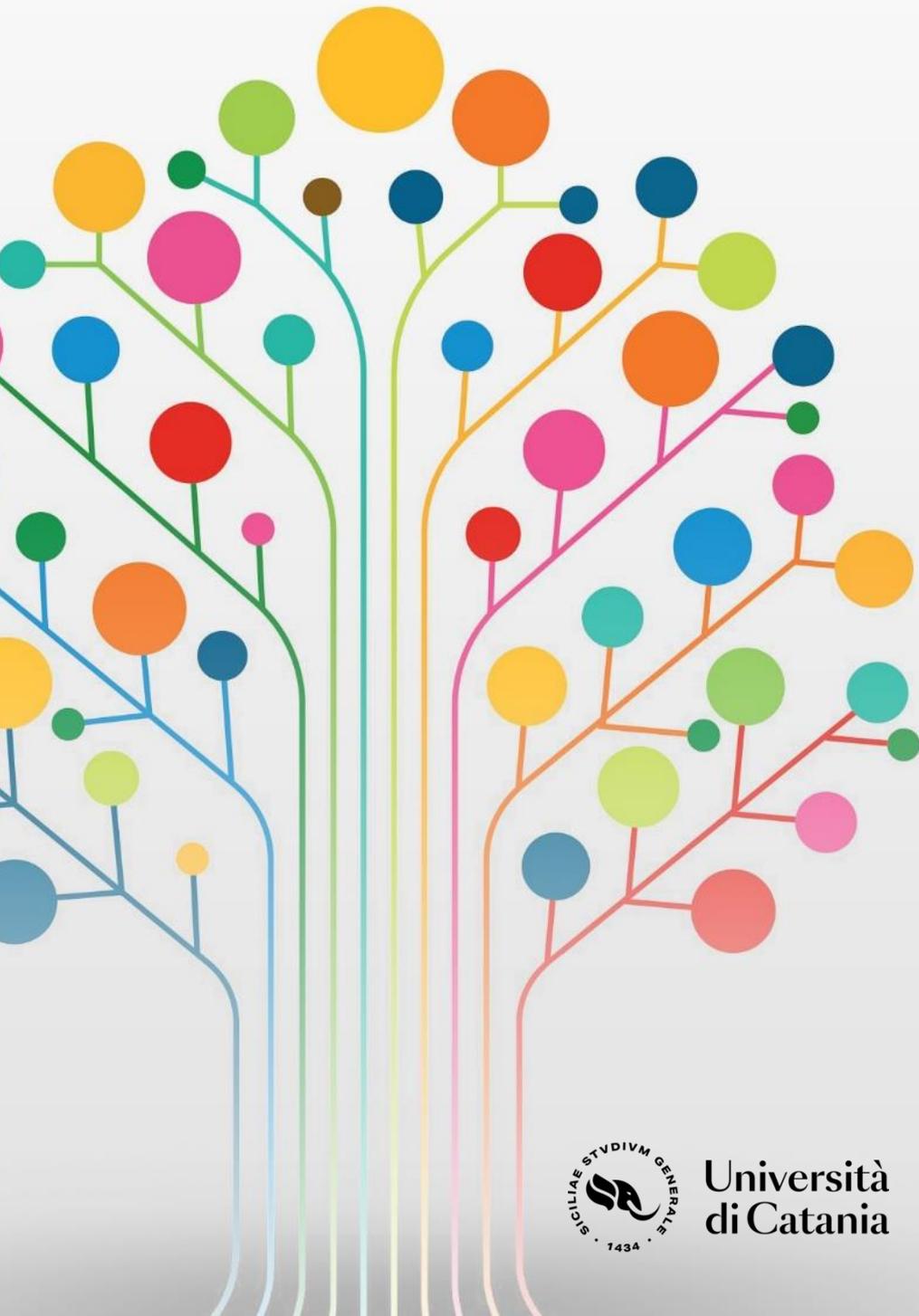


2/2013

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

FRANCO CARINCI, Università di Bologna

ARIANNA AVONDOLA, Università di Napoli “Federico II”

MARCO BIASI, Università “Ca’ Foscari” di Venezia

FRANCO CARINCI, Università di Bologna

LUCA NOGLER, Università di Trento

MARIA DOLORES FERRARA, Università di Trieste

VINCENZO BAVARO, Università di Bari

PIERA CAMPANELLA, Università di Urbino “Carlo Bo”

MARCO LOZITO, Università di Bari

ANDREA PILATI, Università di Verona

CRISTINA ALESSI, Università di Brescia

GIUSEPPE FERRARO, Università di Napoli “Federico II”

VALERIO SPEZIALE, Università di Chieti-Pescara

FRANCO CARINCI, Università di Bologna

MANUEL MAROCCO, ISFOL - Istituto per lo sviluppo della formazione professionale dei lavoratori

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

VALERIO DE STEFANO, Università Commerciale di Milano “Luigi Bocconi” - University of Cambridge

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

SOMMARIO

Adelante Pedro, con juicio: dall'accordo interconfederale 28 giugno 2011 al Protocollo d'intesa 31 maggio 2013 (passando per la riformulazione "costituzionale" dell'art. 19, lett. b) St.) Franco Carinci	1
Meccanismi di moderazione del danno nel nuovo art. 18 dello statuto dei lavoratori: l'ospite sgradito Arianna Avondola	15
Il nuovo articolo 18 dopo un anno di applicazione giurisprudenziale: un bilancio provvisorio Marco Biasi	33
Il buio oltre la siepe: Corte cost. 23 luglio 2013, n. 231 Franco Carinci	70
La titolarità congiunta del diritto di sciopero Luca Nogler	104
La Direttiva 2008/104/Ce relativa al lavoro tramite agenzia interinale: aspetti problematici e modelli di implementazione Maria Dolores Ferrara	121
La razionalità pratica dell'art. 19 st. lav. e la democrazia industriale Vincenzo Bavaro	142
Decentramento contrattuale e incentivi retributivi nel quadro delle politiche di sostegno alla produttività del lavoro Piera Campanella	154
Tendenze della contrattazione nazionale in materia di contratto a termine, <i>part-time</i> e apprendistato professionalizzante Marco Lozito	178
Sull'inapplicabilità del nuovo art. 18 st. lav. al lavoro pubblico privatizzato Andrea Pilati	215
Le modifiche in tema di lavoro a termine nel "decreto lavoro": alcune osservazioni in tema di "acausalità" e proroga del contratto Cristina Alessi	238
Crisi occupazionali e tecniche di tutela Giuseppe Ferraro	250

La riforma del licenziamento individuale tra <i>law and economics</i> e giurisprudenza Valerio Speciale	278
Contrattazione e contratto collettivo nell'impiego pubblico "privatizzato" Franco Carinci	332
La <i>doppia anima</i> delle politiche attive del lavoro e la Riforma Fornero Manuel Marocco	364
Rappresentatività sindacale nel protocollo d'intesa del 31 maggio 2013 ed in recente pronuncia di incostituzionalità (dell'articolo 19 dello statuto dei lavoratori): dall'ordinamento intersindacale alla rilevanza per l'ordinamento giuridico dello stato Michele De Luca	390
<i>Reclamo</i> contro la sentenza di primo grado nel <i>procedimento specifico</i> in materia di licenziamenti (articolo 1, commi 58 ss, legge n. 92 del 2012): natura, forma e filtro dell'appello Michele De Luca	409
A tale of oversimplification and deregulation: the mainstream approach to labour market segmentation and the recent responses to the crisis in European countries Valerio De Stefano	419
Brevi annotazioni sull'incostituzionalità del criterio di legittimazione attiva di cui all'art. 28 dello statuto dei lavoratori Luigi de Angelis	443

***Adelante Pedro, con juicio: dall'accordo interconfederale 28 giugno 2011
al Protocollo d'intesa 31 maggio 2013 (passando per la riformulazione
"costituzionale" dell'art. 19, lett. b) St.)****

Franco Carinci

1. La rappresentatività nel "pubblico privatizzato" e nel "privato": derivata ascendente e originaria discendente.	2
2. Un protocollo "chiuso" o "aperto"?	3
3. La misurazione della rappresentatività con riguardo alla contrattazione collettiva nazionale: una duplice correzione circa il calcolo della soglia del 5%.	4
4. (Segue): una difficile mutuazione dal "pubblico privatizzato" al "privato".	5
5. (Segue): tre problemi.	7
6. (Segue): l'eliminazione del "terzo riservato" nella composizione delle Rsu.	8
7. Titorità ed efficacia della contrattazione collettiva nazionale: la promozione di una piattaforma unitaria.	10
8. (Segue): l'introduzione della regola del 50% + 1 di rappresentatività previa consultazione certificata delle lavoratrici e dei lavoratori.	11
9. (Segue): la previsione di clausole di tregua e procedure di raffreddamento nei CCNL.	12
10. La vincolatività endo-associativa del Protocollo d'intesa.	13
11. Il raccordo fra il sistema sindacale di cui all'accordo interconfederale del giugno 2011 e al Protocollo d'intesa del maggio 2013 e l'ordinamento giuridico: in particolare la recente Corte cost. 3 luglio 2013.	13

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 179/2013

1. La rappresentatività nel “pubblico privatizzato” e nel “privato”: derivata ascendente e originaria discendente.

Il Protocollo d'intesa sottoscritto il 31 maggio 2013 da Confindustria, Cgil, Cisl, Uil si presenta, in maniera modesta, come diretto a dare “*applicazione all'accordo del 28 giugno 2011 in materia di rappresentanza e rappresentatività per la stipula dei Contratti Collettivi Nazionali di Lavoro, fissando i principi ai quali ispirare la regolamentazione attuativa e le necessarie convenzioni con gli enti interessati*”¹. Ma, a leggerlo per intero, si rivela assai più che una mera intesa applicativa di quella autentica svolta rappresentata dal punto 1 dell'accordo del giugno 2011 che segnò allora la mutuazione dal settore pubblico privatizzato del criterio misto associativo/elettivo per la selezione della rappresentatività negoziale.

Come si ricorderà, sul modello dell'art. 43, co. 1 d. lgs. n. 165/2001, il punto 1 dell'accordo del giugno 2011 prevede per l'ammissione alla contrattazione collettiva nazionale delle federazioni una rappresentatività non presunta, in base a giudizi qualitativi, che consentono solo di qualificarla come “maggiore” o “comparativamente più”; ma effettiva, in forza di indicatori quantitativi debitamente certificati, cioè quelli associativi, riferiti alle deleghe per i contributi sindacali, e quelli elettorali, relativi ai voti ottenuti nelle elezioni delle rappresentanze sindacali unitarie, che permettono di misurarla secondo una media fra le rispettive percentuali non inferiore al 5%. Tace, invece, sulla necessità che i contratti di categoria siano sottoscritti da organizzazioni sindacali dotate di una rappresentatività maggioritaria, cioè pari al 50% + 1, prevista sull'art. 43, co. 3 d. lgs. n. 165/2001, si da lasciare il modello incompleto; un silenzio, questo, destinato ad essere riempito proprio dal Protocollo del maggio 2013.

Va previamente sottolineata la differenza fondamentale rispetto al modello originario del pubblico impiego privatizzato, comune all'accordo interconfederale e al Protocollo, costituita dalla fonte, legislativa e rispettivamente contrattuale, che si rispecchia non solo nella diversa vincolatività della disciplina, ma nella stessa natura della rappresentatività delle confederazioni.

Nel settore pubblico privatizzato è derivata ascendente, federazioni *versus* confederazioni, pos seduta da tutte quelle confederazioni che siano tali da contare come affiliate federazioni rappresentative, sì da risultare formalmente “aperta”: per la “*stipulazione degli accordi o contratti collettivi che definiscono o modificano i comparti o le aree o che regolano istituti comuni a tutte le pubbliche amministrazioni o riguardanti più comparti, le confederazioni sindacali alle quali in almeno due comparti o due aree contrattuali, siano affiliate organizzazioni sindacali rappresentative ai sensi del comma 1*” (art. 43, co. 4); per la “*contrattazione collettiva nazionale per il relativo comparto o area ... altresì le confederazioni alle quali le organizzazioni sindacali ammesse alla contrattazione ai sensi del comma 1 siano affiliate*” (art. 43, co. 2).

Mentre, nel settore privato è originaria discendente, confederazioni *versus* federazioni, goduta dalle sole federazioni che siano aderenti alle confederazioni firmatarie dell'accordo, in forza di un reciproco riconoscimento.

Solo che, poi, questa primazia nella natura della rappresentatività delle confederazioni, propria del settore privato rispetto a quello pubblico, non trova riscontro nella loro rilevanza dentro i

¹ F. Carinci, *L'accordo interconfederale del 28 giugno 2011: armistizio o pace?*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2011, 3, pag. 457 e segg. e in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT*, 125/2011.

rispettivi sistemi contrattuali. Come visto, in quello delineato dal d. lgs. n. 165/2001, le confederazioni, legittimate in ragione di una rappresentatività derivata ascendente, partecipano da sole agli accordi quadro di cui all'art. 43, co. 4 d. lgs. n. 165/2001, e co-partecipano ai contratti di comparto o di area; in quello prefigurato dall'accordo interconfederale 28 giugno 2011, le confederazioni, dotate di una rappresentatività originaria discendente, concludono da sole accordi interconfederali, ma non prendono parte ai contratti di categoria.

Sicché, anche a prescindere dal loro diverso carattere vincolante, gli accordi quadro del settore pubblico privatizzato risultano, già sulla carta, più resistenti di quelli interconfederali del settore privato, *vis-à-vis* dei rispettivi contratti nazionali. Ciò proprio perché le confederazioni che stipulano gli accordi quadro, siedono anche ai tavoli di comparto o di area; mentre quelle che siglano gli accordi interconfederali non sono normalmente presenti ai negoziati di categoria.

Il che riflette il ben più elevato grado di centralizzazione formalizzata caratterizzante il sistema contrattuale del pubblico impiego privatizzato rispetto a quello del lavoro privato, destinato a trovare qui la sua più significativa e rilevante espressione nell'efficacia reale delle clausole dei contratti di comparto o di area, con la previsione esplicita della nullità e conseguente sostituzione a' sensi degli artt. 1339 e 1419, co. 2 c.c. di quelle dei contratti integrativi in *"violazione dei vincoli e dei limiti di competenza imposti dalla contrattazione collettiva o dalle norme di legge"* (art. 40, co. 3 *quinquies* d. lgs. n. 165/2001).

2. Un protocollo "chiuso" o "aperto"?

C'è da chiedersi se il Protocollo d'intesa del maggio 2013 sia "chiuso" alle parti firmatarie, sì da escludere o condizionare al loro consenso successive sottoscrizioni, o "aperto", sì da permettere nuove libere adesioni. Sembrerebbe far propendere per la prima ipotesi già il dato giuridico nudo e crudo, per cui non è possibile entrare in un accordo senza una clausola d'ingresso o un'autorizzazione delle parti; tanto più che il Protocollo è un testo non autonomo ed autosufficiente, ma attuativo dell'accordo interconfederale del giugno 2011, che niente prevede al riguardo.

E, poi, lo stesso Protocollo è caratterizzato da un ricorso insistente alle *"Organizzazioni firmatarie"*, a *"ogni Organizzazione Sindacale aderente alle Confederazioni firmatarie della presente intesa"*, a *"ogni singola organizzazione sindacale aderente alle Confederazioni firmatarie della presente intesa"*, a *"le Federazioni aderenti alle Confederazioni firmatarie il presente accordo"*, a *"le Federazioni delle Organizzazioni sindacali firmatarie del presente accordo"*, a *"le Parti firmatarie e le rispettive Federazioni"*. Per di più, sotto la rubrica *"Misurazione della rappresentatività"*, punto 3, si precisa che ai fini del calcolo della percentuale del 5% sono conteggiabili solo i voti espressi nelle elezioni delle Rsu per ogni organizzazione sindacale *"aderente alle Confederazioni firmatarie della presente intesa"*.

C'è, però, da tener conto di quanto scritto sotto la stessa rubrica, punto 6 (primo, secondo e terzo capoverso), per cui: *"Fermo restando quanto già sopra stabilito in materia di RSU, nonché quanto previsto dall'accordo del 28/6/2011, le parti convengono che: viene confermato il principio stabilito nell'Accordo Interconfederale del 20 dicembre 1993, ossia che 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 l. 300/70; 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”.

Ora l'Accordo interconfederale del 20 dicembre 1993 per la costituzione delle Rsu prevede, alla Parte prima, 8 (Clausola di salvaguardia) che *“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 Rsu, rinunciano formalmente ed espressamente a costituire Rsa ai sensi della norma sopra menzionata”.* Ed aggiunge alla Parte seconda, 4. (Presentazione delle liste) che all'elezione possono concorrere liste presentate dalle *“a. associazioni sindacali firmatarie del presente accordo e del contratto collettivo nazionale di lavoro applicato nell'unità produttiva; b. associazioni sindacali formalmente costituite con un proprio statuto e atto costitutivo a condizione che 1. accettino espressamente e formalmente la presente regolamentazione; 2. la lista sia corredata da un numero di firme di lavoratori dipendenti dall'unità produttiva pari al 5% degli aventi diritto al voto”*

Se, sullo sfondo di quanto così disposto dall'Accordo interconfederale del dicembre 1993, si procede a rileggere il punto 6 (primo, secondo e terzo capoverso) se ne dovrebbe dedurre che anche organizzazioni non affiliate alle Confederazioni firmatarie o addirittura non affiliate a Confederazioni, legittimate a dar vita a Rsa, possono aderire all'intesa; peraltro, non solo implicitamente con quella partecipazione all'elezione delle Rsu accompagnata dalla rinuncia formale ed espressa a costituire Rsa, prevista dall'Accordo, ma anche, esplicitamente, “comunque”, con l'assunzione dell'impegno per il futuro a non costituire Rsa.

Se così è, non rimane che sottolineare come il Protocollo d'Intesa del maggio 2013 al pari dell'Accordo interconfederale del giugno 2011 sia tutto costruito a misura di Confederazioni, tanto da andar già largo per organizzazioni sindacali nazionali non affiliate a Confederazioni, per non parlare delle organizzazioni solo aziendali che pur possono avere a sensi dell'art. 19, lett. b), St. già com'era e comunque com'è ora dopo il recente pronunciamento del Giudice delle leggi, diritto a costituire Rsa.

Non solo, perché il Protocollo contiene alcuni punti che implicitamente od esplicitamente riguardano le sole parti firmatarie - Cgil, Cisl, Uil e Confindustria - cioè sotto la rubrica *“Misurazione della rappresentatività”*, il punto 6, quarto capoverso, ed il punto 7, su cui si avrà occasione di ritornare.

Di fatto la formale “estensione” del Protocollo ad un'altra Confederazione non è avvenuta per adesione, ma per sottoscrizione, in data 6 giugno 2013 da parte di Confindustria e di Ugl, e in data 18 giugno 2013 da parte di Confindustria e di Cisl, di un testo purgato dei punti appena sopra richiamati. Il che, però, pone un ulteriore problema, perché in luogo di un unico Protocollo con più parti, alcune originarie ed altre intervenute in adesione, ce ne sono ben tre, la cui coesistenza e convivenza sono da esaminare e valutare attentamente, trattandosi di una soluzione giuridica tutt'affatto diversa.

3. La misurazione della rappresentatività con riguardo alla contrattazione collettiva nazionale: una duplice correzione circa il calcolo della soglia del 5%.

Nel suo testo originario il punto 1 dell'accordo 28 giugno 2011 recitava: *“Ai fini della certificazione della rappresentatività delle organizzazioni sindacali per la contrattazione collettiva nazionale di categoria si assumono come base i dati associativi riferiti alle deleghe relative ai contributi*

sindacali conferite dai lavoratori. Il numero delle deleghe viene certificato dall'INPS tramite un'apposita sezione nelle dichiarazioni aziendali (Unimiens) che verrà predisposta a seguito di convenzione fra INPS e le parti stipulanti il presente accordo interconfederale. I dati così raccolti e certificati, trasmessi complessivamente al CNEL, saranno da ponderare con i consensi ottenuti nelle elezioni periodiche delle rappresentanze sindacali unitarie da rinnovare ogni tre anni e trasmessi dalle Confederazioni sindacali al CNEL. Per la legittimazione a negoziare è necessario che il dato della rappresentatività così realizzato per ciascuna organizzazione sindacale superi il 5% del totale dei lavoratori della categoria cui si applica il contratto collettivo".

Questo testo conteneva una duplice imprecisione, tale da rendere perverso l'intero meccanismo selettivo, relativa rispettivamente al calcolo ed al livello e all'ambito di riferimento della soglia del 5%. La prima, costituita dall'espressione "*saranno da ponderare*" faceva pensare ad una media aritmetica ponderata, cioè tale da assegnare ai dati associativi ed elettorali pesi diversi; rimasta nel testo, verrà chiarita dal Protocollo d'intesa del maggio 2013. Qui, sotto la rubrica "*Misurazione della rappresentatività*", al punto 4 (secondo periodo), si dichiara ancora che "*Il Cnel raccoglierà i dati relativi ai voti per ambito contrattuale e per organizzazione e, unitamente ai dati relativi agli iscritti ricevuti dall' INPS ne effettuerà la ponderazione...*", ma, poi, al punto 5 si precisa che "*La certificazione della rappresentatività di ogni singola organizzazione sindacale aderente alle Confederazioni firmatarie della presente intesa, utile per essere ammessa alla contrattazione collettiva nazionale, così come definita nell'intesa del 28/6/2011 (ossia il 5%), sarà determinata come media semplice fra la percentuale degli iscritti (sulla totalità degli iscritti) e la percentuale dei votanti...*" Certo sarebbe stato più corretto parlare di media aritmetica semplice come distinta e contrapposta alla media aritmetica ponderata, ma la sostanza di una somma delle due percentuali, seguita da una divisione per due, è resa chiara dal passo immediatamente successivo "*... quindi, con un peso pari al 50% per ognuno dei due dati*".

La seconda imprecisione, data dalla frase "*Per la legittimazione a negoziare ...*", faceva ritenere che la soglia del 5% dovesse non solo essere superata ma addirittura riferita al "*totale dei lavoratori della categoria*". Troppo grave perché potesse essere lasciata nel testo, sicché è stata cassata e sostituita già in sede di sottoscrizione definitiva dell'accordo del giugno, avvenuta il 21 settembre 2011, per cui ora "*Sono ammesse alla contrattazione collettiva nazionale le organizzazioni sindacali che abbiano nel settore una rappresentatività non inferiore al 5% considerando a tal fine la media tra il dato associativo (iscrizioni certificate) e il dato elettorale (percentuali voti ottenuti su voti espressi)*". Ma lo si è fatto per così dire in camuffa, senza darne atto, sicché il mero e semplice rinvio al testo del 28 giugno 2011 effettuato dal Protocollo d'intesa 31 maggio 2013 può trarre in inganno.

4. (Segue): una difficile mutuazione dal "pubblico privatizzato" al "privato".

Il *punctum dolens* è costituito dal fatto che il modello mutuato dal pubblico impiego privatizzato trovava e trova proprio lì il terreno elettivo, già per la sua congenita struttura, data da una grande concentrazione della controparte datoriale e da una forte stabilità dell'occupazione; ma pure per la sua regolamentazione della presenza e dell'attività sindacale. Per legge le amministrazioni pubbliche sono rappresentate unitariamente dall'Aran; le organizzazioni sindacali rappresentative sono legittimate ad una contrattazione collettiva nazionale con efficacia generalizzata per i comparti e le aree predeterminati nel numero e definiti da accordi fra l'Aran e le Confederazioni rappresentative; e a costituire "*rappresentanze sindacali aziendali*" ex art. 19 St., nonché ad attivare

anche disgiuntamente in ogni unità amministrativa al di sopra dei 15 dipendenti, salvo disposizioni collettive più favorevoli, “*un organismo di rappresentanza unitaria del personale mediante elezioni alle quali è garantita la partecipazione di tutti i lavoratori*”(artt.43, co. 1 e 42, co. 2 e 3 d. lgs. n. 165/2001).

Questo comporta elevati tassi di sindacalizzazione e di partecipazione elettorale, che rendono gli indicatori quantitativi della rappresentatività significativi rispetto ai comparti ed alle aree di riferimento, sì da giustificare quella efficacia generale della contrattazione collettiva salvata dalla Corte costituzionale con un autentico *escamotage*. Non solo, perché tali indicatori sono raccolti e certificati dalla stessa Aran, tramite le stesse pubbliche amministrazioni, con l'ausilio di un comitato paritetico partecipato dalle organizzazioni sindacali ammesse alla contrattazione collettiva nazionale, cui spetta verificare i dati relativi ai voti e alle deleghe, nonché risolvere le eventuali controversie (art. 43, co. 7 ss. d. lgs. n. 165/2001).

Ben diverso è lo scenario di fondo dell'accordo interconfederale del giugno 2011 e del Protocollo d'intesa del maggio 2013, caratterizzato come ben noto da una forte diversificazione della realtà produttiva ed occupazionale, con una prevalenza della piccola impresa e una crescente estensione dell'occupazione precaria. Non esiste qui una controparte datoriale unitaria, se la Confindustria ha tradizionalmente esercitato una funzione guida rappresenta di diritto solo le imprese associate, con una occupazione concentrata nel settore industriale, mentre di fatto fa grande fatica a tenerle tutte sulla sua linea di politica sindacale.

E certo pesa l'assenza di una legge *ex art. 39, Cost., co. 2*, nonché la mutilazione referendaria dell'art. 19 St., con abrogazione della lett. a) e amputazione della lett. b). Le organizzazioni sindacali non hanno diritto di partecipare ad una contrattazione collettiva nazionale, lasciata all'autonomia collettiva per la determinazione della categoria e priva di efficacia *erga omnes*; lo hanno solo se previste nelle specifiche ipotesi di legge come “*maggiormente*” o “*comparativamente più*” rappresentative, cioè con riguardo alla c.d. contrattazione delegata, che, peraltro, prevede a volte un obbligo, a volte un semplice onere a carico delle contro-parti datoriali, senza che tuttavia sia certa la sua efficacia *ultra partes*. E non hanno neppure titolo a costituire rappresentanze sindacali aziendali se non a' sensi dell'art. 19, lett. b) St.: pur così, come resa conforme a Costituzione da una recentissima decisione della Corte, che, a quanto pare, considera sufficiente l'aver preso parte al negoziato del contratto applicato nell'unità produttiva, senza bisogno alcuno di sottoscriverlo, tale lettera non risolve di per sé sola il problema a monte, quale costituito dall'assenza di un diritto *ex lege* a venire ammessi al tavolo della trattativa. A meno che tale diritto non venga introdotto dalla contrattazione collettiva, come sembra prospettare in maniera peraltro debole ed ambigua il Protocollo d'Intesa, sotto la rubrica “*Titolarità ed efficacia della contrattazione*”, punto 2, terzo capoverso, su cui si avrà occasione di ritornare.

Ciò comporta bassi tassi di sindacalizzazione e di partecipazione elettorale, fra l'altro fortemente diversificati a seconda della categoria, della dimensione aziendale, delle dislocazione territoriale, della composizione della forza lavoro per titolo di studio, età, genere, sì da aversi ampie “*aree*”, di totale assenza di sindacato, dove, se pur si applica almeno in parte la contrattazione nazionale, non c'è traccia di Rsa e Rsu e tantomeno di contrattazione aziendale; e se non si applica la contribuzione sindacale resta affidata a quella invenzione giurisprudenziale, molto sofisticata ma poco praticabile, quale la cessione di credito.

Una volta trasferiti nel privato, gli stessi indicatori quantitativi collaudati nel pubblico non possono risultare altrettanto significativi, sì da non poter comunque dar ragione a chi voglia considerarli sufficienti a giustificare anche nel privato una legge che legittimi le organizzazioni sindacali rappresentative a dar vita ad una contrattazione con efficacia generale, in forza di un' "attuazione per equivalente" dell'art. 39, co. 2 ss. Cost.

