile atto di dissimulazione del distacco*; Cass. 16 luglio 1986, n. 4604, in *Dir. Lav.*, 1987, II, pag. 225; in dottrina, L. NOGLER, *Sulla previsione contrattuale della sospensione del rapporto con prestito del lavoratore ad altra impresa collegata*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1992, II, pag. 936 e segg.; C. ZOLI, *Il distacco del lavoratore nel settore privato*, in *Dir. Lav.*, 2003, I, pag. 936.

¹⁷⁹¹ Cfr., però, M. ESPOSITO, *op.ult.cit.*, pag. 620, il quale aveva attentamente osservato come, da un certo punto di vista, il consenso potrebbe ritenersi necessario in ogni ipotesi di distacco, posto che “*su un piano oggettivo e generale, appare davvero assai difficile che le mansioni possano rimanere esattamente le stesse in un contesto organizzativo, non solo nuovo ma funzionalmente diverso da quello sottostante il contratto di lavoro stipulato*”.

¹⁷⁹² A. PERULLI, *Contratto di rete...*, cit., pag. 444.

¹⁷⁹³ Sul punto, M. NICOLOSI, *Il lavoro esternalizzato*, cit., pagg. 59 e 228, la quale esprime una valutazione critica rispetto alla mancata previsione del consenso del lavoratore anche ai fini del distacco, visto il diverso atteggiarsi degli obblighi del debitore della prestazione lavorativa anche in tale ipotesi.

¹⁷⁹⁴ In questo senso, aderendo alla tesi qui sostenuta per cui, in ipotesi di codatorialità, l'obbligazione (ed il rapporto) principale (anzi, unico) rimangano con il datore di lavoro “originario”, la figura in esame presenterebbe significative affinità con il contratto a favore di

Peraltro, in assenza di una regolazione collettiva delle condizioni dei lavoratori utilizzati promiscuamente¹⁷⁹⁵, come aveva auspicato autorevole dottrina¹⁷⁹⁶ e come avviene in varie esperienze straniere¹⁷⁹⁷, si ritiene che la soluzione proposta risulti coerente, non solo da un punto di vista lavoristico “tradizionale”¹⁷⁹⁸, ma anche in una prospettiva di *law and economics*, accordando una protezione basata sulla *property rule* del lavoratore nei confronti di un regime di responsabilità di terze parti regolato da un accordo intervenuto tra queste ultime soltanto¹⁷⁹⁹.

3.4 Le tutele a favore del lavoratore in regime di codatorialità e assunzione congiunta.

Arrivati a questo punto, ci si potrebbe chiedere quali possano essere i vantaggi per il lavoratore nell’operare in regime di codatorialità o nel venire assunto “congiuntamente” da più soggetti.

Nel tentare di offrire una risposta, necessariamente frammentaria, a tale interrogativo, che meriterebbe un ben maggiore grado di approfondimento, pare comunque opportuno distinguere tra la fase di svolgimento e quella di conclusione del rapporto.

Avuto riguardo alla prima, tanto in ipotesi di assunzione congiunta, quanto nel caso di codatorialità (in assenza di diversa pattuizione tra i retisti, poi “recepita” dal contratto individuale di lavoro), il meccanismo della responsabilità solidale dal lato passivo sembra offrire al lavoratore un’adeguata tutela nella vigenza del rapporto, a partire dal rispetto dell’obbligazione retributiva.

Nella fase patologica, in cui tradizionalmente vengono al pettine i nodi del collegamento negoziale e delle obbligazioni plurisoggettive, si è già anticipato come, in ipotesi di codatorialità, tanto la risoluzione del contratto di rete, quanto la scelta dei retisti di rinunciare all’utilizzo condiviso

terzi ex art. 1411 Cod.Civ., con impegno del promittente lavoratore all’adempimento dell’obbligazione di *facere* pure nei confronti dei retisti/terzi (soluzione, peraltro, già prospettata da O. MAZZOTTA, *Rapporto di lavoro, società collegate...*, cit., pag. 780, per le ipotesi di utilizzo cumulativo delle prestazioni nell’ambito dei gruppi di imprese nelle quali non fosse mai venuta meno la titolarità del contratto da parte del datore “originario”; in una prospettiva non dissimile, sempre nel caso di utilizzazione cumulativa nei gruppi, A. VALLEBONA, *Problemi del rapporto...*, cit., pag. 691, nonché con riguardo all’inquadramento civilistico del distacco prima dell’art. 30 D.Lgs. 276/2003, M. ESPOSITO, *La mobilità del lavoratore a favore del terzo*, Napoli, 2002, pag. 95), con interesse dei terzi all’adempimento insorgente dal contratto di rete, e non già con la cessione del credito o del contratto *tout court* ex art. 1406 Cod.Civ., ultronea al caso di specie, ove non si verifica una vicenda successoria nel contratto di lavoro, eppure accomunata alla prima da una *ratio* di tutela dell’affidamento sulla persona della controparte contrattuale e, dunque, dalla necessità del consenso del debitore o del contraente ceduto (sulla struttura necessariamente trilaterale della cessione del contratto, con un attento *focus* sulle delicate implicazioni lavoristiche, M. NICOLOSI, *op.cit.*, pag. 43 e segg.). Peraltro, come noto, simili riflessioni avevano in passato indotto parte della dottrina a proporre un ripensamento della regola della successione automatica dei rapporti di lavoro in capo al nuovo titolare dell’organizzazione di impresa, in ipotesi di operazione di *outsourcing* (in particolare, relativamente alla cessione di ramo d’azienda): per tutti, F. SCARPELLI, «Esternalizzazioni» e diritto del lavoro: il lavoratore non è una merce, in *Dir. Rel. Ind.*, 1999, 3, pag. 351 e segg., spec. pag. 361-364.

¹⁷⁹⁵ Sul punto si rimanda alle riflessioni di G. ZILIO GRANDI, *La contrattazione collettiva nelle reti di imprese*, in G. ZILIO GRANDI, M. BIASI (a cura di), *op.cit.*

¹⁷⁹⁶ T. TREU, *Trasformazioni...*, cit., pag. 22; A. PERULLI, *Gruppi di imprese...*, cit., pag. 94.

¹⁷⁹⁷ V. *retro*.

¹⁷⁹⁸ Meritano di essere richiamate sul punto le parole di LORD ATKIN in *Nokes v. Doncaster Amalgamated Collieries*, 1940, Appeal Cases 1014, riprese da L. NOGLER, *Gruppo di imprese e diritto del lavoro*, cit., pag. 300: “it appears to me astonishing that...power should be given to a court or anyone else to transfer a man without his knowledge and possibility against his will from the service of one person to the service of another...ingrained in the personal status of a citizen under our laws is the right to choose for himself whom he would serve: and that this right of choice constituted the main difference between a servant and a serf”.

¹⁷⁹⁹ Per tutti, G. CALABRESI, D. MELAMED, *Property Rules, Liability Rules, Inalienability: One view of the Cathedral*, in *Harvard Law Review*, 1972, 85, pag. 1089 e segg.

del/i lavoratore/i¹⁸⁰⁰, avrebbero l'effetto di riportare il/i rapporto/i di lavoro entro i binari della relazione bilaterale ("classica") con il datore di lavoro originario.