Per di più, come conferma il Protocollo d'intesa del maggio 2013, sotto la rubrica "*Misurazione della rappresentatività*", punti 2 e 4, la certificazione dei dati risulta frutto di una collaborazione tutta da realizzare e sperimentare. Per la raccolta delle deleghe è prevista una convenzione fra l'INPS e le parti stipulanti, per cui sarà predisposta un'apposita sezione nelle dichiarazioni aziendali (Uniemens), ma questa godrà della stessa efficacia *inter partes* del Protocollo; mentre per la raccolta dei "*dati relativi ai voti espressi, come risultanti dai verbali, delle Rsu*" la soluzione resta aperta e problematica, visto che si prevede avvenga "*se possibile, tramite i Comitati provinciali dei Garanti di cui all'accordo interconfederale 20 dicembre 1993, o analogo organismo*", ove la chiamata in causa di tali Comitati sembra una soluzione di fortuna, perché previsti e disciplinati all'art. 20 dell'accordo, come meri organi di appello rispetto alle decisioni delle Commissioni elettorali preposte alle votazioni per le Rsu, costituiti "*a livello provinciale, da un membro designato da ciascuna delle organizzazioni sindacali presentatrici di liste, interessate al ricorso, da un rappresentante dell'associazione industriale locale di appartenenza, ed è presieduto dal Direttore dell'Uplmo o da un suo delegato*".

A sensi del Protocollo d'Intesa l' "INPS, una volta elaborato il dato di rappresentatività relativo ad ogni organizzazione sindacale per ambito di applicazione del contratto collettivo nazionale di lavoro di competenza, lo trasmetterà al CNEL"; mentre il "CNEL raccoglierà i dati relativi ai voti per ambito contrattuale e per organizzazione e, unitamente ai dati relativi agli iscritti ricevuti dall'INPS, ne effettuerà la ponderazione al fine di determinare la rappresentanza per ogni singola organizzazione sindacale aderente alle Confederazioni firmatarie della presente intesa e per ogni contratto collettivo nazionale di lavoro". A quanto sembra saranno l'Inps e i Comitati dei Garanti o analoghi organismi non solo a raccogliere, ma anche a certificare rispettivamente deleghe e voti, col Cnel coinvolto solo per effettuare la ponderazione, cioè *rectius* la media semplice aritmetica, senza che, almeno per ora, si sappia chi e come dovrà decidere le eventuali contestazioni.

5. (Segue): tre problemi.

A questo punto il Protocollo d'intesa del maggio 2013, sempre sotto la rubrica "*Misurazione della rappresentatività*", affronta un triplice problema.

A) Il primo riguarda il conteggio dei voti per l'elezione delle Rsu, risolto col prevedere, al punto 3, che "*Ai fini della misurazione del voto espresso da lavoratrici e lavoratori nella elezione della Rappresentanza Sindacale Unitaria varranno esclusivamente i voti assoluti espressi per ogni Organizzazione Sindacale aderente alle Confederazioni firmatarie della presente intesa. Lo stesso criterio si applicherà alle RSU in carica, cioè elette nei 36 mesi precedenti la data in cui verrà effettuata la misurazione*".

Solo che occorre tener conto del successivo punto 6 (primo, secondo e terzo capoverso) qui riportato al termine del paragrafo 2, per cui, a prenderlo alla lettera, andrebbero conteggiati anche i voti delle organizzazioni sindacali affiliate ad altre Confederazioni o non affiliate a Confederazioni che, dotate del diritto di costituire Rsa, abbiano partecipato con proprie liste all'elezione delle

Rsu, con la contestuale rinuncia, formale ed espressa a tale diritto, perché così facendo hanno aderito al Protocollo d'Intesa.

B) Il secondo problema tocca il *deficit* di Rsu, risolto col prescrivere, sempre al punto 3, che *“Laddove siano presenti RSA ovvero non vi sia alcuna forma di rappresentanza, sarà rilevato il solo numero degli iscritti (deleghe certificate) per ogni singola organizzazione sindacale”*.

Il che comporta che la media aritmetica semplice scontrerà a monte una sopravvalutazione dei dati associativi rispetto ai dati elettorali, sicché non per nulla, proprio con quel punto 6 (primo, secondo e terzo capoverso) qui riportato al termine del paragrafo 2, ci si fa carico di ribadire la scelta a monte di una rappresentatività associativa-elettiva, che per essere tale deve contare su una generalizzazione delle Rsu, a cominciare da una piena applicazione dell'Accordo interconfederale del dicembre 1993, con rinuncia alle Rsa a favore delle Rsu.

Il che segna un autentico salto in avanti rispetto all'accordo interconfederale del giugno 2011, che dava implicitamente per scontata la sopravvivenza delle Rsa, disciplinando distintamente ai punti 4 e 5 la procedura di sottoscrizione dei contratti collettivi aziendali che *“per le parti economiche e normative sono efficaci per tutto il personale in forza e vincolano tutte le associazioni sindacali firmatarie del presente accordo”* a seconda che fossero presenti le Rsu o le Rsa.

Sicché quel che là poteva apparire un doppio sistema a regime, qui viene reso transitorio, se pur come indirizzo destinato a fare i conti con il fatto che alcune categorie hanno privilegiato le Rsa e, comunque, promosso o solo tollerato la coesistenza di Rsa e Rsu. Tant'è che al punto 6 viene inserito un terzo capoverso, per cui *“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 unitariamente dalle Federazioni aderenti alle Confederazioni firmatarie il presente accordo”*.

C) Il terzo problema interessa la durata in carica delle Rsu, che l'Accordo interconfederale del dicembre 1993, Parte prima, punto 6 (Durata e sostituzione e sostituzione nell'incarico), prevede in 3 anni.

Nel ribadire implicitamente tale durata, ci si preoccupa della sua diffusa inosservanza, col prevedere al punto 6 (quarto capoverso), che *“le Rsu scadute alla data di sottoscrizione dell'intesa saranno rinnovate nei successivi sei mesi”*. Ma soprattutto ci si fa carico di *“sanzionare”* la perduranza in carica oltre il triennio, se quanto scritto al punto 3, qui riportato sub A)- che cioè *“Lo stesso criterio si applicherà alle RSU in carica, cioè elette nei 36 mesi precedenti la data in cui verrà effettuata la misurazione”*– debba essere interpretato nel senso che il conteggio dei voti ai fini del calcolo della percentuale del 5% sia effettuabile solo per le Rsu non scadute al momento della misurazione.

6. (Segue): l'eliminazione del “terzo riservato” nella composizione delle Rsu.

Uno dei tre dati più innovativi e significativi del Protocollo d'Intesa è contenuto sempre sotto la rubrica *“Misurazione della rappresentatività”*, punto 6, quinto e sesto capoverso, dove viene cancellato il c.d. terzo riservato e introdotto il *“mandato imperativo”* con riguardo ai componenti delle Rsu.

Come ben noto, l'Accordo interconfederale per la costituzione delle Rsu del dicembre 1993, Parte prima, art. 2, prevedeva che *“Alla costituzione della Rsu si procede, per due terzi dei seggi, mediante elezione a suffragio universale e a scrutinio segreto tra liste concorrenti. Il residuo terzo*

viene assegnato alle liste presentate dalle associazioni sindacali firmatarie del contratto collettivo di lavoro applicato nell'unità produttiva e alla sua copertura si procede, mediante elezione o designazione, in proporzione ai voti ricevuti".

E lo prevedeva in attuazione del Protocollo del 23 luglio 1993 (2. Assetti contrattuali) che nel disciplinare un sistema articolato, ne garantiva un funzionamento coerente per mezzo di un raccordo fra i livelli. Il primo, oggettivo, cioè fra i contenuti, era dato dalle previsioni delle clausole di rinvio; il secondo soggettivo, cioè fra gli agenti, era costituito dalla regolamentazione delle Rsu, riconosciute sì come sostitutive delle Rsa, ma con un duplice "controllo" da parte delle organizzazioni sindacali: "interno", per mezzo del c.d. terzo riservato ed "esterno", per tramite della condivisione con le organizzazioni sindacali territoriali del potere negoziale in azienda.

L'Accordo interconfederale del giugno 2011 resta sostanzialmente fedele ad un sistema contrattuale articolato. Ma mentre conserva più o meno immutato il raccordo oggettivo, col dire, al punto 3, che *"la contrattazione collettiva aziendale si esercita per le materie delegate, in tutto o in parte, dal contratto collettivo nazionale di lavoro di categoria o dalla legge"*; sembra attenuare quello soggettivo, col non far parola, al punto 4, del "controllo esterno".

Stando alla sua lettera, per cui *"i contratti collettivi aziendali per le parti economiche e normative sono efficaci per tutto il personale in forza e vincolano tutte le associazioni sindacali firmatarie del presente accordo interconfederali operanti all'interno dell'azienda se approvati dalla maggioranza dei componenti delle rappresentanze sindacali unitarie elette secondo le regole interconfederali vigenti"*, le Rsu acquistano formalmente la titolarità in esclusiva del potere negoziale in azienda.

Di certo, il Protocollo d'Intesa azzera il raccordo soggettivo, coll'abolire anche il "controllo interno", costituito dal c.d. terzo riservato, laddove al citato punto 6, quinto capoverso afferma che *"le RSU saranno elette con voto proporzionale"*. Certo, sempre al punto 6, sesto capoverso, introduce, a compensazione, un *"mandato imperativo" per gli eletti nelle liste presentate dalle organizzazioni sindacali, 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"*. Ma al di là della sua praticabilità, la formula appare ambigua, perché un componente della Rsu potrebbe benissimo dissociarsi dalla linea della sua lista, senza cambiare appartenenza sindacale; bisognerebbe allora forzare la lettera per farvi ricadere anche un'eventuale espulsione in caso di dissociazione grave o reiterata, ma sarebbe ... una forzatura eccessiva.

Non poteva sfuggire alle parti contraenti che tutto questo comportava un aggiornamento dell'accordo interconfederale del dicembre 1993, sicché al punto 7, l'unico passaggio in cui vengono indicate nominativamente, si dice, con una formulazione tanto ampia da lasciare aperta più di una possibilità: *"Confindustria, Cgil, Cisl, Uil si impegnano a rendere coerenti le regole dell'accordo interconfederale del dicembre 1993, con i suddetti principi, anche con riferimento all'esercizio dei diritti sindacali e, segnatamente con quelli in tema di diritto d'assemblea in capo alle Organizzazioni sindacali firmatarie della presente intesa, titolarità della contrattazione di secondo livello e diritto di voto per l'insieme dei lavoratori dipendenti"*.

Senza avventurarsi in previsioni, si può anticipare, rispetto a quanto si dirà in prosieguo, che il tema dei diritti sindacali dovrà fare i conti con la riformulazione dell'art. 19, lett. b) effettuato dalla Corte costituzionale. E si può, altresì, sottolineare come il rinvio circa la titolarità della

contrattazione aziendale potrebbe servire a reintrodurre quella presenza delle organizzazioni sindacali territoriali, come detto sopra apparentemente esclusa dall'Accordo interconfederale del maggio 2011, punto 4; e, a sua volta, il rinvio circa il diritto di voto potrebbe essere utilizzato per ritornare sull'elettorato passivo, che l'Accordo interconfederale del dicembre 1993, Parte seconda, punto 3, ora esclude per i lavoratori in prova e rimette alla contrattazione di categoria per i lavoratori non a tempo determinato.

7. Titolarietà ed efficacia della contrattazione collettiva nazionale: la promozione di una piattaforma unitaria.

La rubrica *“Misurazione della rappresentatività”* fa da premessa logica alla successiva *“Titolarietà ed efficacia della contrattazione”* che, al punto 1, recita, *“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% considerando a tal fine la media fra il dato associativo (percentuale delle iscrizioni certificate) e il dato elettorale (percentuale voti ottenuti sui voti espressi)”*, con conferma dell'adozione della media semplice aritmetica.

E qui nei successivi punti 2 e 3 sono contenuti gli altri due dati più innovativi e significativi del Protocollo d'intesa, che, facendo tesoro dell'esperienza pregressa, regolano la procedura contrattuale in vista di una gestione *“unitaria”* del negoziato e di una approvazione *“qualificata”* del contratto.

A dire il vero la disciplina della procedura di cui al punto 2 risulta assai morbida. Si apre con un primo capoverso contenente un esplicito riconoscimento della libertà e autonomia delle singole Federazioni, che precede un rinvio alla loro auto-regolamentazione, senza contemplare alcuna forma di coordinamento intersindacale, *“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 relative attribuzioni con proprio regolamento.* Segue, poi, un secondo capoverso che appare più un auspicio che un indirizzo dato alle Federazioni: *“In tale ambito, e in coerenza con le regole definite nella presente intesa, le Organizzazioni Sindacali favoriranno in ogni categoria, la presentazione di piattaforme unitarie”*.

Se ne trae una conferma nella chiamata *ad adiuvandum* della Confindustria, con la aspettativa che abbia rispetto alle sue associazioni ed imprese una capacità d'influenza maggiore di quella di Cgil, Cisl, Uil rispetto alle proprie Federazioni, cosa, peraltro, tutta da dimostrare, come insegna l'esperienza. Recita il punto 2, terzo capoverso: *“Fermo restando quanto previsto al precedente punto 1, 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 pari a almeno al 50% +1”*.

Dunque resta fermo che sono ammesse alla contrattazione collettiva nazionale le organizzazioni sindacali legittimate ai sensi del precedente punto 1 (cioè secondo la sua lettera affiliate alle parti firmatarie, ma secondo un'interpretazione pur faticosa e problematica, che, come visto, tenga conto del punto 6 della rubrica *“Misurazione della rappresentatività”*, anche aderenti all'intesa nei modi ivi previsti), con una rappresentatività non al di sotto della soglia del 5%. Questo significa che la parte datoriale dovrà convocarle tutte a prescindere dall'esservi o meno una piattaforma già in partenza maggioritaria; e, perché tale dovere non rimanga un mero *flatus vocis*, non potrà

discriminarle od escluderle per il solo fatto che mantengano una piattaforma distinta senza che ciò si traduca in un boicottaggio della trattativa.

Dopo di che, però, è difficile, capire che cosa la parte datoriale sarebbe tenuta a fare in più, perché non è chiaro fin dove dovrebbe spingersi l'attività di mediazione da svolgere prima e comunque già in apertura della trattativa sì da avviarla su una piattaforma maggioritaria, come tale realizzabile in base a concessioni fatte non solo dalle organizzazioni sindacali concorrenti ma anche dalla stessa parte datoriale. Difficile, ma comprensibile, perché l'esistenza di una piattaforma maggioritaria, raggiunta prima o maturata poi nel corso della trattativa, rappresenta una premessa fattuale alla condizione di efficacia ed esigibilità del contratto collettivo prevista dal successivo punto 3.

8. (Segue): l'introduzione della regola del 50% + 1 di rappresentatività previa consultazione certificata delle lavoratrici e dei lavoratori.

Il punto 3 rappresenta l'*aliquid novi* più suggestivo ed incisivo dell'intero Protocollo d'Intesa: *"I contratti collettivi nazionali di lavoro sottoscritti formalmente dalle 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 – saranno efficaci ed esigibili. La sottoscrizione formale dell'accordo, come sopra descritta, costituirà l'atto vincolante per entrambe le parti"*.

Qui, a dire il vero non ci si limita a recepire il modello del settore pubblico privatizzato, ma ci si spinge ben oltre, col richiedere in aggiunta una consultazione di ratifica a maggioranza semplice del contratto. Il che già di per sé costituisce una soluzione compromissoria piuttosto peculiare, perché la rappresentatività maggioritaria richiesta per la sottoscrizione incorpora con la sua formula mista associativa/elettiva anche la componente data dal consenso dei non associati. Se si considera tale regolamentazione della contrattazione nazionale con quella della contrattazione aziendale di cui all'accordo interconfederale del giugno 2011, punti 4 e 5 se ne può dedurre una qual sorta di preferenza per la investitura totalmente elettiva. Là, *"i contratti collettivi aziendali per le parti economiche e normative sono efficaci per tutto il personale in forza e vincolano tutte le associazioni sindacali firmatarie del presente accordo interconfederale operanti all'interno dell'azienda"*, se sottoscritti dalla maggioranza dei componenti delle Rsu, senza bisogno di alcun referendum; invece, se stipulati da Rsa costituite nell'ambito di associazioni sindacali destinatarie della maggioranza delle deleghe, con un referendum favorevole cui partecipi il 50% + 1 degli aventi diritto, se richiesto entro dieci giorni dalla stipula da almeno una associazione sindacale firmataria dell'accordo o dal 30% dei lavoratori. Qui, *"i contratti nazionali di lavoro ... saranno efficaci ed esigibili"* solo se una previa consultazione favorevole sarà seguita dalla sottoscrizione formale da parte di una rappresentatività maggioritaria.

Questo, però, priva di credibilità la parte sindacale *vis-à-vis* della parte datoriale, perché l'ultima parola resta affidata ad una consultazione cui dovrà essere previamente sottoposta una bozza. Ma tale consultazione può risultare assai difficile da gestire e quindi da prevedere, dato, fra l'altro, che se ne precisa il *quorum* deliberativo, maggioranza semplice, ma non il *quorum* costitutivo, sì da rendere rilevante un voto favorevole o sfavorevole, anche con bassa partecipazione. Non solo, perché, incentiva inevitabilmente la stessa parte sindacale a dividersi e contrapporsi, facendo valere in sede di trattativa la sua maggior presa sul corpo elettorale; e permettendo di riservarsi

sempre, implicitamente o esplicitamente, di apporre o meno la firma definitiva in ragione del tasso di partecipazione al voto e di approvazione del testo sottoposto.

Ciò basterebbe per far dubitare della bontà di una soluzione, di cui risulta più facile cogliere la rilevanza ideologica che la funzionalità pratica. Ma si deve scontare anche tutta la ambiguità contenuta nell'espressione "consultazione certificata", dato che riecheggia la complessa procedura di certificazione delle deleghe e dei voti di cui alla rubrica "*Misurazione della rappresentatività*" dello stesso Protocollo d'Intesa, senza anticipare niente di niente sul chi, come e quando dovrebbe farsene carico. Sicché, per cavarsi d'impaccio, ecco una qual sorta di delega in bianco alle "categorie per ogni singolo contratto", con la prospettiva di una disciplina a pelle di leopardo su una tematica strategica quale quella dell'efficacia della contrattazione collettiva nazionale.

Dalla lettera del punto 3 sembrerebbe doversi dedurre che anche in mancanza di partecipazione alla trattativa, la sottoscrizione formale dell'accordo effettuata dalla richiesta rappresentatività maggioritaria sia sufficiente, sempreché confermata dalla successiva consultazione. Mentre il successivo punto 4, precisa che cosa si debba intendere per "efficaci ed esigibili" di cui al punto 3, col prevedere che "*Il rispetto delle procedure sopra definite comporta, infatti, oltre l'applicazione degli accordi all'insieme dei lavoratori e delle lavoratrici, la piena esigibilità per tutte le organizzazioni aderenti alle parti firmatarie della presente intesa*".

Si noti l'attenuazione dell'espressione usata per indicare l'ambito di applicazione rispetto a quella utilizzata nell'accordo interconfederale del giugno 2011: qui si parla di "*applicazione degli accordi all'insieme dei lavoratori e delle lavoratrici*", senza meglio precisare di che "insieme" si tratti; là si attribuiva ai contratti collettivi nazionali "*la funzione di garantire la certezza dei trattamenti economici e normativi comuni per tutti i lavoratori del settore ovunque impiegati nel territorio nazionale*". E che qui emerga la consapevolezza che i contratti collettivi così stipulati non possano di per sé pretendere di avere un'efficacia ad di là dell'universo rappresentato, se non in base ad un principio di effettività condannato ad auto-legittimarsi, lo conferma proprio la affermazione di una piena esigibilità per le sole organizzazioni affiliate alle parti firmatarie.

Viene naturale chiedersi se un contratto collettivo stipulato da Federazioni aderenti alle Confederazioni firmatarie senza il rispetto delle previste procedure possa considerarsi valido e azionabile. Rispondendo a caldo non pare proprio che un simile vizio possa comportare una nullità od annullabilità del contratto medesimo, ma solo riflettersi sul suo ambito di efficacia, limitato alle parti stipulanti ed ai loro rappresentati.

9. (Segue): la previsione di clausole di tregua e procedure di raffreddamento nei CCNL.

Il punto 4 continua e termina con un "*Consequentemente le Parti firmatarie e le rispettive Federazioni si impegnano a dare piena applicazione e a non promuovere iniziative di contrasto agli accordi così definiti*", che trova un coerente sviluppo nel successivo punto 5 per cui "*I contratti collettivi nazionali di categoria, approvati alle condizioni di cui sopra dovranno definire clausole e/o procedure di raffreddamento finalizzate a garantire per tutti le parti l'esigibilità degli impegni assunti e le conseguenze di eventuali inadempimenti sulla base dei principi stabiliti con la presente intesa*".

Prendendo il testo alla lettera, suona come riferito alle clausole di tregua sindacale e alle procedure di raffreddamento, ben note all'esperienza sindacale, ma di per sé non tali da garantire l'"esigibilità" ma bisognose esse stesse di essere accompagnate da sanzioni quali quelle relative

alla sospensione dei diritti sindacali previsti contrattualmente e alla esclusione dai tavoli negoziali; peraltro più facili da prevedere che da attuare, a meno che non si cominci a prevedere un'autorità *super partes* chiamata a decidere sulla sussistenza o meno di una inadempienza ingiustificata.

Non c'è la precisazione contenuta nell'accordo interconfederale del giugno 2011, al punto 6, con riferimento ai contratti collettivi aziendali, per cui le clausole di tregua ivi previste *“hanno effetto vincolante esclusivamente per tutte le rappresentanze sindacali dei lavoratori ed associazioni sindacali dei lavoratori ed associazioni sindacali firmatarie del presente accordo interconfederale operanti all'interno dell'azienda e non per i singoli lavoratori”*. Ma la si deve considerare come data implicitamente del tutto per scontata.

10. La vincolatività endo-associativa del Protocollo d'intesa.

Il punto 6 appare di particolare rilievo perché pare risolvere in radice il problema affrontato di recente da Trib. Roma 9 maggio 2013, circa la capacità di un accordo interconfederale di preconstituire diritti ed obblighi direttamente a capo delle singole Federazioni affiliate alle Confederazioni che lo hanno sottoscritto: *“Le parti firmatarie della presente intesa si impegnano a far rispettare i principi qui concordati e si impegnano, altresì, affinché le rispettive strutture ad esse aderenti e le rispettive associazioni a livello territoriale e aziendale si attengano a quanto concordato nel presente accordo”*.

Come noto, il Tribunale di Roma ha escluso che la Fiom potesse agire contro Federmeccanica, Fim-Cisl Nazionale e Uilm-Uil Nazionale per violazione dell'accordo interconfederale 28 giugno 2011 sottoscritto da Confindustria, Cgil, Cisl, Uil facendo proprio l'indirizzo assolutamente dominante, che, cioè le Confederazioni firmatarie non agivano né potevano agire in nome delle Federazioni affiliate statutariamente del tutto autonome. Ora, fermo restando che ciò non esclude affatto la possibilità di un'investitura *ad hoc* da parte delle Federazioni, certo qui c'è solo il classico dovere d'influenza, fra l'altro largamente attenuato nel corso stesso del Protocollo ogniqualvolta viene rimessa alle stesse Federazioni l'ultima parola.

È questa una consapevolezza che si riflette anche nel successivo punto 7, laddove si dice che *“Le parti sono impegnate nel rispetto di quanto definito a monitorare la puntuale attuazione dei principi qui concordati, nonché a concordare modalità di definizione di eventuali controversie sorte come conseguenza della loro concreta applicazione”*. Il monitoraggio dovrebbe accompagnarsi alla messa a regime di una procedura di soluzione delle controversie che riguardando la concreta applicazione potranno insorgere fra le stesse parti firmatarie oppure fra le Federazioni loro affiliate, restando ferma per queste ultime la portata meramente endo-associativa delle decisioni.

11. Il raccordo fra il sistema sindacale di cui all'accordo interconfederale del giugno 2011 e al Protocollo d'intesa del maggio 2013 e l'ordinamento giuridico: in particolare la recente Corte cost. 3 luglio 2013.

Senza alcun bisogno di qualificare il Protocollo d'Intesa del maggio 2013 come “storico”, certo, completando l'accordo interconfederale del giugno 2011, dà vita ad un sistema coerente che dovrebbe garantire una unità di comportamento delle tre grandi Confederazioni: ciò di per sé non comporta in punto di diritto una sua efficacia *ultra partes* secondo il prevalente indirizzo dottrinale e giurisprudenziale, ma certo ne favorisce una effettività tendenzialmente generale.

Resta, però, aperto più di un problema relativo al raccordo fra tale sistema e l'ordinamento giuridico. Intanto ci si può chiedere se esso vada applicato anche nelle molte ipotesi di contrattazione delegata, laddove la legge rinvia alla contrattazione collettiva, specificandone o meno agenti o livelli; e pare doversi rispondere in senso positivo, perché nulla e niente lo esclude, anzi c'è un argomento letterale a favore. L'accordo interconfederale del giugno 2011, al punto 3, prevede esplicitamente che la contrattazione collettiva aziendale "si esercita per le materie delegate, in tutto o in parte" non solo "dal contratto collettivo nazionale di lavoro della categoria", ma anche "dalla legge".

È, poi, possibile che ci sia una sorta di effetto imitativo, con l'assunzione del 5% come criterio sufficiente per qualificare un'organizzazione sindacale come maggiormente o comparativamente più rappresentativa a' sensi di legge; ma 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" (art. 43 d.lgs. n. 165/2001).

Ma il problema più serio è posto dalla recente sentenza della Corte costituzionale, che ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 19, lett. b) St., laddove non prevede come sufficiente la partecipazione al negoziato, ma richiede anche la sottoscrizione al contratto collettivo applicato nell'unità produttiva di riferimento. Ora è certo azzardato, discuterne senza conoscere la motivazione, ma dovendone tener conto ora, pare probabile che la Corte si sia limitata a recepire un indirizzo giurisprudenziale emerso in occasione dei ricorsi presentati dalla Fiom con riguardo alla nota vicenda Fiat. Se così è, la motivazione dovrebbe certo soffermarsi a precisare che cosa si intenda per "partecipazione", ma non spingersi a prevedere un diritto alla "partecipazione", in forza di un qualche criterio di rappresentatività, perché risulterebbe un fuor d'opera rispetto non solo all'art. 19 St. ma allo stesso Statuto, caratterizzato da un totale astensionismo rispetto alla contrattazione collettiva, confermato dalle stesse eccezioni costituite dagli artt. 4 e 6.

Così ricostruita, la sentenza non può che essere condivisa da uno che ha sottolineato a tempo debito la incongruenza della precedente giurisprudenza della stessa Corte costituzionale², ma non senza sottolineare già allora una possibile ricaduta di per sé disincentivante l'ammissione alle trattative. Il fatto che un'organizzazione sindacale una volta che sieda al tavolo negoziale acquista il diritto a costituire una propria Rsa, da convertire in diritto a prendere parte all'elezione della Rsu, se tenuta ad osservare l'accordo interconfederale del dicembre 1993; ma qualora poi non sottoscriva il contratto collettivo, non è tenuta a rispettarlo né è esposta al sistema sanzionatorio ivi previsto.

Ora l'accordo, nel prevedere che un'organizzazione sindacale con il 5% ha titolo per prender parte alla contrattazione nazionale di categoria, dà evidentemente per scontata la vecchia giurisprudenza della Corte costituzionale, per cui sarebbe stata comunque necessaria la sottoscrizione del contratto per avvalersi dell'art. 19 lett. b) St. Che dire e fare ora? Essendo una domanda formulata su un'ipotetica ricostruzione della motivazione della sentenza della Corte, è meglio aspettare per la risposta di leggerla e meditarla attentamente.