La plurilateralità sul piano soggettivo dell'obbligazione datoriale nell'assunzione congiunta potrebbe, invece, implicare che la fine del rapporto di lavoro con uno dei datori "congiunti", anche per cause estranee a quest'ultimo¹⁸⁰¹, comporti la fine del rapporto con tutti ("*simul stabunt simul cadent*"), o, in alternativa, la conservazione degli effetti utili del contratto nei confronti delle altre parti ("*utile per inutile non vitiatur*"): ad avviso di chi scrive, questa seconda soluzione parrebbe preferibile, tanto a tutela del lavoratore quanto degli altri datori (retisti o meno) "congiunti" che possano avere interesse nella prosecuzione del rapporto.

Tuttavia, se si vuole guardare alla rete in prospettiva futura, esaltandone l'idoneità a fungere da sorta di mercato interno di lavoro¹⁸⁰², o, secondo una felice intuizione della dottrina, da "*strumento di flexicurity*"¹⁸⁰³, gli effetti benefici per il lavoratore si potrebbero percepire, da un lato, nello sviluppo, attraverso il confronto con realtà produttive eterogenee e dinamiche, di nuove capacità e competenze¹⁸⁰⁴, dall'altro lato, in una rilettura del giustificato motivo di licenziamento – tanto sul piano dei presupposti, quanto su quello degli effetti – a misura dell'impresa di rete.

Volendosi concentrare, per ragioni di spazio, sul secondo profilo, si è già messo in luce come, da tempo, la giurisprudenza abbia esteso la valutazione sulle ragioni alla base del licenziamento per motivi economici oltre i confini della singola impresa, tenendo conto dell'intero gruppo o comunque delle imprese che si siano avvalse della prestazione lavorativa del lavoratore licenziato¹⁸⁰⁵.

Se un maggior grado di intensità della cooperazione creditoria richiesta poteva già costituire, come rilevato da attenta dottrina, una sorta di "*contropartita del contenuto più elastico che assume la prestazione quando impiegata nell'interesse del gruppo*"¹⁸⁰⁶, ciò non potrebbe che valere *a fortiori* per l'impresa di rete, tanto in ipotesi di codatorialità, quanto di assunzione congiunta.

Il profilo più problematico sembra quello legato al corretto esercizio dell'obbligo di *repêchage*, da tempo al centro, come noto, di un vivace dibattito dottrinale¹⁸⁰⁷: da un lato, è senz'altro vero che un eccessivo allargamento dell'ambito da considerare a tali fini potrebbe dare ragione a chi, non senza argomenti, ha parlato di un licenziamento di fatto "*impossibile*"¹⁸⁰⁸; dall'altro lato, però, non sembra si possano ignorare le esigenze di bilanciamento fra l'interesse datoriale a realizzare

¹⁸⁰⁰ Anche tale scelta, coerentemente con quanto sostenuto *retro* circa la necessaria accettazione delle "*regole di ingaggio*" da parte del lavoratore, dovrebbe essere oggetto di recepimento o di adesione da parte di quest'ultimo.

¹⁸⁰¹ Si pensi al caso del fallimento di uno dei retisti o dei datori di lavoro "congiunti".

¹⁸⁰² Cfr. T. TREU, *Trasformazioni delle imprese...*, cit., pagg. 20-22.

¹⁸⁰³ O. RAZZOLINI, *Impresa di gruppo, interesse di gruppo...*, cit., pag. 51.

¹⁸⁰⁴ T. TREU, *op.ult.cit.*, pagg. 25-28.

¹⁸⁰⁵ V. *retro*.

¹⁸⁰⁶ O. RAZZOLINI, *op.loc.ult.cit.*

¹⁸⁰⁷ Come noto, la letteratura in tema è assai ampia: da ultimo, M. FALSONE, *Sul cd. obbligo di repêchage e la "dequalificazione contrattata"*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2013, II, pag. 73 e segg., anche per gli opportuni riferimenti bibliografici.

¹⁸⁰⁸ C. PISANI, *Il «licenziamento impossibile»: ora anche l'obbligo di modificare il contratto!*, in *Mass. Giur. Lav.*, 2009, 162, nonché, rispetto all'opportunità di estendere la verifica della ricollocabilità del lavoratore presso una società collegata (magari all'estero), ID., *Il repêchage nel licenziamento per motivi oggettivi: la «creazione» si espande al pari dell'incertezza*, in *Mass. Giur. Lav.*, 2013, 4, pag. 191.

un'organizzazione aziendale dinamica, produttiva ed efficiente e quello del lavoratore al mantenimento del posto di lavoro all'interno di un simile, potenziale mercato interno di lavoro, come pare dimostrare anche l'esperienza comparata¹⁸⁰⁹.

Sul piano delle conseguenze del licenziamento intimato in assenza dei presupposti di legge, nel quadro sanzionatorio dell'art. 18 St.Lav. "post Fornero"¹⁸¹⁰, le conseguenze in ipotesi di mancato *repêchage* infra-rete paiono comunque destinate a limitarsi quasi sempre al piano della c.d. "tutela risarcitoria forte": la "*manifesta insussistenza del fatto posto alla base del giustificato motivo oggettivo*" che "*può*" dare accesso alla c.d. "tutela reintegratoria attenuata" ai sensi dell'art. 18, comma 7 St.Lav. parrebbe, infatti, difficilmente ravvisabile nel mancato "ripescaggio".

Infatti, da un lato, non sarebbe affatto immediata la riconduzione del mancato ripescaggio all'ormai celebre "*fatto*" (e non ad una conseguenza di quest'ultimo)¹⁸¹¹, dall'altro lato, la carenza di una specifica previsione in tema di *repêchage* (anche) infra-rete potrebbe inficiare il giudizio sulla "*manifesta insussistenza*" di tale "*fatto*" o, meglio, del giustificato motivo intimato per carenza del presupposto in esame¹⁸¹².

Al di fuori dell'ambito – come visto, residuale – della tutela reintegratoria, le conseguenze economiche del licenziamento, per ragioni oggettive e non solo¹⁸¹³, sembrerebbero gravare su tutti i datori di lavoro "congiunti" secondo le regole della solidarietà passiva; ciò si verificherebbe, probabilmente, anche nella codatorialità ex art. 30, comma 4-ter D.Lgs. 276/2003, ove però il datore "originario" fungerebbe da primo e principale obbligato, così come in ipotesi di condanna alla reintegra.

4. Osservazioni conclusive

Riprendendo in ultimo le fila del discorso, nel presente lavoro si è dato innanzitutto conto del tentativo dell'ordinamento di adeguarsi alle modifiche intervenute sui metodi e sulle forme di organizzazione del lavoro, riflesse nel passaggio dall'impresa accentrata e ben definita nei suoi confini (anche fisici), caratteristica del periodo fordista e "modello" per il codice del 1942, sino all'odierna impresa a struttura reticolare e dai contorni molto più "sfumati".

Al fine di comprendere se i descritti cambiamenti organizzativi e sociali abbiano determinato, d'insieme con le "risposte" del Legislatore, ad una frantumazione, o, comunque, alla necessità di una rilettura della figura del datore di lavoro, in precedenza "unitaria" tanto nella nozione, quanto

¹⁸⁰⁹ V. *retro*, in particolare l'esempio francese.

¹⁸¹⁰ Per un riepilogo, si consenta il rinvio a M. BIASI, *Il nuovo articolo 18 dopo un anno di applicazione giurisprudenziale: un bilancio provvisorio*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2013, 4-5, pagg. 1235-1282.