² V. F. Carinci, *Il grande assente: l'art. 19 dello Statuto*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2012, 2, pag. 333 e segg. e in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT*, 144/2012 e, dopo l'ordinanza del Trib. di Modena, il commento *In merito all'eccezione di costituzionalità dell'art. 19, lett. b) l. n. 300/1970, sollevata da Trib. Modena, 4 giugno 2012*, in www.forumcostituzionale.it

Meccanismi di moderazione del danno nel nuovo art. 18 dello statuto dei lavoratori: l'ospite sgradito*

Arianna Avondola

1. Il "tabù" violato.	16
2. Le ipotesi di riducibilità del danno nel nuovo art. 18: profili processuali, formali e sostanziali.	18
3. <i>L'aliunde perceptum</i> ieri, oggi e...domani?	23
4. <i>L'aliunde percipiendum</i> : un intruso nel nuovo art. 18 St. Lav.	29
5. Il "grande assente": il danno ulteriore.	31

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 180/2013

1. Il “tabù” violato.

«Il licenziamento è un tabù, un brivido sociale che corre sulla schiena di tutti, perché è in gioco la perdita del posto di lavoro in un mondo ostile, statico, dove le occasioni di impiego sono scarse e dove le bocche da sfamare sono molte»³. Era l'ormai lontano 1999 quando ACCORNERO apriva con questa frase un “libricino” dal titolo roboante, ma che oggi si potrebbe definire quasi profetico, con cui l'autore intendeva dare una scossa definitiva all'acceso dibattito sorto in merito alla necessità di modificare l'art. 18 dello Statuto dei Lavoratori, tematica che all'epoca sembrava già giunta al capolinea.

La strada da percorrere, in realtà, era ancora molto lunga prima di poter approdare ad una (vera) “Riforma” (ci si riferisce, ovviamente, alla L. n. 92 del 2012), che, tuttavia, a fronte dei moniti, delle discussioni e dei suggerimenti provenienti da un confronto pluriventennale, invece di dirimere i contrasti, ha finito per alimentarli ulteriormente, andando ad incidere proprio sui punti nevralgici di questa problematica che da tanto tempo coinvolge eminenti studiosi, così come i giudici delle corti più alte, ma anche parti sociali, lavoratori, e comuni cittadini.

Al di là dei primi tentativi di cambiamento, tutti nel senso dell'estensione della tutela reale, che caratterizzarono alcune proposte di referendum promosse da Democrazia Proletaria nel decennio 1980-1990, mai portate a realizzazione (o perché il referendum venne dichiarato inammissibile dalla Corte Costituzionale, o perché inattuabile essendo sopraggiunta la novella n. 108/90), la discussione sull'art. 18 St. lav. prese reale vigore nella metà degli anni '90 del secolo scorso, attraverso proposte e iniziative di segno contrario rispetto a quelle che avevano caratterizzato gli anni '80.

Il dibattito, infatti, si inserì in quello più generale sulla rigidità del mercato del lavoro italiano, cosicché l'art. 18 divenne immediatamente l'emblema dell'immobilismo della legislazione italiana e della eccessiva protezione del lavoro dipendente.

Le imprese chiedevano a gran voce un allentamento normativo sui licenziamenti per far crescere l'occupazione. Un “sofisma”, quello secondo cui gli imprenditori debbono poter licenziare per poter assumere, pronunciato quindici anni fa e mai apertamente smentito, benché lo stesso ACCORNERO, già all'epoca, avesse chiarito «senza ipocrisia [che]: chi licenzia può assumere o non assumere, ma per intanto vuole licenziare»⁴.

In quella realtà, sempre più divisa tra esigenze di mobilità ed elasticità del mondo del lavoro e un portato storico tenacemente abbarbicato ai più rigorosi schemi imposti dallo Statuto dei Lavoratori, si andò creando una frattura tra differenti correnti di pensiero, che generò anche violenti attacchi, da parte dei rappresentanti delle istanze più riformiste, all'immobilismo legislativo, che ha rischiato di essere spazzato via da forme di flessibilità selvaggia realizzate nei fatti o addirittura a livello normativo⁵.

³ A. ACCORNERO, *L'ultimo tabù*, Editori Laterza, 1999, 3.

⁴ *Ibidem*, 9.

⁵ R. DE LUCA TAMAJO, *La disciplina del licenziamento individuale tra conservazione “miope” e tentativi di riforma*, DML, 2000, 3, 516, che ricorda il caso del referendum del 2000, che proponeva l'abrogazione “secca” dell'art. 18 St. Lav., ma che comunque non raggiunse il quorum.

Così, le numerose proposte di legge che si susseguirono sembrarono concentrarsi prevalentemente sulla necessità di modificare o, in maniera più *soft*, di razionalizzare quel regime reintegratorio, che negli anni '70 aveva rappresentato un traguardo di civiltà giuridica e il vanto della cultura giuslavoristica italiana, e che improvvisamente era divenuto simbolo dell'intagibilità del posto di lavoro.

Pertanto, muovendo dal presunto effetto depressivo prodotto dalle limitazioni di tipo "reale" alla facoltà di recesso dei datori di lavoro sui livelli occupazionali o quanto meno sul *turn over* tra *insiders* e *outsiders*, giunsero numerose proposte, caratterizzate da un unico comun denominatore: la marginalizzazione della reintegrazione attraverso una robusta monetizzazione del regime sanzionatorio previsto in caso di licenziamento ingiustificato⁶.

Nonostante la presenza di alcune voci dissonanti⁷, il meccanismo risarcitorio/indennitario era definitivamente entrato (di prepotenza) nella nostra cultura legislativa, che con le proposte formulate nel Libro Bianco⁸ e nel successivo Patto per l'Italia⁹ sembrò destarsi da un letargo trentennale, attraverso un sistema sperimentale volto a costituire, per alcuni casi specifici, un art. 18 St. Lav. "edulcorato" o "depotenziato", perché amputato della reintegrazione.

Un'ipotesi che, però, si rivelò ben presto ai limiti dell'incostituzionalità (in quanto rischiava di creare condizioni di diseguaglianza sostanziali contrarie all'art. 3 Cost.) e che produsse effetti così modesti e poco risolutivi da non giustificare un intervento, che ha invece avuto una valenza simbolica ed una carica dirompente tali da non poter nascondere la stridente sproporzione del mezzo

⁶ Mentre, infatti, il sen. DE BENEDETTI (sulla base di un'originaria proposta del Prof. ICHINO) ipotizzava un unico sistema sanzionatorio per i diversi casi di licenziamento illegittimamente irrogato, con un rafforzamento dell'istituto del preavviso, al fine di incentivare l'attivarsi del lavoratore per il reperimento di una nuova occupazione e imponendo una penale pecuniaria in capo al datore di lavoro «pari a tanti dodicesimi di retribuzione lorda complessivamente goduta nell'ultimo anno di lavoro, quanti sono gli anni compiuti di anzianità di servizio in azienda, aumentati di sei e diminuiti del numero di mesi del preavviso spettante al lavoratore e da lui effettivamente goduto (...)», cioè un principio di monetizzazione integrale (sul punto, cfr. G. TRIONI, *Tutela contro i licenziamenti: fine di un'epoca*, DRI, 1997, 3, 135); T. TREU, in un'ottica promozionale volta alla valorizzazione dei mezzi deflattivi del contenzioso, postulava, invece, una unificazione dell'ambito applicativo della tutela contro i licenziamenti illegittimi, prevedendo un'alternativa sanzionatoria tra reintegrazione o pagamento di un'indennità a titolo risarcitorio, utilizzando la reintegrazione obbligatoria solo per alcuni pochi casi residuali (v., *amplius*, T. TREU, *Disciplina dei licenziamenti, lavoro temporaneo e occupazione: oltre il referendum sull'art. 18 dello Statuto dei Lavoratori*, DRI, 2000, 3, 286). Anche la Commissione FOGLIA (con una *Proposta di articolato* del novembre 2006 "Per lo studio e la revisione della normativa processuale del lavoro", cfr. su www.giustizia.it), che puntava principalmente a realizzare un iter processuale più spedito, imponeva la necessità di garantire l'effettiva attuazione del provvedimento di condanna del datore di lavoro attraverso una forte misura coercitiva di carattere pecuniario, individuata sul modello francese delle *astreintes*, connotata dalla irripetibilità delle somme in caso di successiva sentenza dichiarativa della legittimità del licenziamento.

⁷ Tra gli altri si ricordano le tesi avanzate da R. DE LUCA TAMAJO, *La disciplina de licenziamento*, op. ult., cit., 516, che ipotizzava alcune modifiche dirette a "puntellare" piuttosto che abbattere il regime sanzionatorio dei licenziamenti illegittimi, in un'ottica di superamento dello stallo normativo, affrontando gli aspetti più anacronistici e meno tollerati della disciplina all'epoca vigente, tra cui: la revisione delle soglie dimensionali che delimitavano il campo applicativo del regime reintegratorio, attraverso un indice dimensionale combinato tra numero degli addetti e fatturato; l'incentivazione alla crescita per le piccole imprese previa esclusione per un limitato periodo di tempo (36 mesi) dei nuovi assunti dall'applicazione del regime reintegratorio; una effettiva riforma del processo del lavoro, volta a valorizzare le forme conciliative e arbitrali, con "corsie privilegiate" nei tempi, segnatamente per le controversie aventi ad oggetto il licenziamento; infine, la limitazione delle responsabilità risarcitorie in caso di durata abnorme del processo; nonchè L. ZOPPOLI, *Il licenziamento tra costituzionalismo e analisi economica del diritto*, DML, 2000, 2, 428, che proponeva l'opportunità di prevedere una più corretta tipizzazione dei motivi di licenziamento previa un'articolazione tipologica dei contratti, dando maggiore spazio anche alla contrattazione gestionale.

⁸ Si ricorda che il *Libro Bianco sul mercato del lavoro in Italia. Proposte per una società attiva e per un lavoro di qualità* fu redatto da un gruppo di lavoro coordinato da M. SACCONI e M. BIAGI e presentato il 3 ottobre 2001.

⁹ Ddl 848-S del 2002.

rispetto all'obiettivo prefissato, risolvendosi sostanzialmente in una mera esibizione di forza e generando per contro una profonda, insanabile crepa nella (conquistata) unità sindacale.

Da allora numerose altre ipotesi ricostruttive¹⁰ hanno tentato uno spostamento dei vincoli convenzionali verso una massiccia monetizzazione del regime sanzionatorio, impostazione accolta definitivamente dall'ultimo Governo (Monti)¹¹, che, repentinamente, ha stravolto la normativa del 1970, probabilmente animato dalla granitica convinzione¹² della sopraggiunta necessità di dover allentare i limiti imposti dalla regolamentazione esistente, i quali –secondo la *ratio legis* della nuova normativa- rendono onerosi i costi e imprevedibili i tempi del licenziamento. Sicchè, piuttosto che ipotizzare un ripensamento complessivo di un processo giudiziario reso farraginoso, e quindi inefficace, dal sovraccarico del contenzioso, si è ritenuto più opportuno propendere per una riforma radicale dell'art. 18 St. lav., che ha determinato perplessità e ostilità tra interpreti e fruitori della nuova normativa e che non smette di suscitare dubbi – quanto meno di opportunità – rispetto alle scelte tecnico-giuridiche intraprese.

2. Le ipotesi di riducibilità del danno nel nuovo art. 18: profili processuali, formali e sostanziali.

Fiumi di inchiostro sono già scorsi per “decodificare”, interpretare e criticare la Riforma Fornero, che, secondo la maggior parte degli studiosi, «è ben lungi dall'essere soddisfacente sotto vari aspetti. Rigore, coerenza, sistematicità, chiarezza, semplicità applicativa e linearità interpretativa sono qualità che al nuovo art. 18 difettano assai più che al vecchio»¹³.

Benchè si condivida l'idea di chi¹⁴ ha già chiarito come la scelta del tipo di reazione esperibile a tutela delle situazioni soggettive che sono state lese rientri nella discrezionalità politica del legislatore, esercitata attraverso una ponderazione comparativa dei valori e degli interessi contrapposti derivanti da un apprezzamento delle mutate condizioni sociali ed economiche; e pur tenendo sempre presente che la tutela reale non è costituzionalmente necessitata¹⁵, non si può nascondere come questa riforma sia frutto di una scelta di politica del diritto legata (forse per “deformazione professionale” del legislatore) in maniera esasperata a logiche di mercato, spesso

¹⁰ L. ZOPPOLI, *Flex/insecurity. La riforma Fornero (l. 28 giugno 2012, n. 92) prima, durante e dopo*, Ed. Scientifica, 2012, 114, parla di “riforme oblique”, riferendosi tra le altre al cosiddetto Collegato Lavoro del 2010 e all'art. 8 del d.l. 138/2011.

¹¹ Si tratta della cosiddetta Riforma Fornero, L. 28 giugno 2012, n. 92.

¹² Coadiuvato dalle spinte dell'UE. Sul punto v. *infra*.

¹³ Ancora, L. ZOPPOLI, op. cit., 82.

¹⁴ A. MARESCA, *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche dell'art. 18 Statuto dei Lavoratori*, RIDL, 2012, 2, 424, secondo cui «tale ponderazione non è immutabile nel tempo per effetto di una sorta di cristallizzazione che costituzionalizzerebbe gli equilibri raggiunti rendendoli irreversibili, ma è invece soggetta ad una variabilità derivante da un apprezzamento del legislatore delle mutate condizioni sociali ed economiche che si registrano nel nostro Paese e nell'Unione Europea. Si tratta dunque di scelte politiche che, nel caso in esame del licenziamento illegittimo, consentono al legislatore di sostituire ad un rimedio (quello affidato alla reintegrazione) un altro di diversa consistenza (quello realizzato attraverso l'attribuzione dell'indennità risarcitoria onnicomprensiva), mentre non sarebbe possibile per le ragioni accennate eliminare ogni tipo di reazione o stabilirne una che sia meramente simbolica o del tutto inefficiente rispetto alla protezione, impegnativa sul piano costituzionale, del lavoratore illegittimamente licenziato».

¹⁵ Tra gli cfr. C. CESTER, *Licenziamenti: la metamorfosi della tutela reale*, in AA.VV., *Commentario alla Riforma Fornero*, a cura di F. CARINCI – M. MISCIONE, Ipsa, 2012, 30.

estreme e influenzate da note pressioni a livello europeo¹⁶, che punta a frantumare l'originaria tutela reale, introducendo elementi di tutela solo (o prevalentemente) di tipo indennitario, con opzioni decisamente filoimprenditoriali, derivanti da filosofie economiche neo-liberiste, e ciò senza tenere in alcun conto i principi garantistici di cui storicamente è pregevole la cultura giuslavoristica italiana.

Tale considerazione prende le mosse da alcune specifiche problematiche che caratterizzano la nuova normativa e che, per quanto già rilevate dai numerosi commentatori della disciplina, hanno trovato, rispetto alle indagini ermeneutiche complessivamente condotte, un ruolo prettamente ancillare o una fugace attenzione rispetto ai numerosissimi dubbi sollevati nei confronti del legislatore del 2012.

Nell'ambito della profonda revisione delle conseguenze sanzionatorie del licenziamento illegittimo, i diversi livelli sanzionatori articolati nei nuovi commi dell'art. 18 si rivelano strettamente connessi al disvalore attribuibile –in maniera assai variegata- ai comportamenti datoriali che violano le norme: cosicché la reintegrazione nel posto di lavoro risulta obbligata solo nel caso in cui siano stati lesi “valori fondamentali”¹⁷ (si pensi, tra tutte, all'ipotesi della discriminazione), prevedendosi per le altre ipotesi solo un congruo risarcimento del danno a riparaione della perdita del posto di lavoro.

In questo quadro normativo, a parere di chi scrive, non va sottovalutata una significativa innovazione introdotta dalla riforma, che non sta tanto nella massiccia e dilagante opzione indennitaria (che, come già chiarito, era nell'aria da tempo e in qualche misura prevedibile in considerazione degli intenti immediatamente manifestati dal Governo Monti), ma piuttosto nella espressa previsione della detraibilità dall'indennità risarcitoria di quanto percepito dal lavoratore, durante il periodo di estromissione, per altre attività lavorative dal medesimo svolte.

La Riforma Fornero, infatti, impone al giudice –per la prima volta “per legge” - la detraibilità dell'*aliunde perceptum* (nonché dell'*aliunde percipiendum*).

La questione, sino ad ora per lo più rapidamente archiviata sul piano sostanziale¹⁸, ha trovato prevalente attenzione sotto il profilo processuale.

Alcuni autori, infatti, hanno sostenuto che l'esplicito inserimento nel testo di legge della detraibilità dell'*aliunde perceptum* sembrerebbe imporre al giudice, anche d'ufficio, l'adozione dei provvedimenti istruttori necessari a tale accertamento ex art. 421 c.p.c., ipotesi che indurrebbe ad un

¹⁶ Ci si riferisce alla nota lettera inviata al Governo italiano dalla Bce nell'agosto del 2011, in cui si richiedeva espressamente “un'accurata revisione delle norme che regolano l'assunzione e il licenziamento dei dipendenti”, seguita alle due Raccomandazioni di giugno e luglio dello stesso anno con cui il Consiglio europeo aveva sollecitato l'Italia ad intervenire sul mercato del lavoro, in particolare sulla disciplina dei licenziamenti, giudicata troppo rigida. Rigidità già sottolineate non solo dalla Ue, ma anche dall'Ocse e dal Fondo monetario, che in più occasioni in passato avevano evidenziato “l'anomalia italiana”, denunciando le difficoltà a licenziare e la scarsa flessibilità del mercato del lavoro italiano, considerati dalle classifiche internazionali uno dei principali motivi per cui gli investitori internazionali non scelgono il nostro Paese. Sul punto cfr. www.eur-lex.europa.eu; nonché www.ilsole24ore.it.

¹⁷ Ancora A. MARESCA, op. cit., 426.

¹⁸ Secondo R. GALARDI, *Il licenziamento disciplinare*, in AA. VV., *Il nuovo mercato del lavoro. Dalla Riforma Fornero alla legge di stabilità 2013*, a cura di M. CINELLI – G. FERRARO – O. MAZZOTTA, Giappichelli, 2013, 281, «*Nihil novi sub soli* dal momento che si è codificato un principio che dottrina e giurisprudenza hanno fatto discendere dalla natura retributiva del vecchio risarcimento danno».

superamento del regime attuale delle preclusioni; cosicchè si potrebbe legittimare la deducibilità risarcitoria dell'*aliunde perceptum* in appello anche in mancanza di uno specifico motivo di impugnazione della sentenza di primo grado o per rilevare la tardività della deduzione proposta per la prima volta in secondo grado¹⁹.

Proprio sulla base degli orientamenti giurisprudenziali sull'art. 421 c.p.c.²⁰, da tempo assestatisi sulla necessaria (*rectius*, obbligatoria) allegazione dei fatti, altri autori hanno fermamente escluso che la "formula imperativa", che impone al giudice di detrarre l'*aliunde perceptum* direttamente nel procedimento di determinazione del danno, possa costituire un vero e proprio obbligo ad operare la detrazione con conseguente vizio della sentenza che non l'abbia realizzato²¹.

Così, diversamente interpretato, il nuovo testo dell'art. 18 non solo ampliherebbe notevolmente i poteri di intervento del giudice, ma andrebbe anche ad incidere impropriamente su un assetto ormai consolidato circa l'individuazione e la ripartizione degli oneri di allegazione della prova; aprendo, inopinatamente, spazi sino ad ora per lo più preclusi in tema di ammissibilità delle cosiddette "prove esplorative", limite legato proprio al rischio di dare vita ad un processo dai "connotati di tipo inquisitorio"²².

Per questi motivi, la dottrina prevalente²³, cui si aderisce, sembrerebbe propendere per l'ipotesi negativa, assicurando che i poteri istruttori del giudice si continueranno a sviluppare esclusivamente sulla base delle allegazioni offerte dalle parti, cosicchè solo la manifestazione esplicita della volontà di detrarre dal danno l'*aliunde perceptum* potrà (continuare a) rappresentare presupposto indispensabile e necessario per l'applicazione dei poteri istruttori ex art. 421 c.p.c.

Pertanto, l'esplicitazione della detraibilità dell'*aliunde perceptum* non costituirebbe altro che l'enunciazione espressa di una regola attinente alla quantificazione dell'indennità che già era ricavabile dal precedente assetto normativo, senza alcun potere di mettere in discussione gli orientamenti giurisprudenziali formati in precedenza²⁴.

Se la riflessione processuale, avente ad oggetto le tematiche di detraibilità del danno, appare assestata sui descritti orientamenti interpretativi, sul piano sostanziale la scelta normativa relativa alle questioni descritte -oggi operata e da pochi realmente approfondita- desta le maggiori perplessità.

¹⁹ M. MARAZZA, *L'art. 18, nuovo testo, dello statuto dei lavoratori*, ADL, 2012, 3, 617.

²⁰ Per i riferimenti giurisprudenziali si consenta il rinvio a V. SPEZIALE, *Giusta causa e giustificato motivo dopo la riforma dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori*, W.P. C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona". IT – 165/2012, 57.

²¹ L. NOGLER, *Licenziamenti: la metamorfosi della tutela reale*, in AA. VV., *Commentario alla Riforma Fornero (Legge n. 92/2012 e Legge n. 134/2012). Licenziamenti e rito speciale, contratti, ammortizzatori e politiche attive*, a cura di F. CARINCI – M. MISCIONE, Ipsa, 2012, 34.

²² *Ibidem*.

²³ Oltre C. CESTER, op. cit., 34 e V. SPEZIALE, op. cit., 57, anche R. GALARDI, op. cit., 281, chiarisce che «Lascia perplessi però la formulazione letterale della norma che, in ordine all'onere della prova, parrebbe prevedere una necessaria deduzione di tali importi. Non sembra peraltro che ci si possa discostare dall'orientamento consolidato della giurisprudenza che fa gravare sul datore di lavoro l'onere della prova del fatto che il lavoratore abbia avuto un'altra occupazione e di quanto abbia percepito».

²⁴ Così, secondo P. SORDI, *Il nuovo art. 18 della Legge n. 300 del 1970*, AA. VV., *La riforma del lavoro: Primi orientamenti giurisprudenziali dopo la Legge Fornero*, Giuffrè, 2013, 273.

Procedendo, infatti, ad un'analisi specifica della problematica in questione, partendo da un punto di vista meramente formale, le numerose incongruenze del nuovo art. 18 saltano immediatamente all'occhio.

Innanzitutto, appare incomprensibile la divaricazione imposta dal novello legislatore tra la lettera del secondo e quella del quarto comma del nuovo art. 18, discrasia che si fonda sulla previsione di due diverse ipotesi di detrazione: nel primo caso (che prevede un regime sanzionatorio più severo a tutela reintegratoria "tradizionale", applicabile al licenziamento discriminatorio, o nullo per causa di matrimonio o maternità, o retto da motivo illecito determinante, o inefficace perché intimato in forma orale)²⁵, si fa riferimento alla detraibilità del solo *aliunde perceptum*, mentre, nella seconda ipotesi (in cui la sanzione impone una reintegrazione a effetti risarcitori limitati e riguarda i cosiddetti licenziamenti disciplinari per mancanza di giusta causa o giustificato motivo soggettivo)²⁶, oltre all'*aliunde perceptum*, il giudice potrà "edulcorare" il risarcimento sottraendo persino l'*aliunde percipiendum*.

Volendo escludere l'ipotesi di una banale svista del legislatore²⁷, alcuni autori hanno tentato di giustificare la dissonanza descritta appellandosi alla struttura del testo; sicché è stato osservato che la detrazione dell'*aliunde percipiendum* investe espressamente il "secondo livello di tutela", pertanto, «in tutte le ipotesi di licenziamento "odioso", cioè quelle relative alla prima disciplina sanzionatoria, al lavoratore deve essere data comunque la garanzia del risarcimento pieno, senza l'imposizione di comportamenti attivi volti a contenere il danno; come a dire che il principio di solidarietà cui è informato l'art. 1227, comma 2, c.c. non ha ragione di essere applicato allorché l'autore del danno abbia palesemente violato regole di corretta convivenza sul terreno del contratto e, in definitiva, di solidarietà»²⁸. Inoltre, «non può escludersi che sia riconducibile alla *ratio* della disposizione l'ulteriore finalità di rendere – in virtù della gravità della condotta censurata – più celere la quantificazione del danno e di tutelare maggiormente i destinatari di condotte discriminatorie che ricevono sovente minori offerte di lavoro in ragione di ingiusti pregiudizi»²⁹.

Ciò non toglie, però, che benché il primo gradino di tutela sia preposto ad intervenire nel caso in cui siano stati lesi valori fondamentali³⁰ e, per questo, non suscettibile di alcun tipo di sconto,

²⁵ F. CARINCI – R. DE LUCA TAMAJÓ – P. TOSI – T. TREU, *Diritto del lavoro. 2. Il rapporto di lavoro subordinato*, Utet, 2013, 417 e ss.

²⁶ M. BIAGI (continuato da M. TIRABOSCHI), *Istituzioni di Diritto del lavoro. Appendice di aggiornamento alla c.d. "Riforma Fornero"*, Giuffrè, 2012, 40.

²⁷ È M. TATARELLI, *Lavoratore con tutele differenziate in caso di licenziamento illegittimo*, AA. VV., *La Riforma del Lavoro. Guida normativa*, Ilsole24ore, Luglio 2012, *passim*, a precisare che «una deroga ai principi generali in materia di risarcimento del danno da inadempimento avrebbe richiesto una espressa previsione e non potrebbe essere sorretta da un'omissione ascrivibile ad una tecnica normativa non perfetta».

²⁸ Ancora C. CESTER, op. cit., 34. In merito, P. SORDI, op. cit., 272, chiarisce preliminarmente che «la deroga al principio generale espresso dall'art. 1227 c.c. va collocata all'interno dello speciale istituto disciplinato dal secondo comma dell'art. 18 che è rappresentato da un'indennità che ha sia valenza risarcitoria, sia sanzionatoria, e pertanto l'impossibilità di detrazione dell'*aliunde percipiendum* (al pari del minimo inderogabile delle cinque mensilità) si spiega facilmente proprio in considerazione di questa seconda funzione dell'indennità e alla luce della particolare gravità dell'illecito compiuto dal datore di lavoro, il quale ha posto in essere un atto particolarmente "odioso"».

²⁹ G. VIDIRI, *La Riforma «Fornero»: la (in)certezza del diritto e le tutele differenziate del licenziamento illegittimo*, RIDL, 2012, 4, 635, secondo cui si deve escludere il *percipiendum*, perché quando il legislatore ha voluto rifarsi anche al percepibile l'ha detto espressamente.

³⁰ A. MARESCA, op. cit., 421.

lascia perplessi il fatto che questa intangibilità dell'integrità risarcitoria possa essere violata con la detrazione dell'*aliunde perceptum* e non anche con quella del *percipiendum*: o si tratta di "risarcimento pieno" e indisponibile a modifiche, benchè non esplicitamente forfettizzato, o il medesimo risarcimento è passibile di qualsiasi intervento che il giudice ritenga opportuno, anche d'ufficio.

In ogni caso, «trattandosi di un regime risarcitorio speciale e forfettario, destinato ad operare in deroga ai principi di diritto comune per quanto riguarda l'atto di messa in mora e la prova del danno subito, il fatto che solo nella reintegrazione ad effetti risarcitori limitati sia prevista la detraibilità dell'*aliunde percipiendum* assume inevitabilmente una portata sostanziale che pare difficilmente superabile in via interpretativa»³¹.

Sempre procedendo ad un'analisi esclusivamente letterale del nuovo art. 18, per chiunque si sia imbattuto nelle dinamiche di riducibilità del danno da licenziamento illegittimo dovrebbe apparire evidente una grave mancanza presente nel testo novellato: è noto, infatti, come ogni qualvolta si sia concesso al datore di lavoro di detrarre "quanto altrove guadagnato" dal lavoratore, onde evitare di attribuire all'imprenditore un aggravio economico improprio (o perchè causato dai lunghissimi tempi processuali -deprecabile consuetudine- del nostro sistema giudiziario, o perchè legato ad un ingiustificato arricchimento), sulla base della medesima *ratio*, si sia inteso tutelare anche il lavoratore, offrendogli la possibilità di rivalersi del cosiddetto "danno ulteriore", cioè di quel danno eventualmente subito nelle more del processo e che trova comunque fondamento nell'ingiustificatezza del licenziamento.

L'assoluta assenza nel nuovo dettato normativo di un (altrettanto) esplicito richiamo al danno ulteriore non può non insospettire: in questo caso, infatti, che non si possa trattare di ingenuità del legislatore sembra palese.