¹⁸¹¹ Così, tra le prime pronunce, Trib. Milano ord. 20.11.2012, est. Casella, in *Arg. Dir. Lav.*, 2013, 1, pag. 147, con nota di S. BRUN, *Le prime applicazioni del "nuovo" art. 18 Stat. Lav. al licenziamento economico*. In dottrina, per tutti, M. PERSIANI, *Il fatto rilevante per la reintegrazione del lavoratore illegittimamente licenziato*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2013, 1, pag. 18, nt. 48.

¹⁸¹² Quanto osservato parrebbe valere nel duplice caso in cui si ritenga di connotare l'insussistenza del giustificato motivo come "*manifesta*" avendo riguardo all'evidenza sul piano probatorio (F. CARINCI, *Ripensando il "nuovo" art. 18 dello Statuto dei lavoratori*, in *Dir. Rel. Ind.*, 2013, 2, pag. 333; L. NOGLER, *La nuova disciplina dei licenziamenti ingiustificati alla prova del diritto comparato*, in *Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2012, 4, pag. 685, nonché, da ultimo, M. BIASI, *The Effect of the global the World Crisis on the labour market: report on Italy*, in *CLL&PJ*, 2014, 35, 3, pagg. 380-381), e a quello, per certi aspetti diverso, della "*rimproverabilità*" del comportamento datoriale (Trib. Reggio Calabria 3 giugno 2013, est. Morabito, in <http://moodle.adaptland.it/mod/resource/view.php?id=8298>).

¹⁸¹³ Nella presente analisi si è voluto dare preminenza alla peculiare declinazione del licenziamento per ragioni economiche nell'impresa di rete, ma non si ignora che anche il licenziamento (o, più in generale, l'esercizio del potere) disciplinare possa prestarsi ad una diversa lettura per il particolare atteggiarsi dell'obbligo di diligenza e di fedeltà del lavoratore "condiviso".

nell'imputazione dei rapporti di lavoro, si è partiti dall'esame delle problematiche relative al lavoro nei gruppi di impresa, legate in particolare all'individuazione del datore di lavoro o, più correttamente, dei datori di lavoro nel caso di utilizzazione promiscua del personale all'interno di tale forma di impresa a struttura complessa.

Nonostante la diversità tra gruppo e rete, tale approfondimento si è rivelato essenziale per formulare una proposta di definizione e di inquadramento delle inedite, sul piano del diritto positivo, figure della codatorialità e dell'assunzione congiunta per le imprese di rete, disciplinate, rispettivamente, agli artt. 30, comma 4-ter e 31, commi 3-bis e segg. D.Lgs. 276/2003.

Delle due forme di impiego della forza lavoro nelle reti si sono poi messi in luce i tratti caratteristici e distintivi, che si possono riassumere nell'ampio spazio riconosciuto alla volontà delle parti nella definizione delle regole di utilizzo condiviso del personale, nella codatorialità, e nella prospettiva antielusiva e tutelante, dal punto di vista del lavoratore, data alla pluralità di soggetti responsabili dal lato passivo degli obblighi datoriali, nell'assunzione congiunta.

Da ultimo, si sono messi in risalto i diversi punti interrogativi e le criticità, in massima parte legate ad un dato testuale piuttosto scarno, per non dire lacunoso, rispetto all'individuazione dei diritti e degli obblighi, tanto del lavoratore "di rete", quanto dei retisti co-datori o datori "congiunti": in tal senso, se è pure possibile sostenere che possa essere proprio la volontà delle parti ad ovviare a tali carenze, la diffusione di tali nuove forme di impiego del personale dipenderà molto dalla volontà di sperimentazione delle imprese, pur non potendosi neppure a priori escludere che l'assenza di regolamentazione costituisca un limite difficilmente superabile¹⁸¹⁴.

¹⁸¹⁴ M.G. GRECO, *Distacco e codatorialità...*, cit., pag. 400.

Anti-discrimination law over pay: Italian and European solutions in comparison*

Ester Villa

1. Topics and goals	596
2. Brief considerations on European and Italian anti-discrimination law with regard to the problem of gender	596
3. Wage structure and equal pay	597
4. The importance of comparison in anti-discrimination law over pay	599
4.1. The necessity to identify a “single source” responsible for pay discrimination: how contracting-out marginalises equality law	599
4.1.1. Alternative instruments of protection provided by Italian legislation: the principle of equal pay and the “social clauses”	601
4.1.2. Final considerations concerning equal pay and contracting-out	603
4.2. The extension of comparison and the problem of horizontal segregation	603
5. A proposal to reduce the pay gap between men and women	607
Bibliography	607

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".INT – 107/2014

1. Topics and goals

In this work the main focus will be on factors which marginalise the application of anti-discrimination law over pay.

First I will place attention on the lack of transparency on the wage structure and on the wages' amount, that prevents from verifying whether there is any discrimination. Secondly, the necessity to attribute differences in pay conditions to a "single source" – and the restricted interpretation of this notion given by the European Court of Justice – makes it difficult to apply the anti-discrimination law over pay in cases of contracting-out. Finally we will consider the difficulties of choosing the male employee ("the comparator") whose wage will be compared to that of female employee in sectors with high horizontal segregation. What are the answers given by the Italian legislation and by European Union to these cases?

Considering these weaknesses, the pay gap between men and women is still a problem also in Italy that, according to the European statistical data, is one of the most virtuous Country in Europe in this field. In fact the pay gap between men and women is in Italy attested only at 5.8% (Eurostat 2012)¹⁸¹⁵.

This statistical index does not take into consideration data regarding female employment in the Country: in this sense, the gender pay gap is lower in Countries – such as Italy and Malta – that are featured by a low percentage of employed women (Smith, 2010). If we take into account that in Italy female employment rate is around 47.1% (Istat, 2013), the above mentioned statistical remark is not totally satisfactory: if the wage of involuntarily unemployed women was zero, the gender pay gap would have significantly been higher in countries like Italy (Villa, 2010; Gottardi, 2011; Foffano and Pace, 2011).

2. Brief considerations on European and Italian anti-discrimination law with regard to the problem of gender

The right of an individual worker not to suffer wage discrimination for reasons connected to his/her gender is firstly regulated by Art. 157 Treaty on the Functioning of the European Union¹⁸¹⁶. The latter provision states that each Member State shall ensure the principle of equal pay for male and female workers in case of equal work or work of equal value. Pay is defined "the basic or minimum wage or salary and any other consideration, whether in cash or in kind, which the worker receives directly or indirectly, in respect of his employment, from his employer". With directive n. 2006/54, the European Union implemented Art. 157 TFEU and collected in a single text all the regulations that were previously set off by several directives¹⁸¹⁷. Directive n. 2006/54

¹⁸¹⁵ At the European level the gender pay gap is defined as the difference between men's and women's hourly pay divided by men's hourly pay.

¹⁸¹⁶ Before the approval of TFEU the principle of equal pay for male and female was set off by Article 141 EC Treaty which, after Amsterdam Treaty, replaced the previous Article 119.

¹⁸¹⁷ The 2006/54 Directive repealed Directives n. 75/117, 76/207, 2002/73, 86/378, 96/97, 97/80 and 98/52.

gave a definition of “pay” in regard to the anti-discriminatory legislation (art. 2, lett. e)¹⁸¹⁸, and drew the concept of direct (art. 2, lett. a)¹⁸¹⁹ and indirect (art. 2, lett. b)¹⁸²⁰ discrimination.

At the national level, the Italian legislation regulates gender pay discrimination with Art. 37 of the Constitution and with the Code of Equal Opportunity of 2006 (d.lgs. n. 198/2006) (Barbera, 2007; De Marzo, 2007).