Mentre nell'ipotesi precedentemente descritta, con la probabile "svista" del comma 2, il legislatore –forse involontariamente- finisce per avvantaggiare proprio il lavoratore, la volontà di escludere dalla lettera della norma il danno ulteriore rivela, invece, il marchio di una politica prevalentemente rivolta alla (e preoccupata della) tutela del mercato (e di conseguenza dell'imprenditore, inteso come unico "vero" soggetto debole), opzione ideologica che sembra costituire una possibile chiave di lettura di questa parte dell'impianto normativo; eppure, sebbene, come già chiarito, al legislatore deve essere lasciata la più ampia libertà e discrezionalità nelle proprie scelte di politica del diritto, in questo caso si potrebbe porre un problema di giustizia sociale, principio che nella nuova formulazione dell'art. 18 non sembra salvaguardato neanche sul piano meramente formale, determinando inevitabili ricadute su quello sostanziale.

A tal punto, proprio sotto il profilo più propriamente sostanziale, appare evidente come questo legislatore, tanto attento ad inserire nel testo normativo la sola (per quanto legittima) detraibilità dell'*aliunde perceptum* e *percipiendum*, non si sia in egual misura premurato di tenere in debito conto la *ratio* da cui originano questi istituti, i cui fondamenti nascono dalla necessità di reinterpretare (all'indomani della novella del 1990) le dinamiche risarcitorie a fronte del rischio di incorrere in possibili ingiustificati arricchimenti, piuttosto che dal dover compiacere esigenze di mercato meramente speculative.

³¹ M. MARAZZA, op. cit., 617.

3. *L'aliunde perceptum ieri, oggi e...domani?*

Nel 1990 l'entrata in vigore della legge n. 108, con una formulazione terminologica piuttosto generica, sembrò voler imporre nella struttura dell'art. 18 St. Lav. un superamento rispetto alla divaricazione esistente tra momento precedente la sentenza di reintegra e periodo ad esso successivo, proponendo una unificazione del sistema sanzionatorio (più apparente che reale).

Rimuovendo la linea di confine rappresentata dalla pronuncia giudiziale, la novella del '90 sembrava, infatti, aver posto le basi per una definitiva soluzione all'annoso dibattito dottrinario in ordine alla natura (retributiva o risarcitoria) da doversi attribuire alle spettanze economiche riconosciute al lavoratore in caso di licenziamento illegittimamente irrogato³².

In realtà, l'intervento del legislatore dell'epoca animò di nuova linfa vitale le diverse teorie, che rifiorirono con particolare vigore soprattutto tra i sostenitori della tesi risarcitoria³³.

In particolare, un primo orientamento fondava i propri convincimenti sull'idea che il legislatore, volendo garantire la stabilità del rapporto di lavoro, avesse imposto come sanzione alla violazione del contratto, da una parte, la reintegrazione, intesa come una sorta di risarcimento in forma specifica³⁴, dall'altra, fino a quando quest'ultima non si fosse verificata, un risarcimento vero e proprio, che non poteva non identificarsi con le mancate retribuzioni³⁵, unico possibile valore di scambio del posto di lavoro. Il riferimento alla retribuzione globale di fatto veniva, in tal modo, a rappresentare un criterio legale esclusivo di liquidazione del danno da risarcire, aprendo la via – per la prima volta – ad un concetto di forfettizzazione del danno.

Si imponeva, in quest'ottica, una indennità risarcitoria assistita da una presunzione assoluta in ordine al *quantum*; un principio vincolante che sanciva l'intangibilità del contenuto risarcitorio, quantificando il danno esclusivamente in funzione della retribuzione persa.

A fronte di tale opzione interpretativa, più rigorosa, un'altra, più elastica, trovò già all'epoca ampio favore soprattutto nella giurisprudenza³⁶, che da tempo propendeva per una revisione della materia attraverso soluzioni legate più al diritto comune che a quello speciale, proponendo percorsi di alleggerimento del calcolo dell'indennità risarcitoria. Tale seconda impostazione³⁷ sottolineava, in antitesi al precedente orientamento, come l'ipotizzato criterio legale di liquidazione

³² Sul punto si veda anche G. VIDIRI, *Il risarcimento del danno nel licenziamento illegittimo*, MGL, 2002, 4, 210.

³³ L'orientamento che sosteneva il carattere strettamente retributivo della corresponsione *de quo* si fondava infatti smaccatamente sulla (superata) distinzione tra fase *pre* e *post* sentenza, in quanto riconosceva un regime risarcitorio per il primo periodo e riteneva, per il secondo periodo, che la retribuzione globale di fatto rappresentasse la diretta conseguenza dell'inottemperanza all'ordine di reintegra.

³⁴ All'epoca F. MAZZIOTTI, *I licenziamenti*, Utet, 1991, 114, immediatamente rilevò che «l'esecuzione degli obblighi di fare, in cui la reintegra consiste, non può avvenire con la coazione del debitore ad adempiere, sulla base del principio insuperabile del *nemo ad factum cogi potest*».

³⁵ M.G. GAROFALO, *La nuova disciplina dei licenziamenti individuali: prime osservazioni*, RGL, 1990, 192, sottolineava la "centralità" che assume l'ordine di reintegrazione nella nuova formulazione della norma, attribuendo funzione "accessoria e strumentale" al risarcimento. Sul punto, cfr. anche M. NAPOLI, *La tutela reale*, in AA. VV., *La disciplina dei licenziamenti dopo le leggi 108/90 e 223/1991*, a cura di F. CARINCI, Jovene, 1991.

³⁶ Cfr. *infra*.

³⁷ Il principale interprete di tale orientamento è certamente M. D'ANTONA, *Disciplina dei licenziamenti individuali*, NLCC, Cedam, 1991, pp. 159 e ss., pioniere di queste tematiche.

del risarcimento puramente oggettivo prescindesse totalmente dal pregiudizio effettivamente subito dal lavoratore a causa del licenziamento ingiustamente subito, non tenendo nella debita considerazione anche gli interessi della sfera personale, professionale e morale del lavoratore.

Pertanto, reinterprestando il termine “commisurato” esplicitamente espresso nell’art. 18, i sostenitori della seconda tesi ritennero che la scelta lessicale del legislatore non fosse stata casuale, al punto da potersi affermare che tale concetto consentisse di individuare un’indennità risarcitoria che comprendesse, certamente (anche se non esclusivamente) le retribuzioni perse dal lavoratore ingiustamente licenziato, “ma non soltanto quelle”³⁸.

Sotto questo diverso punto di vista, la retribuzione veniva ad acquisire la funzione di vero e proprio parametro oggettivo di riferimento, indicato in prima istanza dallo stesso legislatore; un meccanismo di calcolo del risarcimento che, però, non veniva più posto in un’ottica di presunzione assoluta, ma assumeva la fisionomia di una presunzione semplice e ciò in quanto il legislatore, in tal modo, avrebbe inteso sollevare il lavoratore dalla necessità di provare di aver subito una effettiva perdita patrimoniale, ma, contemporaneamente, non avrebbe voluto impedire al datore di lavoro la dimostrazione contraria.

La teoria più elastica, in realtà, si sviluppò a pochi anni di distanza da una sentenza pionieristica delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, che aveva affermato come il risarcimento del danno per il periodo intercorrente tra il licenziamento e la sentenza di annullamento si identificasse – quanto al danno eccedente le cinque mensilità dovute *ex lege* nelle retribuzioni non percepite, salvo che il dipendente avesse provato di aver subito un danno maggiore, oppure il datore di lavoro provasse l’*aliunde perceptum* o la sussistenza di un fatto colposo del lavoratore in relazione al danno che il medesimo avrebbe potuto evitare usando la normale diligenza³⁹.

Sta di fatto che, a partire dagli anni '90 del secolo scorso, il principio di deducibilità dell’*aliunde perceptum*, con il forte sostegno anche della dottrina, dilagò nelle pronunce giurisprudenziali, le quali fino ad oggi hanno rappresentato il fondamento esegetico dell’istituto, imponendo precisi limiti all’applicazione del meccanismo di riduzione del risarcimento.

La Suprema Corte ha, infatti, costantemente precisato alcune imprescindibili linee guida in base alle quali può trovare concreta applicazione l’eccezione di *aliunde perceptum*.

Innanzitutto, sul piano processuale, per giurisprudenza da tempo unanime, «la deduzione in sede processuale dell’*aliquid perceptum* non costituisce eccezione in senso stretto e, comunque, non è riconducibile a quelle eccezioni riservate alla disponibilità delle parti. Di conseguenza, quando vi sia stata rituale allegazione dei fatti rilevanti a dimostrare l’*aliquid retentum* e gli stessi possono ritenersi incontrovertibili o processualmente acquisiti, il giudice può trarne d’ufficio (anche nel silenzio della parte interessata e anche se l’acquisizione sia riconducibile a un comportamento della controparte e, pure, avvalendosi dei poteri *ex art. 421 c.p.c.*) tutte le conseguenze cui essi

³⁸ M. D’ANTONA, op. cit., 164.

³⁹ Cass., SU, 29 aprile 1985, n. 2672, FI, 1985, I, 2247, nt. M. D’ANTONA.

sono idonei ai fini della quantificazione del danno subito dal lavoratore ingiustamente licenziato»⁴⁰.

In ogni caso, «il datore di lavoro che contesti la richiesta risarcitoria pervenutagli dal lavoratore è onerato, pur con l'ausilio di presunzioni semplici, della prova dell'*aliunde perceptum*, a nulla rilevando la difficoltà di tale tipo di prova o la mancata collaborazione del dipendente estromesso dall'azienda, dovendosi escludere che il lavoratore abbia l'onere di farsi carico di provare una circostanza, quale la nuova assunzione a seguito del licenziamento, riduttiva del danno patito»⁴¹.

Limiti specifici, inoltre, sono stati imposti da dottrina e giurisprudenza proprio in merito alle modalità di calcolo degli emolumenti che possono rilevare ai fini della moderazione del risarcimento.

L'*aliunde perceptum* non può essere fatto valere per tutto il periodo previsto per legge che va dal licenziamento fino alla effettiva reintegra, dato che nel periodo successivo alla sentenza l'indennità risarcitoria acquista una funzione di *astreinte*, cioè di coercizione indiretta, finalizzata a spingere il datore a rendere effettivo l'ordine reintegratorio emesso dal giudice. Per questo periodo, pertanto, la sanzione legale sarà diretta a risarcire danni futuri ed eventuali. Diversamente, solo nel primo periodo (dal licenziamento alla sentenza) la sentenza è volta a risarcire i danni pregressi; perciò, solo in tale ipotesi, il danno prodotto dall'ingiustificato licenziamento risulta "attuale, certo e misurabile" e, quindi, calcolabile ai fini della moderazione del risarcimento, a differenza del periodo successivo caratterizzato da una condanna in futuro per danni prodotti dall'eventuale inottemperanza dell'ordine di reintegra, condanna dalla natura composita (indennitaria, ma anche retributiva), che non consente l'applicazione del meccanismo compensativo⁴².

Inoltre, segnatamente al sistema di calcolo, tra le somme da detrarre si dovrà tenere comunemente conto di tutti i proventi derivanti da altre attività lavorative, anche autonome, svolte *medio tempore* dal lavoratore, purchè tali attività non risultino astrattamente compatibili con la prosecuzione del pregresso rapporto di lavoro⁴³, escludendosi –ad esempio- la detraibilità delle somme erogate a titolo di pensione, che si riferiscono a un rapporto costituito con l'ente previdenziale, del tutto distinto da quello corrente con il datore di lavoro⁴⁴.

La *ratio* principale che ha dato vita alla tesi dell'equivalenza professionale poggia essenzialmente sul principio civilistico della *compensatio lucri cum damno*.

⁴⁰ Tra tante cfr. Cass. 29 agosto 2006, n. 18687, *RCDL*, 2006, 4, 1229, nt. CAFIERO.

⁴¹ Tra le ultime, Cass. 17 novembre 2010, n. 23226, *www.dejure.giuffre.it*.

⁴² Si consenta il rinvio ad A. AVONDOLA, *Il danno per licenziamento illegittimo tra disciplina comune e disciplina speciale*, *ADL*, 2003, 1, 306.

⁴³ Cass. 20 febbraio 2003, n. 2529, *RFI*, 2003, 1768; Cass. 19 maggio 2000, n. 6548, *RIDL*, 2001, II, 351. Sul punto, notoriamente, M. D'ANTONA, op. cit., 168, chiari come «non qualunque guadagno del lavoratore tratto da attività lavorative svolte dopo il licenziamento, risulta idoneo a vincere la presunzione semplice (risarcimento=retribuzione globale di fatto) e a moderare il risarcimento. Al contrario, è necessario che attraverso l'attività lavorativa svolta dopo il licenziamento, il lavoratore abbia trovato un adeguato surrogato della prestazione lavorativa ingiustamente inibita, cioè che abbia conseguito *medio tempore* un'occupazione equivalente, per contenuto professionale, trattamento economico e riconoscimento sociale, a quella precedentemente svolta».

⁴⁴ Da ultimo, si ricordano due sentenze esplicitamente espresse in materia: Cass. 4 marzo 2010, n. 5217 relativa all'indennità di disoccupazione e Cass. 2011, n. 3597, in tema di indennità di mobilità. Entrambe le pronunce, *DRI*, 2010, 1140 e ss., hanno stabilito che il datore di lavoro non può detrarre quanto percepito dal lavoratore a titolo di indennità di mobilità e/o di disoccupazione, atteso che queste ultime devono intendersi come non acquisite essendo ripetibili dagli istituti previdenziali. Per una ricognizione più ampia, si veda anche M.M. MUTARELLI, *Trattamento dovuto in caso di licenziamento illegittimo e aliunde perceptum*, *DRI*, 2010, 1140 e ss.

Sulla base dell'art. 1223 c.c., infatti, non è possibile operare una detrazione nel caso in cui il lucro non sia conseguenza immediata e diretta dello stesso fatto illecito che ha prodotto il danno, non potendo il lucro compensarsi con il danno se trae la sua fonte da titolo diverso⁴⁵.

Alla stregua di tale impostazione, risultano detraibili come *aliunde perceptum* tutti quegli utili che il lavoratore riesce a guadagnare grazie allo svolgimento di una nuova attività (o semplicemente all'incremento di un lavoro precedente), che diversamente, in costanza del rapporto poi interrotto dall'illegittimo licenziamento, non avrebbe potuto esercitare; in tal modo si può garantire al lavoratore il risarcimento dei danni diretti e immediati, indipendentemente dalle caratteristiche di professionalità più o meno equiparabili al lavoro precedente illegittimamente interrotto⁴⁶.

L'apertura ai canoni civilistici ha inevitabilmente spinto gli interpreti a cercare un supporto normativo anche nella formulazione dell'art. 1227, comma 2, c.c., a norma del quale il risarcimento del danno può essere ridotto ove il soggetto danneggiato abbia concorso con il suo comportamento a produrre il danno o ad aggravarne le conseguenze.

Sul punto, le fattispecie più frequentemente esaminate hanno vagliato le ipotesi di inerzia processuale del lavoratore e i tentativi (se effettuati) per evitare le conseguenze dannose derivanti dal tempo impiegato ad azionare la tutela giurisdizionale. Ma raramente la giurisprudenza ha imposto al lavoratore un impegno attivo in tal senso, anche quando ricondotto al generale principio di ordinaria diligenza, correttezza e buona fede⁴⁷.

Nell'ambito di tale consolidato assetto giurisprudenziale e degli altrettanto stabili orientamenti interpretativi descritti, si pone oggi la riscrittura dell'art. 18 St. Lav. ad opera della legge n. 92 del 2012, che –come già anticipato–, sottoponendo ad una profonda revisione le conseguenze sanzionatorie del licenziamento illegittimo, invade, con l'espressa previsione normativa della detraibilità dell'*aliunde perceptum*, un territorio fino a ieri lasciato alla completa gestione degli interpreti.

Una scelta legislativa questa, che, alla luce di quanto sin qui dedotto, appare come una sorta di incursione inattesa (se non sgradita), dato che la materia in oggetto sembrava ormai aver trovato una propria stabilità regolativa: sia l'applicazione caso per caso lasciata alla cura del giudice, sia le aperture ermeneutiche offerte dalla dottrina avevano, infatti, sino ad ora, fornito un'essenziale

⁴⁵ Cass. 21 agosto 1998, n. 8321, *GCMass*, 1998, 1746, www.dejure.giuffre.it. In particolare sul punto, M. DELL'OLIO, *Licenziamenti illegittimi e provvedimenti giudiziari*, *DLRI*, 1987, 423, usò l'icastico rilievo per cui «il risarcimento spettante deve corrispondere al "saldo negativo" dell'intera vicenda, e quindi al lucro cessante ex art. 1223 c.c., rapportato alla sua effettiva durata e al contenuto della disoccupazione determinata dal licenziamento».

⁴⁶ Con una recente sentenza, Cass. 11 febbraio 2011, n. 4146, www.dejure.giuffre.it, la Suprema Corte ha ritenuto che il giudice possa detrarre l'*aliunde perceptum* anche nel caso in cui il lavoratore abbia svolto lavori socialmente utili, che danno luogo a emolumenti di natura non retributiva, affermando la detraibilità anche di somme di natura assistenziale e non soggette a contribuzione.

⁴⁷ Cass. 26 marzo 2010, n. 7344, *DRI*, 2010, 4, 1139. In proposito, va segnalato (v., in particolare, M.M. MUTARELLI, op. cit., 1147) un orientamento giurisprudenziale che esclude categoricamente l'imputabilità in capo al lavoratore delle conseguenze dannose derivanti dal tempo impiegato per la tutela giurisdizionale non solo nel caso di inerzia endoprocessuale, ma anche in caso di inerzia preprocesuale, ritenendosi, da una parte, l'attività di tutela giurisdizionale per sua natura rischiosa e costosa e, pertanto, esorbitante dall'ordinaria diligenza e dunque inesigibile e, dall'altra parte, che l'ordinamento attribuisca al datore di lavoro poteri paritetici per la tutela dei propri diritti e la riduzione del danno (cfr., tra le altre, Cass. 10 dicembre 2007, n. 25743, *NGL*, 2008, 202).

elasticità nell'utilizzo dell'istituto, garanzia reale per un impiego corretto e consapevole del meccanismo di riduzione del danno.

Oggi, almeno sulla base della lettera del nuovo testo normativo, il legislatore sembrerebbe invece imporre (questa volta indiscriminatamente) la detraibilità dell'*aliunde perceptum* in tutte le ipotesi di danno previste nella medesima legge.

La specificazione posta dalla legge Fornero è apparsa immediatamente destabilizzante.

Infatti, pur volendo escludere fraintendimenti sul piano processuale, in quanto, come già precedentemente chiarito, nonostante l'imposizione legale, il giudice difficilmente potrà prescindere dal consolidato assetto giurisprudenziale che gli consente di intervenire solo nell'ambito dei poteri conferitigli ex art. 421 c.p.c.⁴⁸, non pochi dubbi potrebbero per contro sorgere sotto altri aspetti sostanziali, con il rischio di erodere il lento lavoro di configurazione e stabilizzazione interpretativa dell'*aliunde perceptum* realizzato nei decenni passati.

In particolare, con una formulazione letterale chiara, la nuova legge individua nel "periodo di estromissione" l'arco temporale in riferimento al quale andrà effettuata la riduzione dell'indennità. Sulla base del dato testuale, la deduzione dell'*aliunde perceptum* (e *percipiendum*) sembrerebbe doversi compiere in relazione sia al periodo che precede la sentenza, sia a quello successivo, diversamente da quanto sino ad oggi affermato dagli interpreti⁴⁹.

Tale scelta è considerata da alcuni autori⁵⁰ certamente discutibile, perché dopo la decisione giurisdizionale il danno (e cioè la mancata ricostruzione del vincolo contrattuale e del normale sinallagma lavoro – retribuzione) è sicuramente causato dal datore di lavoro, che si rifiuta di ottemperare alla sentenza. «Non si comprende quindi perché il carattere sanzionatorio (e coercitivo) dell'indennità debba essere depotenziato con la sua riduzione per effetto dei redditi ricevuti o di quelli che il lavoratore avrebbe potuto percepire. La funzione compulsiva viene in questo caso attenuata e costituisce una forma indiretta di "premio" per chi decide di non eseguire la decisione giurisdizionale»⁵¹.

Sicché, appare quanto meno anomalo ancorare l'*aliunde perceptum* e *percipiendum* all'intero periodo di estromissione e non piuttosto a quello precorso al momento della pronuncia giudiziale. Un'interpretazione, che coinvolgendo anche la perdita delle retribuzioni conseguenti all'inottemperanza dell'ordine di reintegrazione del giudice, potrebbe prestare il fianco persino a dubbi di legittimità costituzionale.

⁴⁸ Sul punto, secondo G. VIDIRI, *Riforma «Fornero»: la (in)certezza del diritto e le tutele differenziate del licenziamento illegittimo*, RIDL, 2012, 4, 634, nel confronto con l'attuale normativa, «sul piano processuale nulla è poi mutato, dovendo la prova dell'*aliud perceptum* essere fornita dal datore di lavoro. Benchè non si tratti di un'eccezione in senso stretto, pare innegabile che detta prova debba essere fornita con la dovuta tempestività anche alla luce del principio della ragionevole durata del processo».

⁴⁹ Secondo P. SORDI, op. cit., 271, «il riferimento, senza alcun limite, all'intero periodo di estromissione, impone di ritenere che sarà detraibile anche quanto percepito dal lavoratore nel periodo (sempre antecedente all'effettiva reintegrazione, ma) successivo alla sentenza che ordina la reintegrazione nel posto di lavoro».

⁵⁰ In particolare sul punto cfr. V. SPEZIALE, op. cit., 56.

⁵¹ *Ibidem*.

Come è stato recentemente sottolineato⁵², infatti, il giudice delle leggi, pronunciandosi in merito alla disciplina della indennità forfettizzata dovuta all'esito dell'accertamento giudiziale dell'illegittima apposizione del termine ad un contratto di lavoro subordinato (art. 32, comma 5, L. n. 183 del 2010), ha ritenuto che «un'interpretazione costituzionalmente orientata della novella, però, induce a ritenere che il danno forfettizzato dall'indennità in esame copre soltanto il periodo cosiddetto "intermedio", quello cioè che corre dalla scadenza del termine fino alla sentenza che accerta la nullità di esso e dichiara la conversione del rapporto (...)»⁵³.

Ulteriori dubbi interpretativi, che vanno ad aggiungersi alle perplessità già avanzate circa l'opportunità di inserire la detraibilità dell'*aliunde perceptum* nella lettera della normativa, si possono rilevare anche in merito ad alcune evidenti dissonanze tra l'attuale dettato normativo e le *rationes* su cui la giurisprudenza ha nel tempo costruito l'istituto.

Come è stato chiarito, le misure di moderazione del danno intervengono o allo scopo di evitare ingiustificati arricchimenti, oppure nel caso in cui la lunghezza del processo determini un aggravamento (altrettanto ingiustificato) dell'indennità risarcitoria.

Questa seconda opzione interpretativa sembrerebbe oggi superata, dal momento che, al nuovo comma 4 dell'art. 18 St. Lav., la legge Fornero precisa che il lavoratore ha diritto a percepire l'indennità commisurata all'ultima retribuzione di fatto dal giorno del licenziamento a quello dell'effettiva reintegra (dedotti *aliunde perceptum* e *aliunde percipiendum*), e che «In ogni caso la misura dell'indennità risarcitoria non può essere superiore a dodici mensilità della retribuzione globale di fatto».

La previsione di un criterio immodificabile di forfettizzazione del danno, individuato nelle dodici mensilità di retribuzione, potrebbe avere come immediata conseguenza il fatto che il datore di lavoro –almeno per le ipotesi previste per il secondo livello di tutela- non correrebbe più il rischio di incorrere in condanne risarcitorie esorbitanti, dovendosi al lavoratore solo quanto stabilito per legge a prescindere dalla durata del processo.

Tale ipotesi interpretativa avrebbe come ulteriore riflesso l'indebolimento di almeno una delle finalità su cui si fonda l'*aliunde perceptum*, non essendovi più la necessità di un intervento moderatore che alleggerisca un risarcimento iniquamente accresciuto dai tempi del giudizio.

Almeno questa incongruenza, che comunque denuncia ancora una volta l'inadeguatezza di questa riscrittura "ipertrofica" dell'art. 18 St. Lav., sembrerebbe già essere stata risolta a livello interpretativo.

Alcuni autori hanno, infatti, ritenuto che il tetto delle dodici mensilità operi anche con riferimento al periodo successivo alla sentenza; infatti, «tale interpretazione non tiene conto che la reintegrazione nel posto di lavoro è un effetto derivante direttamente e automaticamente dalla sentenza con la quale viene ripristinato il rapporto contrattuale tra datore e prestatore di lavoro e con esso l'obbligo retributivo del datore di lavoro. Quindi, perché si realizzi la reintegrazione non occorre la volontà del datore di lavoro o la sua cooperazione, che, invece, sono necessari per la

⁵² A. PALLADINI, *La nuova disciplina in tema di licenziamenti*, RIDL, 2012, I, 678.

⁵³ C. Cost. 9 novembre 2011, n. 303, RIDL, 2012, II, 252, nt. L. DI PAOLA e L. ZAPPALÀ.

riammissione in servizio attivo del lavoratore che è cosa diversa dalla reintegrazione. Il tetto massimo delle dodici mensilità di indennità risarcitoria copre, quindi, il periodo che va dal licenziamento e si conclude con la sentenza di reintegrazione nel posto di lavoro»⁵⁴.

Le tante incongruenze testè rilevate lasciano presagire (se non auspicare) un possibile rapido intervento del nuovo legislatore, volto a ricomporre, almeno in parte, i pezzi di questo *puzzle* oggi inesorabilmente disgregato.

4. *L'aliunde percipiendum*: un intruso nel nuovo art. 18 St. Lav.

Se tanti dubbi sono stati sollevati in merito all'opportunità (*rectius*, alla effettiva utilità) di inserire nel dettato normativo l'obbligo posto in capo al giudice di detrarre *l'aliunde perceptum*, benché l'istituto –come ampiamente chiarito- trovi da tempo pacifica applicazione in giurisprudenza e concorde rilevanza in dottrina, non può non stupire come ulteriori e più accentuate perplessità abbia generato la scelta legislativa di prevedere la medesima imposizione anche per *l'aliunde percipiendum*.

L'istituto, già noto alla dottrina e alla giurisprudenza da più di un ventennio, è frutto di un'articolata interpretazione fondata sul combinato disposto degli artt. 1175 e 1227 c.c.

L'obbligo di ordinaria diligenza, già presupposto essenziale per l'applicazione dell'*aliunde perceptum*, ha rappresentato il principio cardine anche della detraibilità dell'*aliunde percipiendum*.

Relativamente a quest'ultima ipotesi di moderazione del danno, però, tanto la dottrina quanto la giurisprudenza sono sempre apparse piuttosto fredde rispetto all'idea che il risarcimento possa essere proporzionalmente diminuito di quanto il lavoratore avrebbe potuto guadagnare usando l'ordinaria diligenza⁵⁵.

Sebbene le complessità interpretative segnalate siano certamente da ricondurre anche alla difficoltà di attribuire un significato univoco al concetto di "ordinaria diligenza", criterio intrinsecamente elastico, ma anche unico vero limite di esigibilità della condotta del creditore, lascia a tutt'oggi quanto meno perplessi la possibilità di addebitare al lavoratore il proprio (eventuale) atteggiamento di negligente passività, rilevabile in tutte quelle ipotesi in cui quest'ultimo non si sia attivato per cercare una nuova occupazione.

Che il comportamento del prestatore sia ispirato da finalità di "mera iattanza o di ingiustificabile neghittosità"⁵⁶, appare in ogni caso difficile ipotizzare di poter imporre al lavoratore un impegno positivo rispetto alla ricerca di un nuovo posto di lavoro; e ciò ancor più se si considera che, sul piano probatorio, *aliunde perceptum* e, a maggior ragione, *aliunde percipiendum* costituiscono circostanze ontologicamente estranee alla sfera di conoscenza del datore di lavoro,

⁵⁴ A. MARESCA, op. cit., 430.

⁵⁵ Cfr. M. D'ANTONA, op. cit., 168; F. MAZZIOTTI, op. cit., 129, per il quale era da escludere la detrazione dell'*aliunde percipiendum*, essendo poco plausibile che il lavoratore sia tenuto a ridurre il danno che gli deriva dall'illecito allontanamento dal posto di lavoro. Per la giurisprudenza si veda *infra*.