Article 37 states that women and men that are employed in the same work¹⁸²¹ shall receive equal pay. Although the general principle of equality stated in the Article 3 of the Italian Constitution could have been enough to guarantee equal pay for men and women, considering the wide gender wage gap during those times, the Constituent Assembly decided to specify this principle in an autonomous rule (i.e. the above mentioned Article 37 of the Italian Constitution). For a long period of time, Article 37 was not applied: according to the Italian Doctrine, it was a “programmatic” rule, which may be described as a provision needing a further implementation by a statutory provision in order to be applied. About ten year after the Constitution approval, the Doctrine recognised the direct applicability of Article 37 (Treu, 1979). This conclusion seems to be correct because - like other anti-discrimination laws – Article 37 does not require the Court to assess equity of female wages, but to make a comparison between female and male pays in order to verify the existence of a discrimination.

The 2006 Code of Equal Opportunity, which gathers together a discipline previously contained in different laws, is now the point of reference for anti-discriminatory regulation. The articles to be noticed in our case are: i) Article 25, which defines direct discrimination as “an act, agreement or conduct that produces a particular disadvantage, discriminating women or men for reasons connected to gender and that gives rise to a treatment proven to be unequal if compared to others practiced to another female or male worker in a comparable situation”, and indirect discrimination as a “provision, criterion, practice, act, agreement or conduct apparently neutral that puts at a disadvantage or could put at a disadvantage a person in respect to someone of the other sex, unless that provision, criterion, practice, act, agreement or conduct is essential for the work”; ii) Article 28, which prohibits direct or indirect discrimination concerning “any aspect or condition of one’s wage”.

3. Wage structure and equal pay

In Courts, the claim of equal pay requires some evidence. In order to prove gender wage discrimination, a female worker has to compare her wage with the wage of a man with a similar job. Article 28 of the Italian Code of Equal Opportunity provides – according to the European legislation and to the case law of the European Court of Justice – a wide notion of wage, which implies

¹⁸¹⁸ This definition of pay is exactly the same as the one in art. 157 TFUE.

¹⁸¹⁹ There is a direct discrimination in case one person is treated less favorably on grounds of sex than another is, has been or would be treated in a comparable situation.

¹⁸²⁰ There is an indirect discrimination where an apparently neutral provision, criterion or practice would put persons of one sex at a particular disadvantage compared with persons of the other sex, unless that provision, criterion or practice is objectively justified by a legitimate aim, and the means of achieving that aim are appropriate and necessary.

¹⁸²¹ Article 37 of the Constitution recognized equal pay between man and woman only if they are employed in the “same work”. It is difficult to give a precise translation of the expression used in the Constitution. Considering that this expression is rather general, at the beginning was considered by Courts as a synonymous of equal work, but after it has been allowed also a larger comparison between works of equal value.

the prohibition of any discrimination regarding “*each aspect or condition*” of pay. This notion includes various methods of payment, such as compensations based on seniority, compensations for heavy work, for extraordinary work, *ex gratia* payments, merit pay and other elements of the wage. Therefore, during a trial, the Court can verify not only if there are any differences in the basic wages, but also if the payments of the other voices of remuneration are due only to worker’s gender.

In order to recognise gender wage discriminations, the employer should guarantee transparency on the wage structure and on the amount of wages. Until wages were mostly fixed by national collective agreements, in Italy female employees were able to verify the presence of a pay discrimination. This was due to the fact that collective agreements had free access: as a consequence, a female employee could attest if job tasks or positions which were held mostly by women were less paid than jobs of equal value performed by men, or if men were receiving unjustified additional forms of remuneration. In recent years, as far as retributions are concerned, there has been a marked shift towards individuality, with an increase in the use of merit pay and systems of management by objectives (Gragnoli, 2012; Corso, 2012). Since employers usually do not release information about pays and systems of evaluation and thus, employees face substantial difficulties in gathering information regarding the salary of their colleagues, asserting the presence of a wage discrimination can be very complex.

In order to resolve this problem, and consequently, to reduce gender pay gap, Article 46 of the Code of Equal Opportunity¹⁸²² includes a specific duty of transparency for firms with more than 100 employees which, every two years, obliges them to give a report on the situation of male and female employees and on the wages that have been effectively paid.

This duty of transparency represents an important instrument to identify wage discriminations; however it rises several issues that makes it inefficient in practice. First, since Italian industrial system is characterised mainly by medium and small-sized enterprises, a provision that provides the duty of transparency only for firms with more than 100 employees, implies that the most companies are not subject to this norm¹⁸²³. Secondly, since it has been introduced in 1996¹⁸²⁴, the prospectus that has to be edited by the firms, is “outdated” because it does not take into consideration the changes occurred in the labour market since 1996. As a demonstration of this, it might be interesting to notice that companies are not obliged to give any information about agency work, although this information could be significant to attest the real pay gap between men and women.

The duty of pay transparency represents an important instrument that would allow employees to know more about wage structures and, possibly, to fight against gender wage discrimination, thus reducing the pay gap between men and women. However, the effectiveness of this duty could be improved. It should be extended to all the companies – or, at least, to the majority of them – and the information that the companies have to insert in the report should be updated according to the market changes. Nevertheless these duties imply costs for the employers, so it

¹⁸²² This provision transposed without any changes Article 9, l. n. 125/1991.

¹⁸²³ For example, in Emilia Romagna the firms that have the duty to prepare the report are covering only the 24,3% of the employees employed in that Region. See the report published on http://www.regione.emilia-romagna.it/consigliere-di-parita/documentazione/rapporti-biennali-sulla-situazione-delpersonale-maschile-e-femminile/rapporti/RAPPORTO_2006_2007.pdf, 31.

¹⁸²⁴ With 17.7.1996 Ministerial Decret.

might be therefore reasonable to discuss whether it is right or not that the firms pay for it in times of economic crisis.

4. The importance of comparison in anti-discrimination law over pay

A claim on gender pay discrimination implies a comparison between two situations: female worker's pay has to be compared to that of a male who is employed either in an equal work or in a work of equal value. The person to whom the female worker will compare her situation represents a fundamental aspect in pay discrimination claims. This problem concerns the criteria that will be used to choose the male employee ("the comparator") whose wage will be compared to the one of the female employee. This is one of the most complex issues in regard to gender pay discrimination (Foubert, 2010).

4.1. The necessity to identify a "single source" responsible for pay discrimination: how contracting-out marginalises equality law

In certain cases of contracting-out followed by in-sourcing, female employees, who have worked for long time side by side with other male colleagues (employed by a third company, operating in the same workplace), try to use the principle of equal pay for men and women to compare their wage with the salary one the male worker who has been employed by the same employer and has received higher pay for equal work or work of equal value. In these cases it is doubtful to assess whether the Article 157 TFUE could be invoked in order to ascertain the existence of a right of equal pay between female employees involved in contracting-out and male comparators who are still working for the previous employer. The European Court of Justice dealt with this issue in two decisions¹⁸²⁵.

The *Lawrence* case concerned the concept of contracting-out (by "Council"), after a competitive tendering process, of cleaning and catering services. The undertakings which have won catering and cleaning contracts, proceeded both to reemploy a number of female employees originally employed in the Council and to recruit new female employees. Female workers hired by these private firms found themselves employed at a lower pay level than previously in the Council, and even lower than the salary due by the Council to male employees employed in other areas, such as gardening, waste collection and drainage maintenance, all jobs that were previously considered to have the same value as catering and cleaning services (Barrett, 2006). The female employees asserted an entitlement – according to Article 141 EC Treaty (now Article 157 TFUE) – in order to be paid as male workers who were doing a work of equal value, but still employed by the Council.