⁵⁶ M. PAPALEONI, *La fine del libero licenziamento*, Giuffrè, 1991, 63.

sostanzialmente insuscettibili di accertamenti o controlli *ex lege* (segnatamente si fa riferimento al divieto imposto al datore di lavoro dall'art. 8 St. Lav.).

Rispetto a tali rilievi posti dalla dottrina, la giurisprudenza ha, da sempre, utilizzato particolare cautela nella detrazione dell'*aliunde percipiendum*, sebbene in alcune ipotesi particolari si sia spinta fino ad affermare che la domanda di risarcimento del danno per illegittimo licenziamento non può trovare accoglimento (oltre il limite delle cinque mensilità) nell'ipotesi di colpevole aggravamento del fatto dannoso conseguente al rifiuto da parte del lavoratore licenziato di intraprendere una nuova occupazione che gli fosse stata offerta⁵⁷.

In questa specifica ipotesi, la Suprema Corte, fondando il proprio convincimento sull'applicazione dell'art. 1227 c.c., ha però chiarito che l'ordinaria diligenza, richiesta dal disposto normativo, «avrebbe dovuto suggerire al lavoratore di accettare il nuovo lavoro, dal momento che ciò non avrebbe causato alcun pregiudizio in ordine alle sorti dell'impugnazione del licenziamento, impedendo, per converso, l'aggravarsi del danno»⁵⁸.

Come nel caso richiamato, i comportamenti tenuti dal lavoratore dopo il licenziamento sono stati valutati dalla giurisprudenza per lo più alla luce della disposizione contenuta nel secondo comma dell'art. 1227 c.c., che pone a carico del creditore l'obbligo di assumere una condotta attiva di cooperazione che supera il mero dovere statico di astensione da comportamenti idonei ad aggravare la posizione del debitore⁵⁹.

Pertanto, sulla base di tale percorso interpretativo, l'*aliunde percipiendum* ha acquisito rilievo, di volta in volta, soprattutto in merito alla mancata o intempestiva iscrizione nelle liste di collocamento, così come nelle ipotesi di rifiuto ingiustificato di una nuova occupazione. Tale processo esegetico, però, è stato caratterizzato più da oscillazioni interpretative e incertezze applicative⁶⁰, che da soluzioni univoche.

Oggi, a fronte di tante questioni ancora controverse, la Legge Fornero irrompe in questo percorso ricostruttivo non concluso, stabilendo *ex lege* la detraibilità dell'*aliunde percipiendum*, per un verso confermando (anche per tale ipotesi) i dubbi già sollevati in tema di *aliunde perceptum* e, per altro verso non risolvendo le perplessità già rimarcate dalla pregressa attività interpretativa in materia.

Resta, infatti, attualmente ancora da «capire cosa significhi il dedicarsi “con diligenza alla ricerca di nuova occupazione”, vista l'inevitabile discrezionalità nell'individuare strumenti e modalità di

⁵⁷ Cass. 3 febbraio 1998, n. 1099, *MGL*, 1998, 297.

⁵⁸ *Ibidem*.

⁵⁹ Cass. 11 marzo 2010, n. 5862, *GL*, 2010, 15, 34. La medesima sentenza, ricalcando un assetto consolidato da tempo, ha evidenziato come l'elaborazione giurisprudenziale dell'ultimo ventennio abbia tenuto a distinguere le diverse fattispecie disciplinate dai due commi dell'art. 1227 c.c., specificando che: il comma 1 regola il concorso del danneggiato nella produzione del fatto dannoso ed ha come conseguenza una ripartizione di responsabilità, mentre il secondo comma contempla una situazione del tutto diversa di danno, causato dal solo debitore, e quindi non concerne problemi di nesso causale, ma solo di estensione o di evitabilità del danno.

⁶⁰ A livello esemplificativo si ricorda che: secondo Cass. 11 marzo 2010, n. 5862, *GL*, 2010, 15, 34, l'iscrizione del lavoratore nelle liste di collocamento è da ritenersi sufficiente a escludere la colpevole inerzia del creditore nel ridurre il danno risarcibile, ma, d'altro canto, per Cass. 9 ottobre 2007, n. 21066, *ADL*, 2008, 505, nt. R. GAROFALO, la sua colpevole mancanza non è stata ritenuta idonea a configurare l'imputabilità di parte del danno al lavoratore e, in qualche caso, è stata considerata alla stregua di circostanza valutabile nell'ambito della complessiva condotta del lavoratore (Cass. 16 marzo 2002, n. 3905, *RGL*, 2003, II, 328, nt. N. GHIRARDI).

quella ricerca e vista, soprattutto, la non facile individuazione di quale sia la nuova occupazione che il lavoratore ha l'onere di ricercare e quale sia l'occupazione che egli, pur avendola trovata, abbia il diritto di rifiutare»⁶¹.

A questo punto è difficile non sottolineare, dinanzi a tante incognite, come questo nuovo zelo legislativo (benchè ispirato ad un'astratta volontà di semplificazione) rischi di rendere ancor più aleatorio il sistema attuale, condizionando impropriamente le valutazioni discrezionali dei giudici, con l'inevitabile pericolo che queste ultime si tramutino in mero arbitrio.

5. Il "grande assente": il danno ulteriore.

Va, infine, ricordato come la pacifica affermazione della natura risarcitoria delle somme dovute ex art. 18 St. Lav., non solo abbia dato sostegno alla tesi della detraibilità dell'*aliunde perceptum* (ed entro i limiti descritti dell'*aliunde percipiendum*), ma abbia altresì comportato la possibilità per il lavoratore, che ha subito ulteriori lesioni a causa del comportamento datoriale scorretto o inottemperante all'ordine del giudice, di chiedere un ristoro per il maggior danno subito, oltre a quello presuntivamente calcolato con riferimento alle retribuzioni perse.

Pertanto, assunta la natura contrattuale della responsabilità del datore ed esclusa la sussistenza *in re ipsa* di tali danni ulteriori, la giurisprudenza ha pacificamente ammesso la risarcibilità, a fronte della prova rigorosa fornita dal lavoratore, del maggior danno rispetto a quello coperto dall'art. 18 St. lav.⁶².

In particolare, la Corte di Cassazione ha da qualche tempo manifestato – alla luce di un'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 2059 c.c. – la volontà di risarcire integralmente, se adeguatamente provati, anche gli ulteriori danni, quali quelli di natura non patrimoniale (esistenziale, morale, ecc.), derivanti da licenziamenti discriminatori, in quanto lesivi di diritti inviolabili per la persona, valorizzando persino criteri personali di liquidazione⁶³.

Questo orientamento è confermato da una recentissima pronuncia⁶⁴, in cui la Suprema Corte ha respinto il ricorso presentato da una struttura ospedaliera che non aveva provveduto a reintegrare nel posto di lavoro un proprio dipendente (medico chirurgo) illegittimamente licenziato, nonostante le sentenze a lui favorevoli in tutti i gradi di giudizio. Al lavoratore è stato, pertanto, «riconosciuto il diritto al risarcimento di un ulteriore danno, di natura non patrimoniale, strettamente correlato ad un comportamento omissivo del datore di lavoro. Tale risarcimento ulteriore [secondo il disposto della Cassazione, *nda*] non è da considerarsi come una duplicazione del risarcimento previsto dalla normativa, ossia reintegrazione nel posto di lavoro e pagamento delle retribuzioni, ed è finalizzato ad evitare che un comportamento illegittimo possa generare una situazione di ulteriore mortificazione e compromissione della dignità del lavoratore che viene privato, nonostante sentenza contraria del giudice, della possibilità di reinserirsi prontamente nel

⁶¹ C. CESTER, op. cit., 36.

⁶² Cass. 7 luglio 2009, n. 15915, *GL*, 2009, 40, 37; nonché, Cass. 17 dicembre 2007, n. 26561, *RGL*, 2008, II, 572.

⁶³ Sul punto, cfr. G. VIDIRI, op. cit., 634-635, che cita Cass. 21 aprile 2011, n. 9238.

⁶⁴ Cass. 15 aprile 2013, n. 9073, www.dejure.giuffre.it.

mondo lavorativo e di dare il proprio contributo produttivo al benessere collettivo, con l'evidente rischio anche di un logoramento della professionalità acquisita».

Inoltre, la Suprema Corte, avendo richiamato una serie di elementi caratterizzanti la vicenda espulsiva, che nel loro insieme hanno determinato - in conseguenza della mancata reintegrazione del posto di lavoro - una lesione «di interessi inerenti la persona, non connotati da rilevanza economica, ma meritevoli di tutela anche per la loro rilevanza costituzionale», ha proceduto ad una valutazione complessiva della vicenda, «onde evitare una duplicazione risarcitoria»⁶⁵.

Nonostante tali consolidati assetti giurisprudenziali, va segnalato che un'esplicita previsione della detraibilità del danno ulteriore risulta assolutamente assente nell'ambito dell'intero dettato normativo della legge 92/2012.

Omissione difficilmente giustificabile nel momento in cui il legislatore sembrerebbe aver intrapreso un percorso tecnico-giuridico volto a stabilire la detraibilità per legge delle cause moderatrici del debito; pertanto, non è dato comprendere per quale motivo, accanto all'*aliunde perceptum e percipiendum*, il medesimo legislatore non abbia inteso dare espressa previsione normativa anche all'ipotesi del danno ulteriore, posta a tutela del lavoratore.

Una lacuna resa ancor più plateale se si considera che da tempo la giurisprudenza ha posto un generale freno al risarcimento del danno non patrimoniale di cui all'art. 2059 c.c., chiarendo definitivamente, con una nota sentenza del 2008⁶⁶, che il danno non patrimoniale è risarcibile nei soli casi previsti dalla legge, i quali si dividono in due gruppi: le ipotesi in cui la risarcibilità è prevista in modo espresso e quella in cui la risarcibilità del danno in esame, pur non essendo prevista da una norma di legge *ad hoc*, deve ammettersi sulla base di una interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 2059 c.c., per avere il fatto illecito vulnerato in modo grave un diritto della persona direttamente tutelato dalla Costituzione.

Pertanto, l'assenza di una esplicita previsione della risarcibilità del danno ulteriore indebolisce inequivocabilmente la posizione del lavoratore, soprattutto se si considera che, allorquando lo stesso estensore abbia inteso escludere dalle modalità di computo del danno ogni tipo di detrazione, lo abbia fatto manifestamente, come nel caso del comma 13, art. 1 (legge Fornero), in cui letteralmente si prevede che «la disposizione di cui al comma 5 dell'articolo 32 della legge 4 novembre 2010, n. 183⁶⁷ 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».

A tutto voler concedere, ancora una volta, toccherà quindi al giudice –secondo buon senso- dare per scontata (e naturalmente ricompresa nel lacunoso dettato normativo) anche la detraibilità del danno ulteriore, a fronte di un testo legislativo tanto complesso e irto di insidie, che continua a prestare il fianco a inesauribili critiche e dubbi interpretativi difficilmente sanabili.

⁶⁵ *Ibidem*.

⁶⁶ Cass. SU 11 novembre 2008, n. 26972, www.dejure.giuffre.it.

⁶⁷ A norma del quale «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».

Il nuovo articolo 18 dopo un anno di applicazione giurisprudenziale: un bilancio provvisorio*

Marco Biasi

1. Introduzione.	34
2. La “vecchia” reintegra ed il “nuovo” rimedio reintegratorio “forte”, tra licenziamento discriminatorio, per motivo illecito, o “ <i>riconducibile ad altri casi di nullità</i> ”.	38
2.1 I confini del “nuovo” licenziamento discriminatorio.	39
2.2. La perdurante attualità della distinzione tra il licenziamento discriminatorio e le altre ipotesi di nullità, oltre che di “semplice” carenza di giustificazione del recesso.	44
3. Il dirimente quanto complesso discrimen tra la “tutela reintegratoria attenuata” e la “tutela obbligatoria forte”.	48
3.1. Segue. Il “licenziamento disciplinare”.	49
3.1.1. L’incerta individuazione del “fatto contestato” nel nuovo art. 18, comma 4 l. 20 maggio 1970, n. 300.	49
3.1.2 Il “fatto” rientrante “tra le condotte punibili con una sanzione conservativa...” ed il ruolo del principio di proporzionalità nel nuovo quadro sanzionatorio.	52
3.2. Segue. Il licenziamento per ragioni oggettive.	56
3.2.1 Il problema della “manifesta insussistenza del fatto posto alla base del giustificato motivo oggettivo”	56
3.2.2. “Manifesta insussistenza” e obbligo di repêchage.	59
4. I vizi procedurali e la “tutela indennitaria ridotta”.	61
4.1 Vizi procedurali e “merito” del licenziamento.	62
4.2. Ambito e scopi della “nuova” procedura ex art. 7 l. 15 luglio 1966, n. 604 ed effetti del suo mancato o irregolare espletamento.	64
5. Conclusioni	67

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 181/2013

1. Introduzione.

A distanza di un anno dall'entrata in vigore della l. 28 giugno 2012, n. 92 (c.d. "Riforma Fornero"⁶⁸) pare sia giunto il tempo di tracciare un primo bilancio circa gli effetti della nuova disciplina dei licenziamenti sul mercato del lavoro e, soprattutto, sull'ordinamento giuridico.

Se, sotto il primo punto di vista, pure estraneo alla presente analisi, la Riforma non sembra aver finora sortito, ammesso che fosse ipotizzabile e non dipendente da altre variabili⁶⁹, l'effetto auspicato dal Legislatore, in termini di riduzione del tasso di disoccupazione e di attrazione di investitori stranieri⁷⁰ (in precedenza "dissuasivi" dall'eccessiva rigidità in entrata caratterizzante il nostro sistema⁷¹), una – se non, addirittura, la – cartina di tornasole per verificare il secondo tipo di effetti proviene dal "responso"⁷² della giurisprudenza sulla normativa di nuovo conio⁷³.

In particolare, oggetto della presente rassegna sarà la "tutela del lavoratore in caso di licenziamento illegittimo"⁷⁴ prevista dall'attuale articolo 18 l. 20 maggio 1970⁷⁵, siccome risultante dalla

⁶⁸ Sull'incerta "paternità" della l. 28 giugno 2012, n. 92, però, L. MARIUCCI, *È proprio un very bad text? Note critiche sulla Riforma Monti-Fornero*, in *LD*, 2012, 3/4, 415.

⁶⁹ F. CARINCI, *Complimenti dottor Frankenstein: il disegno di legge governativo in materia di riforma del mercato del lavoro*, in *LG*, 2012, 6, 529 ss.; L. MARIUCCI, *op.ult.cit.*, 418; V. SPEZIALE, A. PERULLI, *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*, 2011, 132, 7 ss.; R. ARTONI, M. D'ANTONI, M. DEL CONTE, S. LIEBMAN, *Employment protection systems and welfare state models. A comparative study*, Bocconi legal studies research paper, Milano, 2006, 3 ss.

⁷⁰ Cfr. art. 1 l. 28 giugno 2012, n. 92, vero "manifesto" di presentazione della Riforma, ove si legge che gli interventi sono diretti "a realizzare un mercato del lavoro inclusivo e dinamico, in grado di contribuire alla crescita di occupazione...e alla riduzione permanente del tasso di disoccupazione...adeguando contestualmente alle esigenze del mutato contesto di riferimento la disciplina del licenziamento". Per un commento, F. CARINCI, *Finalità, monitoraggio, oneri finanziari*, in F. CARINCI, M. MISCHIONE (a cura di), *Commentario alla Riforma Fornero (Legge n. 92/2012 e Legge n. 134/2012). Licenziamenti e rito speciale, contratti, ammortizzatori e politiche attive*, in *DPL*, 2012, suppl. n. 33, 5 ss.; E. GHERA, *Le finalità della riforma del mercato del lavoro Monti-Fornero*, in P. CHIECO (a cura di), *Flessibilità e tutele nel lavoro. Commentario della legge 28 giugno 2012 n. 92*, Cacucci, Bari, 2013, 21 ss.; M. MAGNANI, *Genesis e portata di una riforma del lavoro*, in M. MAGNANI, M. TIRABOSCHI (a cura di), *La nuova riforma del lavoro. Commentario alla legge 28 giugno 2012, n. 92 recante disposizioni in materia di riforma del mercato del lavoro in una prospettiva di crescita*, Giuffrè, Milano, 2012, 3 ss. Per un'opinione sin da subito fortemente critica rispetto agli obiettivi della Riforma ed alla loro complessa realizzabilità, S. MAGRINI, *Quer pasticciaccio brutto (dell'art. 18)*, in *ADL*, 2012, 3, 535 ss., il quale paventa (o, per certi versi, anticipa, come risulterà in esito alla presente analisi) il "presumibile effetto contrario" della stessa.

⁷¹ Per un'efficace sintesi critica di tali argomenti, nonché per gli opportuni riferimenti bibliografici, V. SPEZIALE, *La riforma del licenziamento individuale tra diritto ed economia*, in *RIDL*, 2012, I, 523-530.

⁷² Il termine utilizzato intende dare conto dello sforzo richiesto agli esegeti nel "decifrare" (più che "interpretare") alcune delle nuove disposizioni in esame: v. *infra*.

⁷³ Sull'importanza di attendere la "parola del Giudice" ai fini di un giudizio completo sulla Riforma e sui suoi effetti, G. ZILIO GRANDI, *La riforma dei licenziamenti: opportunità perse e risultati ottenibili... la parola al Giudice*, in *Boll. Spec. ADAPT*, 2012, 12, 1; F. CARINCI, *Il nodo gordiano del licenziamento disciplinare*, in *ADL*, 2012, 6, 1103; V. SPEZIALE, *op.ult.cit.*, 538; L. ZOPPOLI, *Flex/insecurity. La riforma Fornero (l. 28 giugno 2012, n. 92) prima, durante e dopo*, ES, Napoli, 2012, 86.

⁷⁴ Così la nuova rubrica dell'art. 18 l. 20 maggio 1970, n. 300, che ha sostituito, anche simbolicamente, la precedente: "reintegrazione nel posto di lavoro": sul punto, P. SORDI, *Il nuovo art. 18 della legge n. 300 del 1970*, in *Id.* (a cura di), *La riforma del lavoro. Primi orientamenti giurisprudenziali dopo la legge Fornero*, Giuffrè, Milano, 2013, 252.

⁷⁵ Né va trascurato l'intenso collegamento tra la riforma della "tutela in caso di licenziamento illegittimo" e le nuove modifiche processuali, legate in particolare all'introduzione del c.d. "Rito Fornero", il cui campo di applicazione (o "titolo di accesso": F. CARINCI, *Ripensando il "nuovo" etc*, cit., 289) è stato non a caso individuato – *ratione petendi* – nei licenziamenti "regolati dall'art. 18 della legge 20 maggio 1970, n. 300" (art. 1, comma 47 l. 28 giugno 2012, n. 92). Numerosi e profondi risultano infatti gli intrecci tra la nuova normativa sostanziale e processuale: a mero titolo esemplificativo, ove si accedesse universalmente all'interpretazione secondo cui ogni licenziamento intimato in assenza dei presupposti sostanziali debba essere considerato discriminatorio (v. *infra*), anche l'accesso al nuovo rito diverrebbe generalizzato, a prescindere da ogni soglia occupazionale; specularmente, il nuovo regime processuale senza dubbio incide sul diritto del lavoratore al ristoro "integrale" del danno patito, che, soprattutto in ipotesi di c.d. "tutela reintegratoria

Riforma ed applicabile ai licenziamenti disposti dopo l'entrata in vigore della stessa⁷⁶.

Nell'esposizione si è scelto di seguire uno schema basato sull'assunto – oggetto poi di verifica – per cui la Riforma sia intervenuta unicamente sulle “conseguenze” del licenziamento viziato e non sui presupposti sostanziali⁷⁷, operando un'inedita “modulazione” dei rimedi, secondo un “climax discendente” di gravità del comportamento datoriale o del vizio del licenziamento⁷⁸ (ovvero, secondo una diversa lettura, di rilevanza degli interessi del lavoratore coinvolti⁷⁹), cui corrisponderebbe una “modulata” gravità o intensità (dubitamente, dissuasività) della sanzione, ossia, nell'ordine: i) “tutela reintegratoria piena”⁸⁰, caratterizzata da forti affinità con il – solo⁸¹ – rimedio

attenuata” (v. *infra*), dipende di fatto dalla durata del processo e, dunque, dalla funzionalità ed efficienza del nuovo rito: per tale ragione, sarà quindi utile vagliare anche le risposte delle giurisprudenze sull'applicazione del nuovo rito, il che costituisce l'oggetto di un successivo approfondimento.

⁷⁶ Cass. 7.5.2013, n. 10550, in *FI*, 2013, I, 1867, che ha sostenuto l'inapplicabilità del nuovo regime sanzionatorio ai licenziamenti oggetto dei procedimenti in corso, e ciò, non solo per ragioni legate al diritto intertemporale (e dunque a quanto disposto dall'art. 11 delle *Preleggi*), quanto alla luce del fatto che il nuovo sistema avrebbe comportato uno “stravolgimento del sistema di allegazioni e prove nel processo”, che non è limitato alla scelta del rimedio, ma “si collega ad una molteplicità di ipotesi diverse di condotte giuridicamente rilevanti cui si connettono tutele tra loro profondamente differenti”. Nel senso dell'applicabilità – *ratione temporis* – della nuova disciplina unicamente ai licenziamenti intimati a partire dal 18 luglio 2012, momento di entrata in vigore della l. 28 giugno 2012, n. 92, si è espressa la giurisprudenza di merito e la dottrina pressoché unanime: *contra*, a quanto consta, solo Trib. Milano ord. 27.3.2013, est. Cipolla, in *Boll. Spec. ADAPT*, 2013, 21, che ha ritenuto applicabile il nuovo sistema rimediabile – in particolare, la nuova tutela “indennitaria forte” – ad un licenziamento intimato in data 26.3.2012 e, dunque, anteriormente all'entrata in vigore della c.d. “Riforma Fornero”. Si leggano in tema le riflessioni di A. PALLADINI, *La nuova disciplina in tema di licenziamenti*, in *RIDL*, 2012, I, 658 e V. PIETRA, *Il nuovo articolo 18: problemi di diritto intertemporale, campo di applicazione e decorrenza della prescrizione*, in M. MAGNANI, M. TIRABOSCHI (a cura di), *La nuova riforma del lavoro etc.*, cit., 300-303, i quali ricordano come già al momento di entrata in vigore del “primo” art. 18 l. 20 maggio 1970, n. 300 e della l. 11 maggio 1990, n. 108, la giurisprudenza aveva escluso l'applicazione retroattiva delle nuove disposizioni nei giudizi relativi a licenziamenti intimati nel vigore della disciplina previgente; nello stesso senso, M. FERRARESI, *L'articolo 18 dello Statuto dei lavoratori dopo la riforma Fornero: bilancio delle prime applicazioni in giurisprudenza*, in *DRI*, 2013, 2, 339; P. ALBI, *Il campo di applicazione della nuova disciplina dei licenziamenti. Diversificazione del sistema rimediabile ed effetti sulle garanzie dei diritti*, in P. CHIECO (a cura di), *Flessibilità e tutele etc.*, cit., 383.

⁷⁷ T. TREU, *Flessibilità e tutele nella riforma del lavoro*, in *DLRI*, 2013, 1, 37-38; G. PACCHIANA PARRAVICINI, *Il nuovo art. 18 st. lav.: problemi sostanziali e processuali*, in *MGL*, 2012, 10, 748; P. SORDI, *op.ult.cit.*, 253; M. FERRARESI, *Il licenziamento per motivi oggettivi*, in M. MAGNANI, M. TIRABOSCHI (a cura di), *La nuova riforma del lavoro etc.*, cit., 257.

⁷⁸ R. DEL PUNTA, *La flessibilità in uscita. Licenziamenti individuali*, in AA.VV., *Treccani. Il libro dell'anno del diritto 2013*, Istituto della Enciclopedia, Roma, 2013, 355; E. GHERA, *op.cit.*, 25; A. PERULLI, *Fatto e valutazione giuridica del fatto nella nuova disciplina dell'art. 18 St.Lav. Ratio ed aporie dei concetti normativi*, in *ADL*, 2012, 4-5, 792; P. ALBI, *Il campo di applicazione della nuova disciplina dei licenziamenti. Diversificazione del sistema rimediabile ed effetti sulle garanzie dei diritti*, in P. CHIECO (a cura di), *Flessibilità e tutele etc.*, cit., 385; C. CONSOLO, D. RIZZARDO, *Vere o presunte novità, sostanziali e processuali, sui licenziamenti individuali*, in *Corr.Giur.*, 2012, 6, 729-730; M.T. CARINCI, *Il licenziamento discriminatorio o <per motivo illecito determinante> alla luce dei principi civilistici: la causa del licenziamento quale atto unilaterale fra vivi a contenuto patrimoniale*, in *RGL*, 2012, 4, 654, secondo cui la modulazione delle sanzioni esprimerebbe diverse reazioni dell'ordinamento alle patologie dell'atto di licenziamento; F. SANTINI, *Il licenziamento per giusta causa e giustificato motivo soggettivo*, in M. MAGNANI, M. TIRABOSCHI (a cura di), *La nuova riforma del lavoro etc.*, cit., 238.

⁷⁹ P. ICHINO, *La riforma dei licenziamenti e i diritti fondamentali dei lavoratori, Relazione al Convegno del Centro Nazionale di Studi di Diritto del Lavoro "Domenico Napoletano"*, Pescara 11 maggio 2012, 10-11, reperibile in www.pietroichino.it, ad avviso del quale la reintegra verrebbe ora riconosciuta nei casi di violazione di diritti assoluti della persona, mentre la tutela risarcitoria/indennitaria coprirebbe tutti gli altri casi di perdita del posto “ingiustificata”, ove si tratterebbe di ristorare il danno economico patito dal lavoratore secondo la “liability rule”. Sulla distinzione, operata dallo stesso A., tra “property rule” e “liability rule” in materia di licenziamento, *Id.*, *Nuova disciplina dei licenziamenti: property e liability rule*, in *DPL*, 2012, 25, 1545 ss.

⁸⁰ La c.d. “tutela reintegratoria piena” ex art. 18, comma 1 l. 20 maggio 1970, n. 300 garantisce al lavoratore la reintegra ed il risarcimento del danno nella misura delle mensilità perse (in un minimo di cinque, determinate avendo come riferimento “l'ultima retribuzione globale di fatto”) dal licenziamento alla reintegra (dedotto l'*aliunde perceptum*), oltre all'integrale corresponsione dei contributi previdenziali. Al lavoratore è poi concessa la facoltà di optare per l'indennità sostitutiva della reintegrazione ex art. 18, comma 3 l. 20 maggio 1970, n. 300.

⁸¹ Ovviamente se si esclude la tutela obbligatoria ex 8 della l. 15 luglio 1966, n. 604, rimasta apparentemente estranea alla Riforma.

previsto in passato⁸², ii) “tutela reintegratoria attenuata”⁸³; iii) “tutela indennitaria forte”⁸⁴; iv) “tutela indennitaria ridotta” (ovvero “dimidiata” o, ancora, “attenuata”)⁸⁵.

Il nuovo sistema sanzionatorio avrebbe prodotto come corollario una – altrettanto inedita – “*doppia fase*” del giudizio⁸⁶, una prima, rimasta – come si vedrà, solo apparentemente – invariata all’esito della Riforma, avente ad oggetto la legittimità o l’illegittimità (eventualmente, l’illiceità⁸⁷) del licenziamento, la seconda, di nuova introduzione, sulla scelta della sanzione⁸⁸. È peraltro agevole notare sin da subito come tale “*doppia fase*” implichi già, a prescindere dai diversi punti di oscurità del testo sui quali si avrà modo ampiamente di soffermarsi⁸⁹, un “*doppio sforzo*”⁹⁰ da parte del Giudice e, di conseguenza, un maggiore (o, forse, doppio?) spazio esegetico ad appannaggio di quest’ultimo⁹¹, con buona pace delle tanto decantate esigenze di certezza del diritto e di prevedibilità dell’esito dei giudizi in materia di licenziamento, funzionali ad una logica di anticipazione del “costo” del recesso, soprattutto di quello intimato (*rectius*, intimando) per ragioni oggettive (c.d. “*firing cost*”)⁹².

⁸² V. *infra*, par. 2.

⁸³ La c.d. “tutela reintegratoria attenuata” ex art. 18, comma 4 l. 20 maggio 1970, n. 300 prevede il diritto del lavoratore alla reintegrazione nel posto di lavoro ed al risarcimento del danno nella misura delle mensilità perse (sempre avendo come riferimento “l’ultima retribuzione globale di fatto”) dal licenziamento alla reintegra, ma senza alcun limite minimo e nella misura massima di dodici mensilità (dedotto il c.d. “*aliunde perceptum ac percipiendum*”), oltre al versamento dei contributi previdenziali. Anche in questo caso, al lavoratore è consentita la facoltà di optare per l’indennità sostitutiva della reintegrazione ex art. 18, comma 3 l. 20 maggio 1970, n. 300.

⁸⁴ La c.d. “tutela indennitaria forte” ex art. 18, comma 5 l. 20 maggio 1970, n. 300 consiste nella corresponsione da parte del datore di lavoro di un’indennità risarcitoria onnicomprensiva determinata dal Giudice, che “*dichiara risolto il rapporto*” (ad ogni effetto, anche sul piano previdenziale), tra un minimo di dodici ed un massimo di ventiquattro mensilità.

⁸⁵ La c.d. “tutela indennitaria ridotta” ex art. 18, comma 6 l. 20 maggio 1970, n. 300 garantisce al lavoratore, a fronte della dichiarazione di “*inefficacia*” di un licenziamento comunque “*efficace*” (v. *infra*), il diritto di ricevere un indennizzo di misura compresa tra le sei e le dodici mensilità.

⁸⁶ A. MARESCA, *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche dell’art. 18 Statuto dei Lavoratori*, in RIDL, 2012, I, 435.

⁸⁷ In tale ipotesi, tuttavia, sembra che il giudizio si componga di una sola “fase”, come in passato, posto che dall’accertamento della discriminatorietà, illiceità o “altrimenti” nullità del recesso ex art. 18, comma 1 l. 20 maggio 1970, n. 300, dovrebbe comunque discendere l’automatica applicazione del rimedio ivi contemplato (tutela reintegratoria piena: v. *infra*).

⁸⁸ In termini di “*dissociazione schizoide fra “causali” delle fattispecie, mantenute identiche, e “causali delle sanzioni, rese doppie ed alternative (tutela reale ed obbligatoria)”*, F. CARINCI, *Finalità etc.*, cit., 6. Sulla scissione del giudizio in due fasi, R. RIVERSO, *I licenziamenti disciplinari: irrazionalità normative e rimedi interpretativi*, in WP C.S.D.L.E. “*Massimo D’Antona*”.IT, 2013, 177, 4; M. MARAZZA, *L’art. 18, nuovo testo, dello Statuto dei lavoratori*, in ADL, 2012, 3, 622; M.T. CARINCI, *Il licenziamento non sorretto da giusta causa e giustificato motivo soggettivo: i presupposti applicativi delle tutele previste dall’art. 18 St. Lav. alla luce dei vincoli imposti dal sistema*, in RIDL, 2012, II, 1054; F. SANTINI, *op.cit.*, 240.

⁸⁹ C. CESTER, *La metamorfosi della tutela reale*, in F. CARINCI, M. MISCIONE (a cura di), *Commentario alla Riforma Fornero etc.*, cit., 30, secondo cui si tratterebbe di un testo “*elaborato, complesso e di non facile interpretazione*”; sul nesso tra “*diritto incerto*” e “*eccessivo protagonismo*” della giurisprudenza, con particolare riferimento alla “*lacunosità*” del testo del nuovo art. 18 l. 20 maggio 1970, n. 300, G. VIDIRI, *La riforma Fornero: la (in)certeza del diritto e le tutele differenziate del licenziamento illegittimo*, in RIDL, 2012, I, 620-621.

⁹⁰ O. MAZZOTTA, *I molti nodi irrisolti del nuovo art. 18 St. Lav.*, in M. CINELLI, G. FERRARO, O. MAZZOTTA (a cura di), *Il Nuovo Mercato del Lavoro dalla Riforma Fornero alla legge di stabilità 2013*, Giappichelli, Torino, 2013, 238, che, simbolicamente, equipara tale “*doppio sforzo*” ad un “*salto mortale*”.

⁹¹ P. RAUSEI, M. TUTTOBENE, *Il nuovo quadro regolatorio tra incertezze e maggior potere ad libitum dei giudici*, P. RAUSEI, M. TIRABOSCHI (a cura di), *Lavoro: una riforma sbagliata*, Adapt University Press, Modena, 2012, 129; A. TURSI, P.C. VINCENTI, B. RAIMO, *La riforma del mercato del lavoro. Commento organico alla L. 28 giugno 2012, n. 92, aggiornata con le disposizioni della L. 7 agosto 2012, n. 134*, Dike, Roma, 2012, 65.

⁹² A. PERULLI, *Efficient Breach, valori del mercato e tutela della stabilità. Il controllo del giudice nei licenziamenti economici in Italia, Francia e Spagna*, in RGL, 2012, 3, 562 ss., spec. 583-586; R. DEL PUNTA, *op.cit.*, 354.

Queste brevi considerazioni introduttive spiegano dunque l'importanza della risposta delle Corti anche sul piano della verifica dell'idoneità dell'altro obiettivo – pur legato al medesimo “piano di fondo” – della Riforma, ossia quello di ridurre la discrezionalità dei giudici⁹³, a fronte della loro nuova “facoltà” (che, in precedenza, costituiva di fatto un “atto dovuto”⁹⁴) di applicare la sanzione reintegratoria-ripristinatoria⁹⁵, la cui esclusività quale rimedio per tutte le ipotesi di licenziamento illegittimo/nullo/inefficace è stato proprio uno dei “tabù” che la Riforma ha inteso infrangere⁹⁶.

In questo, ovvero nella discesa dalla reintegra piena all'indennità ridotta, il presente lavoro intende seguire nell'esposizione lo schema del nuovo art. 18 l. 20 maggio 1970, n. 300: si inizierà dunque dal nuovo comma 1, rispetto al quale l'approfondimento cercherà di essere particolarmente serrato, data l'importanza dei nuovi spazi (e, soprattutto, confini) del licenziamento nullo al fine di comprendere l'effettività del distacco con il regime rimediale del passato.

Si proseguirà poi con le “nuove” forme più lievi di sanzione, con particolare attenzione alla linea di confine – dai contorni piuttosto grigi – tra reintegra attenuata ed indennità forte, senza dimenticare la funzione, tutt'altro che residuale, della indennitaria debole, destinata a trovare applicazione nei casi di vizi formali o procedurali del recesso, talvolta non senza possibili conseguenze sul merito del provvedimento.

Le riflessioni conclusive saranno dedicate alla verifica della congruità, rispetto ai menzionati “*desiderata*”, di una disposizione la cui formulazione ed *intentio* originaria – è stato autorevolmente sostenuto – si è progressivamente, per effetto di un necessario compromesso, ridotta sino ad essere incorporata in un testo finale dotato di una – propria – *ratio*, dai contorni almeno in parte eterogenei rispetto agli intendimenti iniziali⁹⁷.

⁹³ C. COLOSIMO, *Prime riflessioni sul sindacato giurisdizionale nel nuovo sistema di tutele in caso di licenziamento illegittimo*, in *DRI*, 2012, 4, 1024-1025.

⁹⁴ In precedenza, infatti, le conseguenze del giudizio relativo ad un licenziamento rientrante nell'alveo dell'art. 18 l. 20 maggio 1970, n. 300 erano individuabili nell'alternativa “secca” reintegra e risarcimento integrale del danno/rigetto di ogni pretesa: in sostanza, “o tutto o niente”.

⁹⁵ Più correttamente, di scegliere, all'interno del nuovo regime sanzionatorio, il rimedio applicabile a seconda del vizio di licenziamento riscontrato.

⁹⁶ Sull'obiettivo della Riforma di individuare nella sanzione indennitaria “la regola” e in quella ripristinatoria “l'eccezione”, G. SANTORO-PASSARELLI, *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo e l'ambito della tutela risarcitoria*, in *ADL*, 2013, 2, 232; A. AVONDOLA, *Meccanismi di moderazione del danno nel nuovo art. 18 dello Statuto dei lavoratori: l'ospite sgradito*, in *WP C.S.D.L.E. “Massimo D'Antona”*.IT, 2013, 180, 4-6; R. GALARDI, *Il licenziamento disciplinare*, in M. CINELLI, G. FERRARO, O. MAZZOTTA (a cura di), *Il Nuovo Mercato del Lavoro dalla Riforma Fornero alla legge di stabilità 2013*, Giappichelli, Torino, 2013, 280; G. CANNATI, *Profili d'incostituzionalità della riforma sui licenziamenti*, in *RIDL*, 2013, I, 200; V. SPEZIALE, *op.ult.cit.*, 530; L. ZOPPOLI, *op.ult.cit.*, 130; A. VALLEBONA, *L'ingiustificatezza qualificata del licenziamento: fattispecie e oneri probatori*, in *DRI*, 2012, 3, 621; M. DE LUCA, *La disciplina dei licenziamenti fra tradizione e innovazione: per una lettura conforme a costituzione*, in *WP C.S.D.L.E. “Massimo D'Antona”*.IT, 2013, 175, 5, secondo cui tale storico passaggio costituirebbe un “brusco cammino a ritroso” nella tutela nei confronti dei licenziamenti illegittimi, che si era sinora evoluta nel tempo in senso favorevole al lavoratore; similmente, V. PAOLILLO, *La riforma del mercato del lavoro. Problematiche e criticità della nuova normativa sui licenziamenti*, in *RGL*, 2013, 2, 451; C. CESTER, *Il progetto di riforma della disciplina dei licenziamenti: prime osservazioni*, in *ADL*, 2012, 3, 573; G. PACCHIANA PARRAVICINI, *op.ult.cit.*, 749, la quale richiama puntualmente anche alcuni passaggi in tema nei lavori preparatori alla Riforma. Sul rapporto tra l'aumento della c.d. “flessibilità in uscita”, mediante il passaggio della sanzione prevalente da quella ripristinatoria a quella indennitaria, e la riduzione della c.d. “flessibilità in entrata”, con la – dichiarata – spinta verso forme di rapporto di carattere meno “precario”, P. TOSI, *L'improbabile equilibrio tra rigidità “in entrata” e flessibilità “in uscita” nella legge n. 92/2012 di riforma del mercato del lavoro*, in *ADL*, 2012, 4-5, 813 ss.; M.V. BALLESTRERO, *Declinazioni di flexicurity. La riforma italiana e la deriva spagnola*, in *LD*, 2012, 3-4, 441 ss.

⁹⁷ Per la valorizzazione della distinzione tra la “*intentio soggettiva*”, consegnata ai lavori preparatori e da collocarsi nel solco della recente tendenza legislativa verso una maggiore flessibilità e verso la limitazione della discrezionalità giudiziale, e la “*ratio oggettiva*”,

2. La “vecchia” reintegra ed il “nuovo” rimedio reintegratorio “forte”, tra licenziamento discriminatorio, per motivo illecito, o “riconducibile ad altri casi di nullità”.

A dispetto di quanto solennemente dichiarato dal Presidente Monti al termine dell’*iter* di approvazione della c.d. “Legge Fornero”⁹⁸, nulla è cambiato⁹⁹, ad eccezione di qualche leggera modifica¹⁰⁰, nel regime sanzionatorio previsto per i casi di licenziamento discriminatorio, del resto già in precedenza “fatti salvi” dall’ampio potere derogatorio riconosciuto dall’art. 8 d.l. 13 agosto 2011, n. 138¹⁰¹ e, dunque, non a caso oggi rimasti l’“ultimo baluardo” della “vecchia” tutela reale ex art. 18 l. 20 maggio 1970, n. 300¹⁰².

Non per questo, però, il nuovo regime di tutela reintegratoria forte non merita di essere analizzato attentamente.

Innanzitutto, va premesso che, sino alla Riforma, il tema del licenziamento discriminatorio è stato di relativa attualità, tanto nella riflessione teorica, quanto nell’esperienza pratica, dal momento che, nella disciplina previgente, la stessa forma di tutela (reale) veniva garantita al lavoratore nei casi di licenziamento discriminatorio e ingiustificato, sicché egli non aveva alcun interesse a

incorporata in un testo normativo frutto di una “gestazione tormentata” e dalla “redazione compromissoria”, F. CARINCI, *Ripensando il “nuovo” art. 18 dello Statuto dei lavoratori*, in *DRI*, 2013, 2, 292-294. Circa i significativi effetti del necessario compromesso, intervenuto “in corso d’opera”, sugli obiettivi iniziali della riforma dell’art. 18 l. 20 maggio 1970, n. 300, M. DE LUCA, *Riforma della tutela reale contro i licenziamenti al tempo delle larghe intese: riflessioni su un compromesso necessario*, in *RIDL*, 2013, 1, 3-5.

⁹⁸ V. il discorso del 4 aprile 2012 dell’allora Presidente del Consiglio Monti, in occasione della conferenza stampa di presentazione del d.d.l. n. 3249/2012, citato da V. SPEZIALE, *La riforma del licenziamento individuale etc.*, cit., 522, nt. 2.

⁹⁹ Di un “rafforzamento della tutela contro i più odiosi tra i licenziamenti”, quelli “discriminatori”, specie ove si consolidi una lettura “oggettiva” della discriminazione (su cui v. *infra*), parla invece R. ZUCARO, *Licenziamento discriminatorio. Riflessioni alla luce della Riforma Fornero*, in R. ZUCARO e M. FERRARESI (a cura di), *I licenziamenti a un anno dalla Riforma Fornero*, in *Boll. Spec. ADAPT*, 2013, 21, 1.

¹⁰⁰ Si tratta, in particolare, della precisazione circa la detraibilità dal risarcimento del solo *aliunde perceptum* (ad esclusione, quindi, del *percipiendum*), dell’indicazione della “ultima retribuzione globale di fatto” come parametro ai fini della quantificazione del risarcimento, dell’introduzione della regola per cui l’indennità sostitutiva della reintegrazione estingue il rapporto al momento della richiesta e non del pagamento (come sostenuto in precedenza dalla prevalente giurisprudenza), e della decorrenza dei trenta giorni per l’esercizio dell’opzione da parte del lavoratore a partire dal momento della comunicazione del deposito della sentenza o dall’invito del datore se anteriore. Sul punto, M. MARAZZA, *op.ult.cit.*, 615-619; M. CORRIAS, *Il licenziamento discriminatorio dopo la l. n. 92 del 2012: fattispecie e tutela*, in corso di pubblicazione in *ADL*, 2013; C. CESTER, *La metamorfosi etc.*, cit., 34.

¹⁰¹ L’art. 8, comma 2 lett. e) d.l. 13 agosto 2011, n. 138 (convertito in l. 14 settembre 2011, n. 148) ha infatti consentito alle Parti Sociali di apportare deroghe, mediante “specifiche intese” pattuite a livello decentrato (“di prossimità”), alle regole sulle conseguenze nei casi di licenziamento illegittimo, “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 ed il licenziamento in caso di adozione o affidamento”. Con riferimento alle figure di licenziamento appena menzionate, si esprime in termini di “argine ultimo alla contrattazione collettiva di prossimità”, L. CALAFÀ, *Sul licenziamento discriminatorio*, in F. AMATO e R. SANLORENZO (a cura di), *La legge n.92 del 2012 (Riforma Fornero): un’analisi ragionata*, in *www.magistraturademocratica.it*, 115. *Quid iuris*, ci si chiede tuttavia, per i casi di “licenziamento determinato da motivo illecito determinante ai sensi dell’art. 1345 c.c.”, oggi espressamente “puniti” con la medesima sanzione reintegratoria piena prevista per i casi di licenziamento discriminatorio dall’art. 18, comma 1 l. 20 maggio 1970, n. 300, eppur non espressamente menzionati nel “regime di esenzione” dall’art. 8 d.l. 13 agosto 2011, n. 138? A tal proposito, sottolinea opportunamente la sola parziale coincidenza nell’elenco dei “tipi” di licenziamento previsti nelle due disposizioni da ultimo citate, E. PASQUALETTO, *I licenziamenti nulli*, in C. CESTER (a cura di), *I licenziamenti dopo la legge n. 92 del 2012*, Cedam, Padova, 2013, 85.

¹⁰² Va ricordato che durante le fasi iniziali di gestazione della Riforma, il licenziamento discriminatorio sarebbe stato l’unico spazio residuo per la tutela reintegratoria [F. CARINCI, M. MISCHIONE, *La “Riforma Fornero” (L. N. 92/2012)*, in *ADL*, 2012, 4-5, 808], in ciò dovendosi quindi individuare l’*intentio* originaria del Legislatore, rimasta tuttavia – almeno in parte – “estranea” al testo definitivo ed alla relativa *ratio* (F. CARINCI, *Ripensando il “nuovo” art. 18 dello Statuto dei lavoratori*, cit., 292).

“scomodare” la discriminazione e, soprattutto, il relativo regime (*rectius*, onere) probatorio, al fine di ottenere un rimedio analogo ai casi di “semplice”¹⁰³ carenza di giustificazione del recesso¹⁰⁴.

Oggi, invece, si è sin da subito intuito, il nuovo sistema – modulato – di rimedi impone una nuova riflessione sugli spazi e confini del licenziamento discriminatorio, tanto nell’elaborazione teorica quanto nell’esperienza pratica¹⁰⁵, il che parrebbe peraltro confermato dal fatto che l’ampia maggioranza delle decisioni nel proseguo analizzate si sia confrontata con una domanda del lavoratore, in alcuni casi quasi “di rito”, volta ad ottenere la “tutela reintegratoria forte”, sulla base di una dedotta natura discriminatoria del licenziamento¹⁰⁶.

2.1 I confini del “nuovo” licenziamento discriminatorio.

Volendo allora tracciare i confini del “nuovo” licenziamento discriminatorio, una significativa novità della Riforma è stata l’inclusione del licenziamento “*determinato da motivo illecito determinante ai sensi dell’art. 1345 del codice civile*” tra le ipotesi di licenziamento “nullo” per cui si applica la “tutela reintegratoria piena” ex art. 18, comma 1 l. 20 maggio 1970, n. 300.

In questo senso, però, la Riforma si è limitata ad operare la “*codificazione*” della tendenza espansiva, già da tempo in atto, della tutela reale statutaria verso l’ipotesi di recesso determinato da motivo illecito¹⁰⁷: la giurisprudenza, infatti, già in precedenza tendeva a riconoscere l’applicabilità dell’art. 18 l. 20 maggio 1970, n. 300 in ipotesi di licenziamento c.d. “ritorsivo” o “per rappresaglia”¹⁰⁸, per via interpretativa ricondotto ad un’accezione di licenziamento discriminatorio “*in senso lato*”, e ciò, forse, più per – condivisibili – ragioni di carattere pratico, legate all’esigenza di evitare l’applicazione del rimedio della c.d. “*nullità di diritto comune*” in tali casi, che sulla scorta di approfondite teorizzazioni sul rapporto tra discriminazione e motivo illecito¹⁰⁹.

¹⁰³ Soprattutto dal punto di vista probatorio: cfr. art. 5 l. 15 luglio 1966, n. 604.

¹⁰⁴ Naturalmente, ove il licenziamento rientrasse, sulla base della dimensione occupazionale dell’impresa, nel campo di applicazione della tutela reale e non della tutela obbligatoria.

¹⁰⁵ M. FEZZI, *I licenziamenti discriminatori*, in M. FEZZI, F. SCARPELLI (a cura di), *Guida alla Riforma Fornero, I Quaderni di Wikilabour*, Milano, 2012, 103.

¹⁰⁶ Avevano previsto, tra gli effetti della nuova modulazione delle sanzioni operata dalla riforma, una “*corsa*” alla discriminazione del licenziamento in sede processuale, in quanto unica “*porta di accesso*” alla “tutela reintegratoria piena”: T. TREU, *op.cit.*, 42; P. CHIECO, *Il licenziamento nullo*, in ID. (a cura di), *Flessibilità e tutele nel lavoro. Commentario della legge 28 giugno 2012 n. 92*, Cacucci, Bari, 2013, 284; P. TOSI, *op.cit.*, 836.

¹⁰⁷ E. PASQUALETTO, *I licenziamenti nulli*, cit., 83.

¹⁰⁸ Rientrano in tale categoria, secondo una massima consolidata, i recessi intimati unicamente per rappresaglia o ritorsione a fronte di un comportamento lecito del lavoratore, eppure sgradito al datore di lavoro: così, da ultimo, Cass. 3.8.2011, n. 16925, in *RIDL*, 2012, II, 362, con ampia nota di C. PEDERZOLI, *Licenziamento pretestuoso e motivo illecito. Un’incerta linea di confine*, alla quale ultima si rimanda per gli opportuni riferimenti dottrinali e giurisprudenziali.

¹⁰⁹ Si veda, da ultimo, Cass. 8.8.2011, n. 17087, in *RGL*, 2012, 2, 326, con nota di G. CANNATI, ove, in ipotesi di licenziamento della figlia di un lavoratore quale “*immediata e ingiustificata vendetta*” a seguito del licenziamento disciplinare del padre, è stata ravvisata la presenza di un “*motivo illecito unico e determinante*”, ricondotto “*per analogia di struttura*” ad un’accezione ampia di discriminazione; Cass. 3.8.2011, n. 16925, cit., che ha ritenuto un licenziamento intimato a fronte della richiesta del pagamento dello straordinario da parte del lavoratore viziato, sia in quanto determinato da motivo illecito, sia perché discriminatorio, secondo una lettura estensiva dei divieti previsti dall’art. 4 l. 15 luglio 1966, n. 604 e dall’art. 15 l. 20 maggio 1970, n. 300; Cass. 18.3.2011, n. 6282, in *Foro it., Rep.* 2011, voce *Lavoro (Rapporto)*, n. 1240, che, in un caso di recesso espressamente motivato con la sussistenza di una lite pendente tra le parti (nonché per alcune critiche formulate dal lavoratore a mezzo stampa) ha ricondotto il recesso unicamente determinato da un intento ritorsivo nell’alveo dell’art. 15 l. 20 maggio 1970, n. 300, pur riconoscendo che si trattasse di una fattispecie “*non direttamente*

La Riforma non ha solo esteso – *expressis verbis* – la sanzione prevista per il licenziamento discriminatorio ai casi di licenziamento per motivo illecito, ma ha altresì ricompreso sotto l'“ombrello” della “tutela reintegratoria forte” gli altri casi di nullità del recesso elencati nel nuovo art. 18, comma 1 l. 20 maggio 1970, n. 300, ovvero i licenziamenti intimati in concomitanza con il matrimonio” o “in violazione dei divieti di licenziamento” previsti dalle disposizioni “a tutela della maternità o della paternità”, in precedenza soggetti al regime rimediabile della “nullità di diritto comune”¹¹⁰, nonché i recessi rientranti nella categoria “aperta” – se non sfuggente – degli “altri casi di nullità previsti dalla legge”¹¹¹ e quelli disposti oralmente.

Analoghi rimedi, però, non implicano necessariamente analoghi presupposti sostanziali.

Stando invece alle prime ordinanze emesse in tema, pare porsi il problema della distinzione tra licenziamento discriminatorio e gli altri “tipi” di licenziamento oggi elencati nell'art. 18, comma 1 l. 20 maggio 1970, n. 300: non tanto con i recessi intimati in concomitanza col matrimonio o in violazione delle disposizioni a sostegno della maternità e della paternità, legate secondo una suggestiva lettura ad una comune matrice antidiscriminatoria¹¹², quanto con riferimento ai licenziamenti “riconciliabili ad altri casi di nullità previsti dalla legge” e a quelli “determinati da motivo illecito determinante”.

Un significativo esempio consiste nella pronuncia Trib. Bologna 19.11.2012¹¹³, ove si discuteva di un licenziamento disposto per asserito giustificato motivo oggettivo, a seguito del rifiuto di una lavoratrice, impiegata quale commessa presso un punto vendita destinato alla chiusura, di essere trasferita, in alternativa al recesso, ad altro negozio, ma unicamente “sotto condizione”

corrispondente”; *contra*, Pret. Frosinone 6.5.1999, in *RCDL*, 1999, 3, 685, secondo cui al licenziamento nullo perché dettato da motivo illecito ex 1345 cod.civ. (nel caso di specie, legato a rivendicazioni retributive) non sarebbe stato applicabile la tutela per il licenziamento discriminatorio ex art. 3 l. 11 maggio 1990, n. 108, bensì le regole generali in materia di invalidità del licenziamento (tutela reale o obbligatoria, a seconda della dimensione occupazionale del datore di lavoro).

¹¹⁰ L'inclusione di tali ipotesi di licenziamento nel nuovo art. 18, comma 1 l. 20 maggio 1970, n. 300, ad avviso di P. CHIECO, *op.cit.*, 278, avrebbe di fatto comportato un ulteriore ridimensionamento, se non proprio “*la fine*”, della “*tutela di diritto comune*”. In precedenza, invece, Cass. 10.7.2009, n. 16305, in *FI*, 2010, I, 103, secondo cui il licenziamento nullo in quanto intimato in concomitanza con il matrimonio non risultava assoggettabile alla tutela ex art. 18 l. 20 maggio 1970, n. 300; similmente, Cass. 18.9.2004, n. 18537, in *DPL*, 2004, 44, 2855, con nota di A. QUARTO, *Licenziamento della lavoratrice madre: qualificazione e conseguenze*, con riguardo ad un licenziamento in violazione della normativa a sostegno della maternità.

¹¹¹ Grazie agli sforzi della dottrina, sono state individuate quali ipotesi di nullità “altre” del recesso: il licenziamento intimato in spregio delle disposizioni in materia di sciopero nei servizi pubblici essenziali e, in particolare, dell'art. 4 l. 12 giugno 1990, n. 146, che vieta la comminazione di sanzioni espulsive in caso di violazione delle procedure ivi previste da parte dei lavoratori; il licenziamento intimato in concomitanza con un trasferimento d'azienda o di ramo d'azienda ex art. 2112 cod.civ.; il recesso intimato a fronte della domanda del lavoratore di fruizione di un congedo per gravi motivi familiari o per formazione ex art. 18 l. 8 marzo 2000, n. 53: per una efficace sintesi, S. LIEBMAN, *Il recesso individuale dal rapporto di lavoro*, in corso di pubblicazione in M. PERSIANI, S. LIEBMAN et ALII, *Fondamenti di diritto del lavoro*, Cedam, Padova, 2013. A quelli appena menzionati si aggiunga il caso, oggetto della pronuncia Trib. Torino ord. 29.3.2013, est. Buzano – R.G. 11605/2012, in *Boll. Spec. ADAPT*, 2013, 21, riguardante il licenziamento *ad nutum* di un lavoratore che, una volta raggiunto l'età pensionabile, aveva scelto di proseguire l'attività lavorativa, come consentito dall'art. 24, comma 4 d.l. 6 dicembre 2011, n. 201 (convertito in l. 22 dicembre 2011, n. 214), che esclude che estende gli effetti dell'art. 18 l. 20 maggio 1970, n. 300, “*fino al proseguimento del limite massimo di flessibilità*” (fissato al compimento dei 70 anni del lavoratore), con la conseguenza che tale licenziamento *ad nutum* è stato ritenuto “*nullo per violazione di norme imperative*”.

¹¹² L. CALAFÀ, *op.cit.*, 122.

¹¹³ Trib. Bologna ord. 19.11.2012, est. Coco, in *ADL*, 2013, 1, 145; in *RIDL*, 2013, II, 271, con note di P. ICHINO, *Quando il giudice confonde il difetto di giustificato motivo con il motivo illecito*, e F. SCARPELLI, *Giustificato motivo di recesso e divieto di licenziamento per rifiuto della trasformazione del rapporto a tempo pieno*; in *MGL*, 2013, 1/2, 36, con nota di A. VALLEBONA, *Reintegrazione per motivo illecito inventato: l'imprenditore onesto è un estorsore*.

dell'uniformazione del suo orario di lavoro – nel tempo e nella collocazione, con passaggio da part-time a full-time – a quello degli altri dipendenti ivi impiegati.