The Court of Appeal of England and Wales asked the ECJ whether Article 141 EC Treaty enabled claimants employed by the private undertaking ("the specific employer") to compare their pay with those of men employed by the Council ("the general employer") who were performing a work of equal value.

The European Court of Justice ruled that nothing in Article 141 EC Treaty suggested that the applicability of this provision is limited to situations in which men and women work for the same

¹⁸²⁵ A.G. *Lawrence and others v. Regent Office Care Ltd, Commercial Catering Group, Mitie Secure Services Ltd*, Case C-320/00 [2002], ECR I-7325; *Allonby v. Accrington & Rossendale College*, Case C-256/01 [2004], IRLR 223 (ECJ).

employer, but differences in pay conditions always have to be attributed to a “single source” (law, collective agreement or establishment). Only in this way it is possible to identify a body which is responsible for the inequality and which could restore an equal treatment. In this case, therefore, the Court ruled that differences in pay condition cannot be attributed to a single source because employers (“general employer” and “specific employer”) were separately responsible for terms and conditions of employment. For this reason, the wage of female workers employed by the “specific employer” cannot be compared with the salary paid to male workers employed by the County Council (the “general employer”).

In *Allonby* the European Court of Justice’s ruling was similar. The *Allonby* case concerned a College in which, in order to reduce costs, a part-time lecturer was dismissed. The administration of the College hired her again through the intermediation of an agency. The result was that her pay was significantly reduced. Ms Allonby claimed to receive a pay which was equal to the comparator who was a male lecturer employed in the College. The Court made the same decision as taken in *Lawrence* case: Ms Allonby “is not entitled to rely on the principle of equal pay using as basis for comparison the remuneration received for equal work or work of equal value by a man employed by the woman’s previous employer”¹⁸²⁶.

Both in *Lawrence* and in *Allonby* cases, the Court of Justice ruled that Article 141 EC Treaty allowed to compare men and women pay even if they worked for different employers, but this could be possible only when pay conditions were determined by a legislative provisions, a collective labour agreement or in case a work was carried out in the same establishment. In these situations there is only a single source (the legislator, the trade union and the administrators of the firm) responsible for the inequality and in charge of restoring an equal treatment. In *Allonby* case the fact that the level of pay received by Ms Allonby was connected to the amount which the user pays to the Agency was not sufficient for the ECJ to conclude that the user and the agency constitute a single source (Ratti, 2009).

Despite the importance of these conclusions, the *Lawrence* and *Allonby* cases are “a clear representation of the extent to which the phenomenon of contracting-out threatens Article 141 EC with marginalization” (Barrett, 2006). In those cases, women were originally employed by an employer who, after contracting-out services where these female workers were employed, reacquired these services with agency work or work under procurement contracts signed using – at better conditions – also the work of female workers that were previously employed by him/her. These female employees were doing the same work or a work of equal value with respect to male workers employed by the woman’s previous employer (the user or the general employer) and were employed in the same firms.

These decisions of the Court show, as Deakin and Morris properly underlined, that the right of equal pay for male and female workers “can be very easily evaded by the employers, as we have seen in these cases” (Deakin and Morris, 2009)¹⁸²⁷.

¹⁸²⁶ *Allonby v. Accrington & Rossendale College*, Case C-256/01 [2004], IRLR 223 (ECJ).

¹⁸²⁷ See also Borelli (2003) who wrote that the ECJ should have considered the employer who was applying the lower remuneration as responsible of the pay discrimination. On the contrary Barrett (2006), acknowledged that Court of Justice realized a serious limitation in the reach of Article 141 in the phenomenon of contracting-out, but observed also that the solutions to these difficulties had to be by means of statutory law. As highlighted in the next paragraph, the legislative answer evoked by Barret was realized in 2008 with the Agency Work Directive (Directive n. 2008/104).

4.1.1. Alternative instruments of protection provided by Italian legislation: the principle of equal pay and the “social clauses”

To overcome the above sketched limits and weaknesses in anti-discrimination law over pay, other instruments of protection provided by Italian legislation should be analyzed.

Allonby shows that comparing salary paid to a woman employed by an agency with those of a man who is employed by the user, even if they are performing the same job task or a work of equal value, is not possible. However, in Italy this weakness can be partially overcome by the reference to the general principle of equal treatment between agencies and users employees as stated in Article 23, d.lgs. n. 276/2003 (Ichino, 2004; Nicosia, 2007). This provision grants agency's employees, for the duration of the assignment, the right to have “basic working and employment conditions that are not lower than the one of the user's employees employed at the same level and doing an equivalent job”¹⁸²⁸.

In this way a woman is less protected than she would be through the application of anti-discrimination law in pay was applied, due to the following reasons.

Firstly, Article 23, d. lgs. n. 276/2003 provides a definition of wage which is narrower than the one stated in Article 28 of the Code of Equal Opportunity of 2006. As highlighted in previous paragraph 3, anti-discrimination law permits to compare not only basic wage, but also other compensations paid to female and male employees that are doing the same work or a work of equal value. Differently, Article 23, d.lgs. n. 276/2003 – modified by Article 7, d.lgs. n. 24/2012 – seems to permit only comparisons between basic wages paid to agencies' and users' employees. As a consequence, merit pay and other elements of pay, additional to basic wage, cannot be compared. This interpretation seems correct, in particular if we consider the changes introduced in Article 23 in 2012: earlier, the law granted the agency worker with the right to have “working and employment conditions not worse” than user's worker. After 2012, the law guarantees equal treatments only in regard to “basic working and employment condition”.

Secondly, Article 23, d.lgs. n. 276/2003 allows the Court to make a comparison between agency and user workers' pay only if they are doing “jobs considered as equivalent”. Since, according to Italian Courts, two jobs may be deemed equivalent only if they imply the use of the same skills, it may be easily observed that anti-discrimination law gives rise to a larger comparison because performing “works of equal values” does not necessary imply having the same skills (as debated in further paragraph § 4.2).

As above mentioned, in a situation similar to *Allonby*, the claimant would have had the right to be paid as a male worker employed by the user. Although Article 23, d.lgs. n. 276/2003 provides a protection which is lower than the one a female employee could have if the right not to be discriminated was applied, it guarantees an opportune protection: the right of equal pay, according to Article 23, is guaranteed only for the duration of the working collaboration between the woman worker and the user. This helps preventing the use of agency work from being an instrument that worsen female working conditions. In fact, until female employee works in the firm under her previous employer (the user), she will receive the same basic wage as male workers

¹⁸²⁸ The principle of equal treatment between temporary agency work and employees of the user is fixed also by art. 5, directive 2008/104. See Pantano (2009).

employed by the user that are performing an “equivalent job”. In case the Agency sends the female employee to another user, her economic treatment has to be compared with the one the “new” user pays to his employees. Differently, according to Article 28 of the Code of Equal Opportunity, the Agency has to maintain the wage paid by the first user.

In addition, in cases like Allonby, the application of the non-discrimination principle to an Agency female employee’s pay in order to recognise her a higher wage, would have produced the opposite effect of discriminating male employees of the same Agency. In such a case, according to the art. 28 of the Code of Equal Opportunity, the user’s male employees wage would have been the term of comparison. The female employee would have received the same wage of the user’s male worker, including some additional items to the basic pay as well. On the other hand, however, the Agency’s male worker would have been entitled only to the same “basic pay” (without additional items) of the user’s workers, due to the equal treatment principle of the Art. 23 d.lgs. n. 276/2003. Paradoxically, the Agency’s male workers might complain for a pay discrimination grounded on gender, because of the difference between their own wage and the one received by a female employee employed by the same Agency.