Ciò che più rileva nella decisione in questione, che pure coinvolge delicati aspetti legati al ruolo del *repêchage* specie a seguito della Riforma¹¹⁴, è il fatto che il Giudice abbia ritenuto il licenziamento in questione nullo¹¹⁵, in quanto, allo stesso tempo: i) disposto “*per motivo illecito ex art. 1345 c.c.*”, ii) avente “*carattere esclusivamente ritorsivo..e come tale discriminatorio*”; iii) “*riconducibile ad altri casi di nullità previsti dalla legge*”, con riferimento all’art. 5 d.lgs. 25 febbraio 2000, n. 61. In particolare, ad avviso del Giudice, tale disposizione, che stabilisce che il rifiuto del passaggio dall’orario full-time al part-time (e viceversa) non possa costituire un giustificato motivo di licenziamento¹¹⁶, sarebbe stata violata dall’impresa nel momento in cui quest’ultima ha operato una coazione sulla lavoratrice per ottenere la sua accettazione di condizioni di lavoro diverse¹¹⁷, quale unica condizione per evitare il recesso.

Il caso presenta alcune affinità con quello deciso da Trib. Milano 11.2.2013¹¹⁸, che, pur relativa ad un recesso intimato nel vigore della previgente disciplina e dunque non soggetto al regime sanzionatorio, riguardava una Dirigente che, dopo aver comunicato di essere affetta da una patologia grave e permanente, era stata licenziata successivamente al – ad avviso del Giudice, a causa del – rifiuto¹¹⁹ da lei opposto di una ricollocazione, a parità di condizioni economiche, a diversa mansione, dalla stessa ritenuta dequalificante.

Nell’ordinanza in esame viene tracciata una chiara linea di confine tra discriminatorietà e “semplice” carenza di giustificazione del licenziamento. In particolare, la seconda sarebbe frutto di un “*un mero arbitrio*”, mentre la prima sarebbe caratterizzata dal “*quid pluris*” dell’essere il recesso determinato da un “*motivo odioso*”, ravvisabile, “*in assenza di un’obiettiva ragione del licenziamento*”, nella “*volontà di escludere dalla compagine sociale un soggetto per il solo fatto di una*

¹¹⁴ A tal proposito, v. *infra*, nel paragrafo dedicato al nuovo regime sanzionatorio per il licenziamento viziato per carenza del dedotto giustificato motivo oggettivo.

¹¹⁵ Dalla dichiarazione di nullità del recesso per i – “vari” – vizi sopra elencati, è derivata la condanna, ex art. 18, comma 1 l. 20 maggio 1970, n. 300, della società alla reintegrazione della lavoratrice presso la stessa sede di destinazione proposta, ma con applicazione del precedente orario di lavoro, oltre naturalmente al risarcimento del danno.

¹¹⁶ In tema, si leggano i rilievi critici di S. BRUN, *Le prime applicazioni del “nuovo” art. 18 Stat. Lav. al licenziamento economico*, in ADL, 2013, 1, 160-161, che, richiamando condivisibilmente l’approfondita ricostruzione di M. BROLLO, *Tutela del lavoro a tempo parziale (in caso di trasformazione del rapporto di lavoro). Commento sub art. 5, commi 1, 2, 3, del d.lgs. 25 febbraio 2000, n. 61*, in EAD. (a cura di), *Il lavoro a tempo parziale*, Milano, 2001, 130, ha censurato il riferimento da parte del Giudice all’art. 5 d.lgs. 25 febbraio 2000, n. 61, che impedisce che il licenziamento sia fondato solo sul rifiuto in sé e per sé della modifica di orario, ma che non preclude al datore di lavoro l’intimazione del recesso (né, si aggiunge, connota quest’ultimo di discriminatorietà), qualora il rifiuto della proposta entri in contrasto con le ragioni di carattere organizzativo di cui all’art. 3, 2 comma l. 15 luglio 1966, n. 604; similmente, P. SORDI, *op.cit.*, 264, nt. 21.

¹¹⁷ Più precisamente, “*deteriori*”, ad avviso del Giudice bolognese.

¹¹⁸ Trib. Milano ord. 11.2.2013, est. Colosimo – R.G. 14453/2012, in *Boll. Spec. ADAPT*, 2013, 21.

¹¹⁹ Più precisamente, la lavoratrice avrebbe dichiarato di “*non avere alternative se non quella di conformarmi a tale direttiva, e, al contempo, adottare le più opportune iniziative per difendere i miei diritti e interessi*”, il che, ad avviso del Giudice, non costituirebbe un rifiuto, ma “*l’esercizio di un diritto espressamente riconosciuto dall’ordinamento*”.

sua caratteristica personale che lo contraddistingue”, ove quest’ultima rientri nelle categorie – tassativamente – individuate dalla Legge¹²⁰.

Ciò premesso, il Giudice aderisce ad una lettura ampia del concetto di “handicap”, categoria protetta dalla normativa antidiscriminatoria europea, riconducendo ad esso anche la malattia di lungo corso avente “l’attitudine ad incidere negativamente sulla vita professionale del lavoratore”¹²¹.

Nella decisione in esame, il riferimento, nella lettera di recesso, alla condizione di malattia ed il breve lasso temporale tra l’insorgenza della stessa e l’intimazione del licenziamento sono stati ritenuti elementi sufficienti per connotare “per tabulas” di discriminatorietà ed illiceità il provvedimento, anche se, con ogni probabilità, nel convincimento del Giudice hanno avuto un certo peso ulteriori elementi, relativi al contesto in cui è intervenuto il recesso, *in primis* alcune – inconferenti – censure mosse in giudizio dalla società circa presunti inadempimenti della lavoratrice.

Due paiono gli aspetti meritevoli di attenzione delle sentenze in esame.

Il primo, di carattere sostanziale e, dunque, valevole tanto *ante* quanto *post*-Riforma, riguarda l’individuazione della ragione del licenziamento in tali ipotesi, posto che, è quasi pleonastico dirlo, il motivo discriminatorio o ritorsivo non è mai dichiarato dal datore di lavoro¹²², ma viene individuato dal Giudice “sullo sfondo” delle ragioni dichiarate, di carattere soggettivo o oggettivo.

Pur non essendo questa la sede per approfondire tale complessa problematica, ci si potrebbe chiedere se la ragione del licenziamento, nei casi di specie, vada individuata nel rifiuto della modifica di orario e nella condizione di malattia, o, piuttosto, nell’esigenza aziendale di natura oggettiva di far fronte all’impossibilità di una prestazione¹²³, derivante dalla chiusura del negozio¹²⁴ nel primo caso, e dall’insorgenza della malattia, nel secondo caso, “fatti” alla base (ovvero “anteriori”) ad un tentativo di ricollocazione¹²⁵ precluso dal rifiuto – più o meno espresso¹²⁶ – da parte dei lavoratori coinvolti.

Le ordinanze sopra richiamate meritano particolare approfondimento in questa sede per il secondo aspetto sopra richiamato, attinente al “vizio del licenziamento”, come detto decisivo, nel

¹²⁰ In questo senso, il “quid pluris” rispetto all’assenza di giustificazione del licenziamento richiederebbe, secondo il Giudice, “la prova che la scelta del lavoratore da licenziare sia stata dettata da un’ingiustificata disparità di trattamento che trova la propria ragione d’essere in una delle fattispecie discriminatorie contemplate dalla legge”.

¹²¹ Il Giudice opera qui un richiamo alla giurisprudenza della Corte di Giustizia, ed in particolare a quanto statuito nella nota decisione C.d.G. 11.7.2006, “Navas”, C-13/05, in *FI*, 2006, IV, 641; in *RIDL*, 2007, II, 750, con nota di G. GIAPPICHELLI.

¹²² P. ALBI, *Il licenziamento individuale per giustificato motivo oggettivo*, in M. CINELLI, G. FERRARO, O. MAZZOTTA (a cura di), *Il Nuovo Mercato del Lavoro dalla Riforma Fornero alla legge di stabilità 2013*, Giappichelli, Torino, 2013, 272.

¹²³ P. ICHINO, *op.ult.cit.*, 274.

¹²⁴ Del resto, come osserva F. SCARPELLI, *op.cit.*, 280, la chiusura del negozio non può essere considerata “di per sé e da sola” un (o il) fatto integrante il giustificato motivo oggettivo, integrando essa stessa “un processo che si sviluppa in un arco temporale e con variabili connessioni organizzative”.

¹²⁵ Spaziale e temporale nella prima (altro negozio ed altro orario), professionale nella seconda (diverse mansioni): ancora, sul problema del ripescaggio nel nuovo sistema sanzionatorio si rimanda alle riflessioni svolte *infra*.

¹²⁶ Come detto, nel caso posto all’attenzione del Giudice milanese, la lavoratrice non avrebbe rifiutato espressamente il cambio di mansioni, riservandosi però di impugnare giudizialmente tale modifica per la presunta natura dequalificante.

quadro sanzionatorio post-Riforma, per la scelta del rimedio applicabile: a prescindere dalla problematica relativa all'individuazione ed alla valutazione nel merito della ragione del recesso, le ordinanze in parola – specie la prima – sembrano costruire una generale (macro)categoria dell'illiceità/discriminatorietà del licenziamento, assorbente i motivi illeciti e discriminatori e, soprattutto, caratterizzata da una decisa traslazione verso le aree di "semplice" carenza di giustificazione, forse non a caso sanzionata con rimedi comunque più "blandi" nel nuovo sistema "modulato"¹²⁷.

Ci si potrebbe allora domandare, quasi provocatoriamente, se alla medesima soluzione si sarebbe giunti anche nel tempo pre-Riforma, o se, all'opposto, la più volte citata nuova "modulazione" delle tutele, che avrebbe dovuto rimanere "neutra" tanto rispetto alle causali quanto alle conseguenze del licenziamento discriminatorio, non abbia di fatto prodotto per via giudiziale l'espansione dell'ambito di quest'ultimo (*rectius*, della tutela offerta nei confronti di quest'ultimo) verso la carenza di giustificazione ed i relativi rimedi; in tal senso, le due pronunce ricordate parrebbero giungere, pur nella diversità dei presupposti teorici, ad effetti simili a quelli enucleati da una suggestiva ed articolata tesi dottrinale¹²⁸, favorevole all'estensione della discriminazione (e della relativa tutela) verso "l'area" della carenza di giustificazione.

Se, da un lato, quanto osservato parrebbe costituire una – prima¹²⁹ – prova di come risulti arduo intervenire solo sui rimedi avverso il licenziamento con l'idea di non generare alcun effetto sulle causali dello stesso, dall'altro lato, con particolare riferimento al licenziamento discriminatorio, il rischio concreto della costruzione di una categoria "onnicomprensiva" della discriminazione/illeicità del licenziamento sarebbe quello di generare un'indebita sovrapposizione tra la valutazione di liceità e quella di giustificatezza del recesso¹³⁰, da cui discenderebbero, con riferimento alla situazione post-Riforma, vari effetti "a cascata".

¹²⁷ Come già previsto da M. MARAZZA, *op.cit.*, 615-616, che aveva anticipato la probabile "*vis expansiva*" del "vecchio" rimedio reintegratorio, con la conseguente attrazione di aree di illegittimità verso la discriminazione ed il motivo illecito.

¹²⁸ Si fa qui riferimento alla nota tesi di Maria Teresa Carinci, ad avviso della quale, in estrema sintesi, se le ragioni discriminatorie non sono un elenco tassativo, ma individuano interessi della sfera del lavoratore che il datore di lavoro non può violare, pena l'illiceità della causa, allora il licenziamento non sarebbe discriminatorio o illecito solo qualora perseguisse l'unico interesse datoriale ammesso, ovvero quello di garantire la funzionalità dell'organizzazione: ove, quindi, nel caso di licenziamento disciplinare, mancasse un qualsiasi inadempimento, il recesso assumerebbe il carattere di atto discriminatorio o illecito per carenza della causa in concreto che dovrebbe invece sorreggere lo stesso (così M.T. CARINCI, *Il rapporto di lavoro al tempo della crisi: modelli europei e flexicurity "all'italiana" a confronto*, in *DLRI*, 2012, 4, 553-564; EAD., *Il licenziamento discriminatorio o etc.*, cit., 650-651). Tuttavia, non è neppure corretto "appiattare" tale approfondita tesi su di un perfetto sillogismo "difetto di giustificazione-discriminatorietà del provvedimento", dal momento che la stessa A. ha precisato come vi possano essere casi – ad esempio in ipotesi di licenziamento disciplinare intimato per un "fatto" qualificabile come inadempimento imputabile di carattere "*meno che notevole*" – in cui il recesso, pur invalido, non risulterebbe connotato da causa illecita: M.T. CARINCI, *Il licenziamento non sorretto da giusta causa e giustificato motivo soggettivo etc.*, cit., 1056). La tesi – solo sommariamente – descritta ha ricevuto numerosi rilievi critici in dottrina, basati, da un lato, sulla contrarietà di tale interpretazione con il nuovo regime sanzionatorio, caratterizzato da uno spazio residuale della reintegra [F. CARINCI, *Ripensando il "nuovo" etc.*, cit. 314; V. SPEZIALE, *op.ult.cit.*, 544-550; M.T. CROTTI, M. MARZANI, *La disciplina del licenziamento per motivi discriminatori o illeciti*, in M. MAGNANI, M. TIRABOSCHI (a cura di), *La nuova riforma del lavoro etc. cit.*, 223], dall'altro lato, sul piano dei presupposti teorici, in particolare rispetto al problema dell'individuazione della "causa" nell'atto di recesso datoriale (M. CORRIAS, *op.cit.*; L. NOGLER, *La nuova disciplina dei licenziamenti ingiustificati alla prova del diritto comparato*, in *DLRI*, 2012, 4, 679).

¹²⁹ V. *infra*.

¹³⁰ L. NOGLER, *op.ult.cit.*, 676.

Un primo “corollario” sarebbe la perdita di attualità della più volte citata “doppia fase” del giudizio, posto che dall’accertamento della discriminatorietà o illiceità del recesso discenderebbe, automaticamente ed a prescindere dalla soglia occupazionale, l’applicazione della tutela reintegratoria forte (senza bisogno di alcuno “sforzo” ulteriore da parte del Giudice nell’individuazione della sanzione).

Un secondo effetto, non meno rilevante sul piano pratico, sarebbe quello di alimentare quella “corsa alla discriminazione” che era stata sin da subito preannunciata dalla dottrina come possibile “antidoto” di parte al nuovo quadro sanzionatorio, la cui “modulazione” ha – come più volte ricordato – lasciato inalterato il regime di tutela nei confronti del licenziamento discriminatorio.

Allo stesso tempo, tuttavia, quasi specularmente, il rischio concreto sarebbe quello della “perdita di identità” del diritto antidiscriminatorio¹³¹, nato allo scopo di tutelare un soggetto, in un primo tempo, in quanto appartenente ad una “speciale” categoria e, in seguito, anche per aspetti legati alla sua identità soggettiva (si pensi alle “convinzioni personali”), contro comportamenti lesivi del datore di lavoro, ivi compreso il provvedimento espulsivo¹³².

Come è stato condivisibilmente rilevato, la protezione della diversità vieta disparità basate su alcuni specifici elementi o fattori, il cui numero ampio e crescente nel tempo non dovrebbe averne inficiato il carattere “finito”¹³³: altrimenti, non solo non avrebbe più senso la distinzione tra obbligo (*rectius*, singoli obblighi “ad hoc”) di parità di trattamento e divieto di discriminazione, ma si rischierebbe, quale effetto indesiderato, il riconoscimento di una minore tutela nei confronti dei lavoratori vittime di discriminazione “autentica”¹³⁴.

2.2. La perdurante attualità della distinzione tra il licenziamento discriminatorio e le altre ipotesi di nullità, oltre che di “semplice” carenza di giustificazione del recesso.

A chiarimento dei “nuovi” dubbi attorno ai confini del licenziamento discriminatorio, merita di essere allora segnalata la limpida, persuasiva lettura di Franco Carinci¹³⁵, ad avviso del quale andrebbe valorizzato il tradizionale collegamento, nelle disposizioni nazionali in materia di licenziamento discriminatorio (dall’art. 4 l. 15 luglio 1966, n. 604 all’art. 3 l. 11 maggio 1990, n. 108)¹³⁶,

¹³¹ Sui pericoli di un uso strumentale del diritto antidiscriminatorio, L. CALAFÀ, *Sul licenziamento discriminatorio etc.*, cit., 114 ss.

¹³² Cfr., con la consueta chiarezza, M. BARBERA, *Il licenziamento alla luce del diritto antidiscriminatorio*, in *RGL*, 2013, 1, 143-147, la quale osserva come ai divieti di discriminazione non debba essere attribuito il ruolo di “soldati di Salamina”, ovvero di difensori ultimi della stabilità reale, pena la perdita della funzione propria del diritto antidiscriminatorio, avente lo scopo di offrire una protezione contro disuguaglianze di carattere sistematico o strutturale incidenti sull’identità soggettiva della persona, ben oltre i casi di “*mero arbitrio*” datoriale.

¹³³ P. CHIECO, *op.ult.cit.*, 281; similmente, A. VALLEBONA, *La Riforma del Lavoro 2012*, Giappichelli, Torino, 2012, 51; E. PASQUALETTO, *op.cit.*, 91; P. SORDI, *op.cit.*, 254.

¹³⁴ G. DE SIMONE, *Tra il dire e il fare. Obiettivi e tecniche delle politiche per il lavoro femminile nella riforma Fornero*, in *LD*, 2012, 606, secondo la quale “*se ogni licenziamento illegittimo fosse discriminatorio, nessun licenziamento sarebbe mai qualificato come tale*”.

¹³⁵ F. CARINCI, *Ripensando il “nuovo” etc.*, cit., 313-322.

¹³⁶ L’A. citato propende per l’alternatività delle tutele offerte dall’art. 18 e dalla legislazione antidiscriminatoria di derivazione europea, nel cui ambito rileverebbe anche, se non soprattutto, “*l’effetto prodotto in modo diretto ed indiretto in termini di trattamento dispari rispetto ad un dato gruppo di riferimento*”: così, F. CARINCI, *op.ult.cit.*, 318. Del resto, la particolarità del procedimento e delle regole probatorie proprie della nuova fase della legislazione antidiscriminatoria di derivazione europea, possono rilevarsi in alcuni casi (si pensi alla prova c.d. “comparativa” ed ai correlati strumenti di carattere statistico) inutili, se non impropri, nel giudizio circa un licenziamento individuale discriminatorio: del resto, il semplice fatto di aver licenziato l’unico lavoratore di colore, o di religione indù,

tra la determinazione¹³⁷ o volontà del datore di lavoro di espellere un certo lavoratore e la sua caratteristica soggettiva “speciale” o tipica¹³⁸.

La descritta “prevalenza dell'elemento intenzionale/soggettivo su quello teleologico oggettivo”¹³⁹, da un lato, consentirebbe di evitare il rischio di tutelare *ipso facto* con la sanzione massima ogni licenziamento di persona *incidenter tantum* rientrante nella categoria protetta¹⁴⁰; dall'altro lato, non risulterebbe sprovvisto di tutela il lavoratore che, ove licenziato – unicamente¹⁴¹ – per una sua caratteristica personale, non rientrante nel novero di quelle “tipiche” (ossia discriminatorie), ma del pari illecita e caratterizzata dall'*animus nocendi* (come nei casi di licenziamento c.d. ritorsivo o di rappresaglia¹⁴²), potrebbe vedersi applicato il rimedio oggi espressamente previsto per le ipotesi di nullità per “*motivo illecito determinante*” dall'art. 18, comma 1 l. 20 maggio 1970, n. 300, così come nei casi di licenziamento discriminatorio, evidentemente sulla base dell'alternatività tra i loro presupposti e senza – più – bisogno di una “*vis expansiva*” del primo verso il – rimedio del – secondo¹⁴³.

Infatti, la sottoposizione al medesimo rimedio non consente di per sé di assimilare il licenziamento discriminatorio a quello ritorsivo¹⁴⁴; altrimenti, si osserva, anche il licenziamento orale, parimenti sanzionato ai sensi dell'art. 18, comma 1 l. 20 maggio 1970, n. 300, dovrebbe pure

ovvero omosessuale, tra i venti dipendenti in forza ad un'impresa non dimostra in sé che il licenziamento sia stato “*determinato da*” la caratteristica soggettiva, in assenza di altri elementi, anche di natura indiziaria. Sulla diversità del regime probatorio in materia di licenziamento discriminatorio in ambito nazionale e nel diritto antidiscriminatorio europeo, v. anche E. TARQUINI, *I licenziamenti discriminatori*, in M. CINELLI, G. FERRARO, O. MAZZOTTA (a cura di), *Il Nuovo Mercato del Lavoro etc.*, cit., 258.

¹³⁷ È nullo, in base all'art. 4 l. 15 luglio 1966, n. 604, il licenziamento “*determinato da ragioni...*”, così come è nullo, ai sensi dell'art. 15 l. 20 maggio 1970, n. 300, “*qualsiasi atto o patto diretto a...licenziare un lavoratore...a causa di...*”, con applicazione della stessa sanzione, ai sensi del comma 2 del medesimo articolo, ai “*patti o atti diretti ai fini di discriminazione politica, religiosa, razziale, di lingua o di sesso*”. Anche l'art. 3 l. 11 maggio 1990, n. 108, nel disciplinare gli effetti della dichiarazione di nullità del licenziamento discriminatorio, designa come tale quello “*determinato da ragioni discriminatorie*” ai sensi delle due disposizioni sopra citate.

¹³⁸ Sul licenziamento discriminatorio come “*istituto combinato*”, frutto dell'intersezione tra divieti di discriminazione e recesso del datore di lavoro, L. CALAFÀ, *op.ult.cit.*, 117.

¹³⁹ F. CARINCI, *op.ult.cit.*, 317, trattandosi di atti “*determinati da*” e non “*diretti a*”; nello stesso senso, A. PALLADINI, *La nuova disciplina in tema di licenziamenti*, in RIDL, 2012, I, 662; L. ZOPPOLI, *op.cit.*, 140; P. SORDI, *op.cit.*, 255; A.L. TERZI, *La disciplina dei licenziamenti disciplinari*, in F. AMATO e R. SANLORENZO (a cura di), *La legge n.92 del 2012 (Riforma Fornero): un'analisi ragionata*, cit., 107.

¹⁴⁰ Diversamente, si potrebbe verificare quell'effetto che a volte si sente evocare con riferimento a quei sistemi, come quello statunitense, ove il diritto antidiscriminatorio ha in parte sopperito alla tradizionale “*employment at-will doctrine*” (in sostanza, all'assenza di una previsione a livello federale circa la necessaria giustificazione del licenziamento), ad esclusivo appannaggio di categorie i cui contorni sono stati oggetto di progressiva estensione per via giurisprudenziale: in tema, T.C. KOHLER, *Restatement – Technique and Tradition in the United States*, in IJCLIR, 2008, 4, 469 ss., spec. 481-484; M. KITTNER, T.C. KOHLER, *Conditioning Expectations: The Protection of the Employment Bond in German and American Law*, in CLL&PJ, 2000, 1, 21 ss.

¹⁴¹ Sul carattere necessariamente “*unico*” o “*esclusivo*”, oltre che “*determinante*”, del motivo illecito, P. CHIECO, *op.ult.cit.*, 292; R. DEL PUNTA, *op.cit.*, 355; L. NOGLER, *op.cit.*, 678; E. PASQUALETTO, *op.cit.*, 89; A.L. TERZI, *op.cit.*, 109; G. CANNATI, *op.cit.*, 207; P. SORDI, *loc.op.cit.*, 255; *contra*, M.T. CARINCI, *Il licenziamento discriminatorio o etc.*, cit., 650; G. PACCHIANA PARRAVICINI, *op.cit.*, 751, nt. 25.

¹⁴² Del resto, già prima della Riforma la dottrina aveva distinto tra licenziamento discriminatorio e per motivo illecito, a prescindere dall'assimilazione tra i loro rimedi: cfr. L. CORAZZA, *Il licenziamento discriminatorio*, in M. MISCIONE (a cura di), *Il rapporto di lavoro subordinato: garanzie del reddito, estinzione e tutela dei diritti*, III, in F. CARINCI (diretto da), *Diritto del lavoro. Commentario*, Utet, 2007, 2a ed., 402.

¹⁴³ L. CALAFÀ, *op.cit.*, 126; P. SORDI, *op.cit.*, 256.

¹⁴⁴ Così M. BARBERA, *op.cit.*, 147 e 151; M.V. BALLESTRERO, *Declinazioni di flexicurity etc.*, cit., 454-460; E. PASQUALETTO, *op.cit.*, 97; M.T. CROTTI, M. MARZANI, *op.cit.*, 224-225, che pure propendono per una lettura “oggettiva” del licenziamento discriminatorio (basata sugli effetti dell'atto, a prescindere dagli intenti); *contra*, G. VIDIRI, *op.cit.*, 628, secondo cui non avrebbe perso attualità l'interpretazione giudiziale che assimilava il licenziamento ritorsivo alle ipotesi disciplinate dall'art. 3 l. 108/1990.

essere assimilato ad un'ipotesi di discriminazione del licenziamento, ed invece si tratta con tutta evidenza di un caso di inefficacia ("vera"¹⁴⁵) del recesso del tutto eterogeneo e soggetto a diverse regole anche sul piano probatorio¹⁴⁶.

Sulla scorta di tali rilievi, risulta opportuno richiamare due pronunce che hanno riguardato casi analoghi o comunque affini a quelli oggetto delle decisioni sopra richiamate, giungendo però a diverse conclusioni.

Si tratta, in particolare, di Trib. Milano 11.3.2013¹⁴⁷, avente ad oggetto un caso di licenziamento intimato per riduzione dell'attività e del fatturato, cui era seguita la proposta della società di accettare una riduzione dell'orario in alternativa al recesso¹⁴⁸: nel dichiarare infondata la pretesa avanzata dal lavoratore, il Giudice ha precisato che tale proposta "*non appare illecita e/o contraria ai principi di buona fede e correttezza contrattuale essendo evidentemente volta a favorire la conservazione del posto di lavoro con un orario compatibile con le ridotte esigenze imprenditoriali*", dovendosi escludere che l'intento illecito o discriminatorio possa essere "*identificato con il tentativo del datore di lavoro di conservare un posto di lavoro*".

Analogamente alla menzionata Trib. Milano 11.2.2013¹⁴⁹, la decisione Trib. Mantova 27.9.2012¹⁵⁰ ha riguardato un licenziamento¹⁵¹ per supposto giustificato motivo oggettivo individuato nell'inedoneità assoluta del lavoratore allo svolgimento delle mansioni di pertinenza per effetto di una malattia sopravvenuta. Di tale provvedimento il prestatore di lavoro aveva censurato la natura discriminatoria, avendo egli ricoperto il ruolo di rappresentante sindacale e avendo altresì agito giudizialmente in passato contro la società con pretese di carattere economico (nella specie, per il mancato riconoscimento di un premio). In questo caso, il Giudice ha escluso il ricorrere di un'ipotesi di discriminazione, osservando come, da un lato, il fatto che la società avesse resistito in giudizio avverso le pretese del lavoratore non potesse di per sé costituire una prova della natura discriminatoria del recesso, dall'altro lato, come neppure il ruolo di rappresentante sindacale

¹⁴⁵ V. *infra*, par. 4.