In cases similar to Lawrence the solution is different: if a female worker is employed by a “specific employer” and is less paid than male workers employed by the “general employer” – where she was previously employed -, there is not a principle of equal pay that can be applied. This principle has been applied until 2003, because Article 3, l. n. 1369/1960, in case of work under procurement contract, has guaranteed equal pay to the “specific employer’s” employees, using as a basis for comparison the remuneration received for equal work or work of equal value by the “general employer’s” employees. This principle of equal treatment was only applied when the “specific employer’s” employees were working in the firms of the “general employer”. This principle was repealed in 2003 (Tosi, 2012; Chieco, 2004; Imberti, 2011).

“Social clauses”¹⁸²⁹, frequently included in national collective agreements, can replace the absence of a general principle of equal treatment between “general employer” and “specific employer’s” employees. Through these clauses, collective agreements require the “general employer” to insert in the procurement contract a provision that force the “specific employer” to apply salary and working conditions that the “general employer” guarantees to his/her employees. This provisions are weak and usually unapplied: if the Parts (the “general employer” and the “specific employer”) insert the principle of equal pay in the procurement contract, the “specific employer’s” employees can claim the application of those principle. Usually, these “social clauses” remain only written in the collective agreement applied by the “general employer”. Therefore those provisions do not bind the “specific employer” and its employees cannot claim the same pay received by the general employer’s employees.

In a situation similar to Lawrence, even in Italy, the claimants would not have any form of protection. The solution would have been different only if the procurement contract – as a consequence of a “social clause” of the collective agreements –guaranteed the principle of equal pay to the

¹⁸²⁹ These clauses are usually provided by law and bind firms which won a public procurement contract to apply basic working and employment condition to his employees. These clauses are often contained also in the national collective agreements. See Ghera (2001).

employees of the “specific employer”. However, the introduction of this rule depends on a free choice of the Parts.

4.1.2. Final considerations concerning equal pay and contracting-out

The effects of the above mentioned ECJ decisions cannot be under-estimated, in particular in view of the frequent use of agency work and work under procurement contract.

The general principle of equal treatment between agency and user employees, stated both in European and Italian legislation, prevents the use of agency work from being an instrument that worsen female working conditions and, broadly, a way for reducing work’s cost.

Differently, no principle of equal treatment can be applied in case of work under procurement contract between “general employer” and “specific employer” employees. The outsourcing by work under procurement contract of a service performed only by women, could conceal gender discriminations¹⁸³⁰. Nevertheless, under “Lawrence”, female employees would have not a right not to be discriminated in this case. In order to provide for a higher level of protection, ECJ would have had recognise the two employers as a “single entity”.

The lack of a general principle of equal treatment between "general employer's" and "specific employer's" employees causes also other problems, not only related to gender discrimination. In the field of the temporary Agency work, the anti-discrimination principle prevents the use of the Agency employees for the only reasons of reducing work’s costs. While employers can more easily reach this aim by work under procurement contract, because such a principle is not granted to “specific employer’s” employees. For this reason the extension of the anti-discrimination principle also to the cases involving work under procurement contract could prevent social dumping phenomena with negative effects on labour protection standards.

4.2. The extension of comparison and the problem of horizontal segregation

In Italy, during the 50’s a different job classification system for men and women provided by collective agreements was not considered to be a problem at all. This system implied that women were systematically paid less than men without any comparison between their respective works.

The situation changed after the issuing of Article 37 of the Italian Constitution and Article 119 EC Treaty which, initially, recognised the right of men and women to receive the same wage if they were performing equal work. Although it had positive effects, this regulation was unsatisfactory because it did not imply any comparison between men and women pays’ in case of female workers performing a different tasks for reasons connected to the horizontal segregation in the labour market. The value of jobs was not taken into account.

Considering these difficulties, both Italian¹⁸³¹ and European¹⁸³² legislations extended the basis of comparison also to the cases in which men and women were performing a “work of equal value”. The answer of the Italian system at this legislative development can help to understand how

¹⁸³⁰Discrimination can also be related to union membership, race or political opinion, such as in case of outsourcing (and subsequent in-sourcing at inferior work’s conditions) involving employees belonging all to the same union, the same racial group or the same political party.

¹⁸³¹ At the beginning Article 2, l. n. 903/1977. After it was repealed by Article 2, l. n. 125/1991. Now the regulation is contained in Article 28 of the Code of Equal Opportunity of 2006.

¹⁸³² Article 141 EC Treaty, now Article 157 TFEU. See also Article 4, Directive n. 2006/54.

difficult was imposing an anti-pay discrimination law: starting from that moment, the lower wages paid to women were justified because of a presumed lower performance of women compared to men. Only after judges intervention, it became clear that these criteria represented a typical case of indirect discrimination: if men's work is not measured on the basis of performance, it must be the same for women. On the contrary, if the employer had adopted performance as a criterion to evaluate the work, he should not presume that women's performance is automatically lower than men's one (Barbera, 1991; Ichino, 2003).

As mentioned above, the principle of equal pay between men and women is applied for equal work or work of equal value. Therefore, the problem lies in understanding when two works can be considered to be of equal value. Initially, judges transferred this evaluation to the collective agreements (Treu, 1979): two jobs were considered of equal value when they were inserted in the same classification level by collective agreements. However, there was no mention to the fact that usually collective agreements classified jobs performed by women in different categories. These jobs were usually undervalued with respect to those typically considered as male jobs. This complex situation pointed out that some changes were necessary both in law and collective agreements, as well as in social stereotypes, in order to solve the problem of gender wage discrimination.

The concept of "work of equal value" started to be fully understood when it became possible to compare also jobs classified in different levels within the collective agreements. Subsequently, it has been possible to overcome the barriers raised by occupational segregation against job comparison: in order to verify if two jobs are jobs of equal value, it is possible to compare also jobs of different type, i.e. jobs which require different practical and technical skills, but that can still be compared. In such regard, jobs are comparable if they require a similar level of knowledge, similar skills, efforts or responsibility. In this way, for instance, a cleaner's salary can be compared with the amount of pay due to a gardener.

A clarification may be helpful: in labour market segregation can be horizontal or vertical (Foubert, 2010). In case of horizontal segregation, both men and women predominate in different sectors¹⁸³³ or in different jobs¹⁸³⁴. Vertical segregation implies that women are underrepresented in the highest positions (this kind of segregation is connected with the "glass ceiling" theory). To reduce the effect of this second kind of segregation, the extension of comparison is not the right solution because in this case men and women perform tasks of different value, that are not comparable. To reduce this kind of segregation, it might be useful to adopt specific legal tools, such as affirmative action or reserved quotas, in case women are underrepresented. On the contrary, the extension of the comparison can be useful in sectors and jobs affected by horizontal segregation: if the comparison is possible only between men and women doing exactly the same job, in sectors or jobs where the number of women is absolutely predominant, it might be very difficult – or impossible – to find a male term of comparison.

¹⁸³³ For example education, health services, social work are sectors highly feminized.

¹⁸³⁴ There are some jobs, like mechanic or driver that usually man do. Differently women are overrepresented in other jobs like weaver, teacher, cleaning etc.

In order to overcome this difficulty, the comparison was made not only extending it to the ideas of “equal work” and “work of equal value”, but also taking into account the concepts of “space” and “time”. The ECJ stated, in fact, that if the comparison had not been extended in that way, the principle of equal pay between men and women would have been deprived of any substance “by encouraging the segregation or concentration of workers of one sex in particular sectors and categories of employment”¹⁸³⁵.

The European Court authorised the comparison between the pay of a female worker and the salary of the male worker who was previously employed in the same work (“the predecessor”)¹⁸³⁶. This solution guarantees the possibility to recognize a wage discrimination also in those cases where in a firm there are no employed men, as long as in the past there has been at least one, employed in the same work or in a work of equal value with respect to the one performed by the female worker.

In order to identify possible pay-discriminations in sectors and jobs where women are predominant, it became possible to compare the salary of a female worker to the salary that would be paid to an hypothetical male worker performing the same job, even in case of total absence of a man who was having or previously had a similar job. In this case, the comparator is called “hypothetical male worker”. This interpretation finds its roots in the definitions of direct and indirect discrimination given by Article 2, lett. a) and b) of Directive 2006/54. In particular, the use of conditional form in the definition of direct discrimination, described as “a situation in which one person is treated less favorably than another is, has been or would be treated in a comparable situation on gender basis”, legitimates a comparison between the salary paid to a female to the income of a hypothetical male worker. In case of indirect discrimination it is possible to make a “virtual comparison”. According to the Directive, it is enough that a provision, criterion or practice could put the female worker at a disadvantage.

The reasons suggested in order to consider a hypothetical comparison sufficient, have been rejected by the European Court of Justice that in case of discrimination (Article 141 EC, now 157 TFEU) asserted that the term of comparison could not be “hypothetical” but was to be a male worker that has currently or previously performed the same work or a work of equal value.

The Italian legislation does not use the same definition of direct and indirect discrimination that can be found in Directive n. 2006/54 (see § 2). If we start from a literary interpretation of the definition of direct and indirect discrimination provided by the Code of Equal Opportunity, it is clear that, according to the Italian statute law, the presence of a male worker (currently or previously employed) as a term of comparison is necessary. In the definition of direct discrimination we notice the absence of the conditional form (unlike 2006 Directive), whereas it is necessary that a treatment applied to a man or a woman is “less favourable if compared to others practiced to another female or male worker in a comparable situation”. This definition implies the presence of a real – and not a hypothetical – comparator¹⁸³⁷. It is possible to reach the same conclusion also considering the definition of indirect discrimination provided by the Italian legislator.

¹⁸³⁵ *Macarthy Ltd c. Wendy Smith*, Case C-129/79 [1980], ECR I-1275.

¹⁸³⁶ *Macarthy Ltd c. Wendy Smith*, Case C-129/79 [1980], ECR I-1275.

¹⁸³⁷ See the different opinion of Foubert (2010), who states that in the Italian legislation comparisons can be also merely hypothetical. See also Barbera (2002) and Lassandari (2010).

According to this definition, there must be a provision, a criterion etc. that puts at a disadvantage a person of one sex in respect to someone of the other sex.

Hypothetical comparison might seem to be a good solution especially in sectors where there is a high grade of horizontal segregation. However, an indiscriminate use of this criterion, as far as pay discrimination is concerned, could lead to “immense and alarming disasters” (Izzi, 2003). Generally accepting hypothetical comparisons would allow the Court to make decisions using discretionary criteria that would be very difficult to control (Izzi, 2003; De Simone, 2001)¹⁸³⁸. In this way, the “heal” adopted to recognize wage discriminations between men and women in sectors or jobs with horizontal segregation, could be worse than the “disease”, because it could make the result of an anti-discriminatory claim totally and randomly uncertain.

The issue of comparison concerning the concept of “space” is definitely more complicated. It is crucial to bear in mind that in Italy the collective bargaining system is centralised. Accordingly, the job classification system and the wages of employees belonging to the same “product category”¹⁸³⁹, despite the reduction of the role of national collective agreements in fixing wages, are normally negotiated at national level. In this system, the pay of a female worker can be compared with the one of a male worker who has a different employer, only if the two employers enact the same national collective agreement (Barbera, 1991). This extension of the comparison can be useful in order to find a term of comparison in case in the firm where the woman is employed there is not male worker performing a job of equal value. However, this extension does not fully convince. Firstly, the extension of comparison leads to an increase of the number of reasons that the employer may refer to in order to justify the differences between the wage of her/his female employees and the wage that another employer paid to his male employees with a job of equal value. There may be, reasons connected to the dimension of the firm, or linked to the place where the firm is located etc. which may justify this difference. Secondly, in the Italian industrial relations system, national collective agreements are usually integrated by a second level bargain products (usually a company level collective agreement), although the latter level of negotiation is not very common because most firms are small sized companies which look at second level of collective bargaining as a mere cost. Nevertheless, where this level is applied, it usually introduces – specifying or modifying the national collective agreement - a regulation in terms of wages and job classification. In these cases, different wages paid to men and women employed by different employers, even if they adopt the same national collective agreement, can be explained with differences introduced by the second level of collective bargaining. Consequently, these two categories of employees can no longer be compared.

The extension of comparison has positive effects: it gives the chance to find a comparator for a woman also in sectors or jobs with horizontal segregation. Moreover, when a male comparator is found, the anti-pay discrimination law guarantees to a woman employed in a mainly female job or sector the same wage of a male who, despite being employed in a different sector or job, is doing a job of equal value. Nevertheless, this extension does not totally solve the problem of horizontal segregation which still exists.

¹⁸³⁸ Otherwise Lassandari (2010) asserted that this opinion put too much emphasis on the risks that could derive from hypothetical comparison. This kind of comparison could be used only where could not be found “comparator” in present and past.

¹⁸³⁹ Categories are, for example, metalworking, chimics, textile etc.

5. A proposal to reduce the pay gap between men and women

The provision of a duty of transparency on wage structure and on the amount of wages paid by the employer represents a chance to discover possible differences in wage depending only on the worker's gender. This duty should be improved by providing an effective obligation to all firms in order to compel them to give specific information also on their agency work and work under procurement contracts. As far as this aspect is concerned, Labour law can play an important role, as we have seen in cases involving agency work and work under procurement contracts. The general principle of equal pay between agency and user workers, provided both by the Italian and the European legislation, can prevent cases like *Allonby*. Neither the Italian nor the European legislations introduce a principle of equal pay between "general employer's" and "specific employer's" employees working in the same firm.

Labour law is neither able to identify the real dimension of pay gap between men and women nor to solve the problem of female segregation in the labour market. In these cases, economic, statistical, human and social sciences can be useful.

Cavalla, a law philosopher, has explained that the truth shows different faces and different degrees. Rhetoric, science and philosophy can help to reach a certain degree of truth, but only with a virtuous integration of all their methods might it be possible to reach a more elevated level of truth. This theory was known also in the Middle Ages, when the seven liberal arts¹⁸⁴⁰ had a complementary relationship, because the search of truth was considered to have multidisciplinary aspects.

In our subject, the economic and statistic sciences, considering the specific situation of each labour market, can help to understand the existence and the importance of pay gap between men and women. Human and social sciences can help searching reasons of female segregation in the labour market. Labour law has to provide the normative instruments to reduce pay gap, taking into consideration the results achieved by the other disciplines and the changes occurring in the Labour market. Only in this way, Labour law can give effective explanations and help to consistently reduce gender pay gap.

Finally, we can affirm that also the solving of gender pay gap's problem requires – like the search of truth for philosophers – a multidisciplinary approach.

Bibliography

Barbera M., *L'evoluzione storica e normativa del problema della parità retributiva tra uomo e donna*, in *Lavoro e Diritto*, 1989, 593-645.

Barbera M., *Discriminazioni ed eguaglianza nel rapporto di lavoro*, Milano, 1991.

Barbera M., *Not the same? The Judicial Role in the New Community Anti-Discrimination Law Context*, in *Industrial Law Journal*, no. 31, 2002, 82-91.

Barbera M., *Il nuovo diritto antidiscriminatorio. Il quadro comunitario e nazionale*, Milano, 2007.

¹⁸⁴⁰ Seven liberal arts are divided in arts of "trivium" (grammar, dialectic and rhetoric) and arts of "quadrivium" (arithmetic, geometry, music and astronomy).

- Barrett G., 'Shall I Compare Thee To...?' On Article 141 EC and Lawrence, in *Industrial Law Journal*, no. 35, 2006, 93-101.
- Borelli S., *Niente parità retributiva in caso di appalto di servizi*, *Rivista Giuridica del Lavoro*, 2003, 117-134.
- Borelli S., *La parità fra i sessi e i fenomeni di esternalizzazione del lavoro*, in *Rivista Giuridica del Lavoro*, 2004, 497-521.
- Cavalla F., *Retorica giudiziale, logica e verità*, in *Retorica, processo, verità*, Padova, 2005.
- Chieco P., *Lavoratore comparabile e modello sociale nella legislazione sulla flessibilità del contratto e dell'impresa*, in *Eguaglianza e libertà nel diritto del lavoro. Scritti in memoria di Luciano Ventura*, Bari, 2004, 47-87.
- Corso I., *La retribuzione e il contratto individuale*, in Gragnoli and Palladini, *La retribuzione*, Torino, 2012, 223-260.
- Deakin S. & Morris G., *Labour Law*, Oxford and Portland, 2009.
- De Marzo M., *Il codice delle pari opportunità*, Milano, 2001.
- De Simone G., *Le modifiche all'art. 4 della l. n. 125/91: la nozione di discriminazione, l'onere della prova, le procedure di conciliazione, le azioni in giudizio, la procedura d'urgenza, il piano di azioni positive giudiziale, la revoca dei benefici pubblici*, in *Nuove Leggi Civili Commentate*, 2001, 711-735
- Eurostat, *Gender pay gap in unadjusted form - in %*. *Structure of Earnings Survey Methodology*, in <http://epp.eurostat.ec.europa.eu/tgm/table.do?tab=table&init=1&language=en&pcode=tsiem040&plugin=1>
- Favilli C., *La nozione di discriminazione fra normativa comunitaria e leggi italiane*, in De Marzo, *Il codice delle pari opportunità*, Milano, 2007, 133-170.
- Foffano S. e Pace N., *Le discriminazioni retributive: un approccio giuridico ed economico*, in *Lavoro e Diritto*, 2011, 663-688.
- Foubert P., *The Gender Pay Gap in Europe from a Legal Perspective*, in <http://jamda.ub.gu.se/handle/1/677>
- Ghera E., *Le c.d. clausole sociali: evoluzione di un modello di politica legislativa*, in *Diritto delle Relazioni Industriali*, 2001, 133-155.
- Gottardi D., "Vuoti" e "pieni": *la retribuzione e la parità di trattamento nell'ordinamento dell'Unione europea*, in *Lavoro e Diritto*, 2011, 615-633
- Gragnoli E., *La retribuzione ed i criteri della sua determinazione*, in Gragnoli and Palladini, *La retribuzione*, Torino, 2012, 1-24.
- Guaglianone L., *Le discriminazioni basate sul genere*, in Barbera, *Il nuovo diritto antidiscriminatorio. Il quadro comunitario e nazionale*, Milano, 2007, 247-287.
- Ichino P., *Prime note sulla somministrazione di lavoro*, in *Giustizia Civile*, no. 2, 2004, 71-109.

Ichino P., *I divieti di discriminazione*, in *Il contratto di lavoro*, no. 2, in Schelesinger, *Commentario al Codice Civile*, Milano, 2003, 541-608.

Imberti L., *Le responsabilità solidali negli appalti e nei subappalti: stato dell'arte, profili critici e proposte di riforma*, *Il Lavoro nella Giurisprudenza*, 2011, 28-34.

Istat, 2013. *Rapporto annuale. La situazione del paese*, in <http://www.istat.it/it/archivio/89629>

Izzi D., *Discriminazione senza comparazione? Appunti sulle direttive comunitarie di «seconda generazione»*, *Giornale di Diritto del Lavoro e delle Relazioni Industriali*, 2003, nn. 3-4, 423-432.

Izzi D., *Eguaglianza e differenze nei rapporti di lavoro*, Napoli, 2005.

Lassandari A., *Le discriminazioni nel lavoro. Nozioni, interessi, tutele*, Padova, 2010.

Nicosia G., *Commento*, in De Luca Tamajo and G. Santoro Passarelli, *Il nuovo mercato del lavoro*, Padova, 2007, 350-365.

Pantano F., *Il lavoro tramite agenzia interinale nell'ordinamento comunitario. Prime osservazioni in merito alla direttiva 2008/104/CE ed al suo impatto sull'ordinamento interno*, in *WP Massimo D'Antona*, no.72/2009.

Perelman C. e Olbrechts-Tyteca L., *A New Rethoric: a Treatise on Argumentation*, Notre Dame, 1969.

Perelman C., *Filosofia e retorica*, Bari, 1959.

Rapporto biennale sulla situazione del personale maschile e femminile (2006-2007), in http://www.regione.emilia-romagna.it/consigliere-di-parita/documentazione/rapporti-biennali-sulla-situazione-del-personale-maschile-e-femminile/rapporti/RAPPORTO_2006_2007.pdf

Ratti L., *Agency work and the idea of dual employership: a comparative perspective*, in *Comparative Labour Law and Policy Journal*, 2009, no. 30, 835-874.

Smith M., *Analysis Note: The Gender Pay Gap in the EU – What policy responses?*, in [http://www.eif.gov.cy/mlsi/dl/genderequality.nsf/All/F592B6E5C824A8A6C22579A700296E29/\\$file/the_gender_pay_gap_in_the_eu_egge_2010.pdf](http://www.eif.gov.cy/mlsi/dl/genderequality.nsf/All/F592B6E5C824A8A6C22579A700296E29/$file/the_gender_pay_gap_in_the_eu_egge_2010.pdf)

Tosi P., *“Appalto di opere o di servizi” e solidarietà*, *Il Lavoro nella Giurisprudenza*, 2012, no. 10, 977-983.

Treu T., *Art. 2, l. 9 dicembre 1977, n. 903*, in *Nuove Leggi Civili Commentate*, 1978, 796-799.

Treu T., *Art. 37 Cost.*, in *Branca, Commentario alla Costituzione*, Bologna, 1979.

Treu T., *Parità retributiva e comparable worth: un raffronto Europa-Usa*, in *Comparable worth e segregazione del lavoro femminile*, Milano, 1987, 27-45.

Villa P., *Differenziali retributivi di genere. Come misurare e come leggere il differenziale salariale fra uomini e donne*, in <http://www.donne-lavoro.bz.it/download/284dextJH0A50.pdf>.