¹⁴⁶ Da ultimo, Trib. Milano ord. 11.2.2013, est. Bianchini – R.G. 12155/2012, in *Boll. Spec. ADAPT*, 2013, 21, avente ad oggetto un caso di dedotto licenziamento orale, preceduto da una comunicazione di dimissioni al centro per l'impiego, con controfirma del lavoratore dallo stesso disconosciuta in sede di giudizio nei confronti del datore di lavoro rimasto contumace. È interessante notare come nell'ordinanza venga esplicitato che il regime probatorio in materia di licenziamento orale risulti inalterato dalla Riforma, richiedendo la prova dell'estromissione da parte del lavoratore e l'eventuale controprova del volontario allontanamento dello stesso in capo al datore di lavoro; nello stesso senso, in dottrina, G. VIDIRI, *op.ult.cit.*, 629. Del pari, il licenziamento della lavoratrice madre ex art. 54, commi 1, 6, 7 d.lgs. 26 marzo 2001, n. 151, anch'esso rientrando nel regime rimediale di cui al nuovo art. 18, comma 1 l. 20 maggio 1970, n. 300, non richiede alcuna prova da parte della lavoratrice madre circa un intento o *animus* discriminatorio/punitivo del datore di lavoro, risultando sufficiente l'essere stato il provvedimento intimato nel periodo dall'inizio della gravidanza sino al compimento di un anno di età del bambino: ciò è stato confermato da Trib. Vigevano ord. 20.3.2013, est. Occhiuto – R.G. 47/2013, in un caso in cui, peraltro, la società aveva – inutilmente – tentato di revocare il provvedimento, a seguito del deposito del ricorso (e dunque tardivamente) e con l'indicazione di nuove modalità e condizioni contrattuali, il che era stato correttamente qualificato dal Giudice quale nuova proposta contrattuale (e non "*revoca in senso stretto*" ex art. 1, comma 42 lett. b) l. 28 giugno 2012, n. 92), tale da richiedere il previo consenso del lavoratore (di natura costitutiva e non meramente ricognitiva).

¹⁴⁷ Trib. Milano ord. 11.3.2013, est. Scarzella – R.G. 1386/2013.

¹⁴⁸ Non può sfuggire sul punto l'affinità con il caso risolto da Trib. Bologna 19.11.2012, cit.

¹⁴⁹ Trib. Milano 11.2.2013, cit.

¹⁵⁰ Trib. Mantova ord. 27.9.2012, est. Bettini – R.G. 529/2012.

¹⁵¹ Si trattava, peraltro, anche in questo caso di un provvedimento espulsivo emesso (in data 4 luglio 2012 e dunque) nel vigore del "vecchio" art. 18 l. 20 maggio 1970, n. 300.

potesse rilevare ai medesimi fini, in assenza di “*precisi riscontri sul collegamento tra la qualifica rivestita dal lavoratore e l'intenzione della società di porre fine al rapporto di lavoro*”¹⁵².

Ad una diversa soluzione, all'interno di una vicenda in parte analoga ma pure caratterizzata da alcuni – decisivi – elementi difformi¹⁵³, è giunta invece Trib. Modena 14.6.2013¹⁵⁴: si trattava di un caso di licenziamento in tronco intimato subito dopo la richiesta del lavoratore di essere ricollocato ad altre mansioni a causa dell'insorgenza di una grave malattia. La missiva conteneva oltretutto una riserva di indicazione dei motivi del provvedimento espulsivo, individuati in sede di giudizio nel “*venire meno del vincolo fiduciario*” per il solo essersi il lavoratore rivolto ad un legale, oltre ad aver trasmesso alla società il certificato medico solo in prossimità della maturazione del comportamento ed aver presentato una domanda all'Inail per il riconoscimento della natura professionale della sua patologia. In tale ipotesi, il Giudice ha ritenuto il licenziamento “*di natura discriminatoria sotto il profilo della valenza ritorsiva o di rappresaglia*”, essendo stato intimato a fronte di – legittime – “*azioni a tutela dei propri diritti*” da parte del lavoratore, risultate sgradite al datore di lavoro. Ciò che merita di essere sottolineato è che, nel caso di specie, l'inequivocabile riferimento da parte del datore di lavoro al comportamento – del tutto lecito – del lavoratore ha di fatto esonerato quest'ultimo dall'onere di dimostrare l'intento ritorsivo – dunque illecito, non discriminatorio – alla base del provvedimento espulsivo.

Da ultimo, si è già dato atto di come gran parte delle decisioni esaminate, riguardanti l'impugnativa di un licenziamento individuale intimato nel periodo post-Riforma, si sia dovuta confrontare con una domanda avente ad oggetto l'accertamento della presunta natura discriminatoria del recesso.

Se in diversi casi il carattere quasi esplorativo della richiesta ha consentito ai Giudici di escludere la sussistenza di un licenziamento discriminatorio con una motivazione piuttosto concisa, alcuni provvedimenti hanno invece maggiormente approfondito la questione: sul punto, merita di essere menzionata la condivisibile presa di posizione di Trib. Milano 20.11.2012¹⁵⁵, che, pur basandosi su una non del tutto convincente assimilazione tra motivo illecito e discriminazione “*nella*

¹⁵² Peraltro, nel caso di specie, il Giudice ha accolto il ricorso in punto di carenza del dedotto giustificato motivo oggettivo, consistente nell'inidoneità sopravvenuta del lavoratore alle mansioni di “*cernita, confezione e cartonazione delle patate*”: innanzitutto, il Giudice ha operato una distinzione tra malattia e sopravvenuta inidoneità al lavoro, la prima avente carattere temporaneo e soggetta alle disposizioni dell'art. 2110 c.c., la seconda avente carattere permanente o di durata indeterminata o indeterminabile, con conseguente possibilità del datore di lavoro di recedere (*rectius*, risolvere il contratto ai sensi degli artt. 1256 e 1463 cod.civ.), in caso di impossibilità totale, “*indipendentemente dal superamento del periodo di comporto*”, e, in caso di impossibilità parziale, previa verifica della sussistenza dell'interesse del datore di lavoro nel ricevere l'adempimento parziale, da valutarsi ai sensi dell'art. 3 l. 5 luglio 1966, n. 604. Posto che, nel caso di specie, l'impossibilità risultava appunto parziale, essendo in grado il lavoratore di svolgere – con talune cautele – alcune delle mansioni di sua pertinenza (in particolare, la cernita delle patate), ed il licenziamento era stato disposto sul presupposto che l'impossibilità fosse invece totale, il Giudice ha quindi deciso di accogliere il ricorso, ravvisando “*almeno in parte insussistente la ragione del licenziamento*”.

¹⁵³ Cfr. Trib. Milano 11.2.2013, cit., oltre a Trib. Mantova 27.9.2012, cit.

¹⁵⁴ Trib. Modena ord. 14.6.2013, est. Vaccari – R.G. 151/2013.

¹⁵⁵ Trib. Milano ord. 20.11.2012, est. Casella – R.G. 11173/2012, in *RIDL*, 2013, II, 654, con nota di C. ZOLI, *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo tra reintegra e tutela indennitaria*; in *ADL*, 2013, 1, 147, con nota di S. BRUN, *Le prime applicazioni del "nuovo" art. 18 Stat. Lav. al licenziamento economico*; in *MGL*, 2013, 1/2, 39, con nota di A. VALLEBONA, *La tutela reale nel licenziamento per motivo oggettivo e per motivo illecito*; in *DRI*, 2013, 1, 152, con nota di G. SANTORO-PASSARELLI, *Licenziamento per giustificato motivo oggettivo e ambito della tutela reintegratoria*; in *LG*, 2013, 6, 581, con nota di D. ZANETTO, *Licenziamento per giustificato motivo oggettivo e obbligo di repêchage dopo la Riforma Fornero*.

sua accezione più ampia”, ha escluso, in un caso di licenziamento per giustificato motivo oggettivo intimato a seguito della cessazione di un appalto, la discriminatorietà *in re ipsa* di tale recesso, intimato senza il previo assolvimento dell’obbligo di repêchage¹⁵⁶, in quanto “l’esistenza del fatto posto alla base del licenziamento (cessazione appalto) impedisce la configurazione del licenziamento come discriminatorio e/o ritorsivo”.

Ad avviso del Giudice, infatti, il licenziamento discriminatorio “non copre tutte le ipotesi di fatti non rilevanti ai fini della configurazione di una giusta causa o di un giustificato motivo di recesso”, ma attiene, “nella sua accezione più ampia”, unicamente a quei motivi che “integrano il perseguimento di finalità contrarie all’ordine pubblico, al buon costume o ad altri scopi espressamente proibiti dalla legge”.

Viceversa, l’ipotesi di un atto che riveli “altri fini”, ma non in sé confliggenti con tali divieti, non risulterebbe riconducibile alla “generale previsione dell’atto viziato da motivo illecito ex art. 1345 c.c.”; di conseguenza, conclude coerentemente il Giudice, la sola mancanza di giustificazione non può costituire un elemento di discriminatorietà o illiceità del recesso, pur potendo svolgere una funzione di prova indiziaria, da valutare unitamente ad altri elementi in grado di dimostrare che il provvedimento sia stato “determinato da” ragioni discriminatorie o illecite.

3. Il dirimente quanto complesso discrimen tra la “tutela reintegratoria attenuata” e la “tutela obbligatoria forte”.

In realtà, è proprio il *discrimen* tra la seconda e terza tutela accordata nel sistema “modulato” del “nuovo” art. 18 l. 20 maggio 1970, n. 300 (ovvero tra la “reintegrazione attenuata” e la “tutela indennitaria forte”) a costituire il centro di ogni valutazione sul concreto impatto della Riforma¹⁵⁷, a meno di aprire all’ampia lettura del licenziamento discriminatorio dei cui possibili effetti “sistemici” si è già sufficientemente detto.

Volendo seguire, anche sul piano espositivo, la distinzione tra i “licenziamenti disciplinari”, quella “nuova categoria” comprensiva del recesso per giusta causa e per ragioni soggettive¹⁵⁸, ed i licenziamenti per ragioni oggettive, legate sia alla sfera dell’impresa sia a quella del lavoratore¹⁵⁹, si ricorda che, oggi, la c.d. “tutela reintegratoria attenuata” è prevista, nel primo caso, “per insussistenza del fatto, ovvero perché il fatto rientra tra le condotte punibili con una sanzione conservativa sulla base delle previsioni dei contratti collettivi ovvero dei codici disciplinari applicabili”¹⁶⁰, nel secondo caso, per “difetto di giustificazione del licenziamento intimato...per motivo oggettivo consistente nell’inidoneità fisica o psichica del lavoratore”, ovvero per violazione dell’art. 2110, comma 2 cod.civ.; inoltre, in ipotesi di licenziamento per ragioni oggettive, il giudice “può”

¹⁵⁶ Per quanto riguarda la statuizione del Giudice a proposito della carenza del giustificato motivo oggettivo dedotto e delle relative conseguenze, v. *infra*, par. 3.2.

¹⁵⁷ M. BARBERA, *op.cit.*, 142, nt. 8.

¹⁵⁸ M. TREMOLADA, *Il licenziamento disciplinare nell’art. 18 St.Lav. per la riforma Fornero*, in F. CARINCI, M. MISCIONE (a cura di), *Commentario alla Riforma Fornero etc.*, cit., 49.

¹⁵⁹ In ogni caso estranee, in quest’ultima ipotesi, alla sfera disciplinare.

¹⁶⁰ Art. 18, comma 4 l. 20 maggio 1970, n. 300.

disporre lo stesso rimedio qualora accerti la “*manifesta insussistenza del fatto posto alla base del licenziamento per giustificato motivo oggettivo*”¹⁶¹.

3.1. Segue. Il “licenziamento disciplinare”.

Con riferimento al “*licenziamento disciplinare*”, il compito della giurisprudenza è risultato particolarmente arduo, essendosi gli interpreti posti forti dubbi innanzitutto circa il significato da attribuire al “*fatto oggetto di contestazione*” ai sensi dell’art. 18, comma 4 l. 20 maggio 1970, n. 300, con particolare riferimento alla sua “*insussistenza*”, secondo la formula, dall’innegabile “*richiamo*” penalistico¹⁶², ivi utilizzata. Altrettanti punti interrogativi, si vedrà, hanno riguardato l’inedito effetto “*vincolante*” delle tipizzazioni delle condotte ad opera della contrattazione collettiva e dei codici disciplinari, anche rispetto ad un ipotetico ruolo, integrativo ovvero sussidiario, del principio di proporzionalità ex art. 2106 c.c., non solo nella valutazione circa la legittimità dell’atto di recesso, come in passato, ma oggi anche nella scelta della sanzione.

3.1.1. L’incerta individuazione del “fatto contestato” nel nuovo art. 18, comma 4 l. 20 maggio 1970, n. 300.

Avuto riguardo al primo aspetto, occorre sin da subito distinguere l’opinione di chi ha ricondotto il “*fatto contestato*” al c.d. “*fatto materiale*”, consistente nella condotta o nell’omissione oggetto della contestazione¹⁶³, da quella di chi vi ha invece ravvisato gli estremi, non già di un comportamento – commissivo od omissivo – in senso naturalistico/oggettivo, bensì di un “*fatto giuridico*”¹⁶⁴ o, più propriamente, di un “*inadempimento contrattuale*”¹⁶⁵, comprensivo di tutti i suoi elementi, di carattere oggettivo e, secondo taluno, anche soggettivo¹⁶⁶.

¹⁶¹ Art. 18, comma 7 l. 20 maggio 1970, n. 300.

¹⁶² Sulle profonde differenze, però, tra l’“*insussistenza del fatto*” ai sensi dell’art. 18, comma 4 l. 20 maggio 1970, n. 300 e la medesima formula assolutoria prevista dall’art. 530 cod.proc.pen., A. MARCIANO, *Fatti contestati e formule assolutorie. Le ambigue soluzioni legislative in materia di licenziamento e le previsioni correlate del codice di procedura penale*, in *LG*, 2013, 5, 445 ss.

¹⁶³ Propendono per tale interpretazione, sin da subito, A. MARESCA, *op.cit.*, 443; A. VALLEBONA, *La riforma del lavoro 2012*, cit., 57, con la precisazione, però, che, ove si tratti di un fatto “*pretestuoso*” o “*bagattellare*”, pur “*sussistente*”, si ricadrebbe in ipotesi di frode alla legge; M. TREMOLADA, *Il licenziamento disciplinare etc.*, cit., 53-54; F. SANTINI, *op.cit.*, 240; nonché, in ultimo, anche M. PERSIANI, *Il fatto rilevante per la reintegrazione del lavoratore illegittimamente licenziato*, in *ADL*, 2013, 1, 6-11, ad avviso del quale il “*fatto*” ex art. 18, comma 4 l. 20 maggio 1970, n. 300 andrebbe individuato nel fatto materiale (condotta o omissione) posto in essere dal lavoratore ed oggetto di contestazione disciplinare, altrimenti il Giudice si troverebbe a “*valutare due volte lo stesso fatto*”, ossia nella decisione circa la legittimità del recesso ed in quella sulla sanzione applicabile in ipotesi di carenza di giustificazione; assai critico rispetto a tale lettura della nuova disposizione, P. ALLEVA, *Punti critici della riforma del mercato del lavoro in tema di flessibilità in entrata e in uscita. Interventi indispensabili*, reperibile in www.dirittisocialiecittadinanza.it.

¹⁶⁴ V. *infra*.

¹⁶⁵ O. MAZZOTTA, *op.cit.*, 248; G. SANTORO-PASSARELLI, *op.ult.cit.*, 234; R. DEL PUNTA, *op.cit.*, 360-361; L. NOGLER, *op.cit.*, 684-685; P. TULLINI, *Riforma della disciplina dei licenziamenti e nuovo modello giudiziale di controllo*, in *RIDL*, 2013, I, 159; A. TURSI, *Il nuovo articolo 18 dello Statuto dei Lavoratori: una riforma da metabolizzare culturalmente, prima che interpretare*, in R. ZUCARO e M. FERRARESI (a cura di), *I licenziamenti a un anno dalla Riforma Fornero*, in *Boll. Spec. ADAPT*, 2013, 21, 2; A. PERULLI, *Fatto e valutazione giuridica...*, cit., 799; L. ZOPPOLI, *op.cit.*, 136; P. TOSI, *op.cit.*, 833; A.L. TERZI, *op.cit.*, 103; P. SORDI, *op.cit.*, 282; V. PAOLILLO, *op.cit.*, 467; C. COLOSIMO, *op.cit.*, 1026.

¹⁶⁶ F. CARINCI, *Il nodo gordiano del licenziamento disciplinare*, cit., 1115-1116, che osserva come l’espressione “*fatto giuridico*” risulti “*impropria agli occhi di un privatista ortodosso*”, anche se efficace per un giurista del lavoro; Id., *Ripensando il “nuovo” etc.*, cit., 325; M. MARAZZA, *op.cit.*, 450; V. SPEZIALE, *op.ult.cit.*, 552-553; Id., *Il licenziamento per giusta causa e giustificato motivo*, in P. CHIECO (a cura di), *Flessibilità e tutele nel lavoro etc.*, 332; P. ALBI, *Il licenziamento individuale etc.*, cit., 291, secondo cui il “*fatto*” è l’inadempimento comprensivo dell’elemento della colpevolezza (colpa grave, gravissima, o dolo); R. PENNUTO, *L’insussistenza del fatto nel licenziamento disciplinare dopo la Legge Fornero*, in *LG*, 2013, 5, 456; G. CANNATI, *op.cit.*, 209; R. DE LUCA TAMAJO, *Il licenziamento disciplinare nel*

La giurisprudenza recentemente pronunciata in tema, almeno con riferimento alle ordinanze che si ha avuto modo di esaminare, pare aver aderito, in componente maggioritaria, alla seconda delle letture richiamate.

In primis merita di essere richiamata l'ormai nota e "capofila" Trib. Bologna 15.10.2012¹⁶⁷, che ha proposto una lettura del "fatto oggetto di contestazione"¹⁶⁸, rilevante ex art. 18, comma 4 l. 20 maggio 1970, n. 300, alla stregua di "Fatto Giuridico...inteso come il fatto globalmente accertato, nell'unicum della sua componente oggettiva e nella sua componente inerente l'elemento soggettivo". Ad avviso del Giudice bolognese, infatti, l'espressione utilizzata dal Legislatore non potrebbe fare riferimento al "fatto materiale", altrimenti il rimedio meramente risarcitorio troverebbe applicazione in tutti i casi di "comportamenti esistenti sotto l'aspetto materiale ed oggettivo, ma privi dell'elemento psicologico, o addirittura privi dell'elemento di coscienza e volontà dell'azione", con il conseguente venir meno di ogni chance per lavoratore di accedere alla tutela reintegratoria in ipotesi di licenziamento disciplinare¹⁶⁹.

Si mostrano propensi ad una lettura del "fatto" comprensiva del duplice "punto di vista oggettivo e soggettivo", anche Trib. Milano 30.1.2013¹⁷⁰, Trib. Milano 18.12.2012¹⁷¹ e Trib. Ancona 26.11.2012¹⁷², la quale ultima, a proposito della prova della "insussistenza del fatto

nuovo art. 18: una chiave di lettura, in RIDL, 2012, II, 1068, ad avviso del quale, però, dovendosi distinguere tra "insussistenza" ed "inconsistenza", ogni valutazione sulla gravità del fatto, sugli elementi del contesto e sulla proporzionalità della sanzione apparterrebbe al primo giudizio (sulla legittimità del licenziamento), mentre nella scelta della sanzione rientrerebbero – "semmai" – i profili soggettivi dell'azione o omissione, quali consapevolezza, intenzionalità o grado di dolo.

¹⁶⁷ Trib. Bologna ord. 15.10.2012, est. Marchesini – R.G. 2631/2012, in ADL, 2012, 4-5, 907, con commento di F. CARINCI, *Il legislatore e il giudice: l'imprevidente innovatore ed il prudente conservatore (in occasione di Trib. Bologna, ord. 15 ottobre 2012)*, 773 ss.; in FI, 2012, 11, 387; in DRI, 2012, 4, 1133, con nota di A. TURSI, *Il nuovo articolo 18 post-riforma Fornero alla prima prova giudiziaria: una norma di applicazione impossibile?*; in RIDL, 2012, II, 1049, con nota di M.T. CARINCI, *Il licenziamento non sorretto da giusta causa e giustificato motivo soggettivo: i presupposti applicativi delle tutele previste dall'art. 18 St. Lav. alla luce dei vincoli imposti dal sistema*, R. DE LUCA TAMAJO, *Il licenziamento disciplinare nel nuovo art. 18 etc.*, cit., R. ROMEO, *La prima ordinanza sul nuovo art. 18 della Legge n. 300/1970: tanto rumore per nulla?*; in RGL, 2012, 4, 761, con nota di F. FABBRI, *Alcune considerazioni sulla insussistenza del fatto addebitato e sulle incongruenze del nuovo art. 18 Stat. Lav.*; in Corr.Merito, 2013, 3, 272, con nota di G. DIMARTINO, *Le modifiche dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori alla prova dei fatti*.

¹⁶⁸ Nel caso di specie, l'aver replicato in modo inopportuno o addirittura offensivo ad un ordine aziendale ("parlare di pianificazione nel gruppo...è come parlare di psicologia con un maiale, nessuno ha il minimo sentore di cosa voglia dire pianificare una minima attività in questa azienda...").

¹⁶⁹ Il che, ad avviso del Giudice bolognese, risulterebbe "palesamente" in contrasto con i "principi generali dell'ordinamento civilistico, relativi alla diligenza ed alla buona fede nell'esecuzione del rapporto lavorativo".

¹⁷⁰ Trib. Milano ord. 30.1.2013, est. Gasparini – R.G. 12337/2012, avente ad oggetto il licenziamento per giusta causa di un autista cui era stata imputata la responsabilità di un incidente verificatosi all'interno del piazzale della filiale della società, cui era seguito il danneggiamento del veicolo che egli conduceva. In tal caso, ad avviso del Giudice milanese, la società non aveva fornito "elementi a supporto dell'asserita violazione dell'obbligo di diligenza da parte del dipendente ed in particolare del comportamento avvertato nell'eseguire la manovra", con la conseguente esclusione di "qualsivoglia responsabilità in capo al lavoratore anche sotto il profilo soggettivo", anche alla luce della presenza di ulteriori elementi di segno opposto (la mancata segnalazione di alcuni oggetti, le condizioni climatiche avverse e la scarsa visibilità).

¹⁷¹ Trib. Milano ord. 18.12.2012, est. Scarzella – R.G. 12733/2012 (confermata dalla sentenza resa dallo stesso estensore in sede di reclamo: Trib. Milano 17.5.2013, est. Scarzella – R.G. 501/2013, in Boll. Spec. ADAPT, 2013, 21), avente ad oggetto un licenziamento per giustificato motivo soggettivo intimato per "effettiva volontaria irreperibilità" (e, dunque, di "abbandono del posto di lavoro" ai sensi dell'art. 11 lett. f del CCNL di riferimento) di un medico durante un turno di servizio notturno. Dal momento che dall'istruttoria è emerso che il lavoratore si trovasse "verosimilmente" nell'area destinata dall'ospedale al medico di guardia, pur senza sentire lo squillo del cerca persone, il Giudice ha ravvisato nel licenziamento in questione un'ipotesi di "insussistenza del fatto contestato" ai sensi ed agli effetti di cui all'art. 18, comma 4 l. 20 maggio 1970, n. 300.

¹⁷² Trib. Ancona ord. 26.11.2012, est. Sbrano, in Boll. Spec. ADAPT, 2013, 21.

*contestato*¹⁷³, ha peraltro ritenuto che neppure una sentenza penale di condanna in primo grado, non ancora passata in giudicato, consenta di accertare *“oltre il ragionevole dubbio”* la *“sussistenza del fatto”* alla base del licenziamento disciplinare¹⁷⁴.

Ad analoghi esiti interpretativi, avuto riguardo al *“fatto oggetto di contestazione”*, è giunta anche Trib. Ravenna 18.3.2013¹⁷⁵, che, pur individuando nel caso di specie un'ipotesi di licenziamento discriminatorio (in particolare, per ragioni sindacali¹⁷⁶), ha svolto *a latere* alcune riflessioni interessanti a proposito del significato da attribuire al *“fatto”* nel licenziamento disciplinare post-Riforma. Anche ad avviso del Giudice di Ravenna, *“la nozione di fatto valevole ai fini della scelta della sanzione non può che comprendere tutto il fatto nella pienezza dei suoi elementi costitutivi (sia l'elemento oggettivo sia l'elemento soggettivo)”*, ma, si legge nell'ordinanza in esame, ciò deve avvenire *“alla luce della nozione di giusta causa valevole nella fattispecie considerata (secondo la legge ed il CCNL)”*; per l'effetto, posto che non sempre la fattispecie concreta (*“che si giudica in base alla contestazione”*) include *“una specifica connotazione dolosa”*, come nei casi di furto, tale indagine circa l'elemento soggettivo è non richiesta in tutti i casi, a differenza del requisito indefettibile dalla *“imputabilità della condotta (che richiede la capacità naturale e con esclusione dei casi di forza maggiore o caso fortuito)”*.

Sul punto si segnala allora quanto statuito da Trib. Trento 29.1.2013¹⁷⁷, che, in un caso di licenziamento disciplinare per – prolungata – *“assenza ingiustificata”*, ha accertato l'*“insussistenza del fatto contestato”* ai sensi dell'art. 18, comma 4 l. 20 maggio 1970, n. 300, avendo escluso il carattere ingiustificato delle assenze. In sostanza, la pacifica sussistenza del *“fatto materiale”/assenza* non ha precluso al Giudice di verificare la connotazione della stessa in termini di inadempimento: mediante l'esame degli elementi addotti dal lavoratore a sostegno della tesi per cui si fosse

¹⁷³ Nella specie, la contestazione disciplinare concerneva la *“consapevole partecipazione ai furti”* del dipendente oggetto di accertamento in sede penale: si trattava, in particolare, di furto aggravato e di violazione della disciplina sulle accise, condotte che, sulla base della sentenza penale di condanna in primo grado, risultavano essere state commesse dal lavoratore in otto giornate dal gennaio al marzo 2007.

¹⁷⁴ Oltretutto, secondo il Giudice, la contestazione disciplinare ed il successivo licenziamento (risalenti, rispettivamente, al 2 e 14 agosto 2012), che avevano seguito la condanna del lavoratore in sede penale (dichiarata con sentenza del 30 luglio 2012), risultavano anche intempestivi, essendo intervenuti a distanza di diversi anni dalla presa di contezza dell'illecito del dipendente da parte della società, individuata dal Giudice *“quanto meno già all'atto dell'emissione del decreto di citazione in giudizio nel dicembre 2010, notificato al datore di lavoro quale persona offesa”*.

¹⁷⁵ Trib. Ravenna ord. 18.3.2013, est. Rivero, in RIDL, 2013, II, 549, con nota di G. BOLEGO, *Il licenziamento disciplinare nel prisma della disciplina introdotta dalla l. n. 92/2012*; in LG, 2013, 6, 567, con nota di M.D. FERRARA, *I licenziamenti individuali nel prisma dell'applicazione responsabile delle nuove norme processuali e sostanziali*; in DRI, 2013, 3, 790, con nota di M. DEL FRATE, *Rimedi al licenziamento disciplinare illegittimo e principio di proporzionalità*.

¹⁷⁶ In particolare, il provvedimento è stato ritenuto dal Tribunale di Ravenna viziato *“sotto il profilo della discriminatorietà ed illiceità”*, essendo stato connotato da un *“fine illecito (sul piano sindacale e soggettivo)”*, dimostrato sulla base di una ricostruzione del *“contesto entro il quale è maturato”*, mediante una valutazione unitaria, quali *“elementi di prova idonei (gravi, precisi concordanti)”*, delle seguenti circostanze: a) l'iscrizione del lavoratore ad un sindacato (FIOM) avente *“rapporti tesi”* con l'azienda, sfociati in diversi contenziosi con condanna ex art. 28 l. 20 maggio 1970, n. 300; b) la diversità della condotta tenuta dalla società nel punire il lavoratore per un comportamento analogo a quello commesso anteriormente da altri dipendenti e dalla stessa in precedenza tollerato, se non accettato, e la contemporanea punizione con sanzioni più lievi di altri lavoratori autori di comportamenti giudicati *“assai più gravi”*; c) lo scarso, se non nullo, rilievo disciplinare dei fatti contestati al lavoratore, consistenti nell'aver prelevato, insieme ad altro lavoratore (rimasto impunito), un paio di scarpe da lavoro antinfortunistiche, usate e dal modico valore, e di averle consegnate ad altra lavoratrice, al momento priva di tale attrezzatura.

¹⁷⁷ Trib. Trento ord. 29.1.2013, est. Flaim – R.G. 564/2012, in www.dirittisocialitrentino.it.

trattato di un'assenza per ferie autorizzata (dunque, non *"ingiustificata"*), il Tribunale di Trento ha accertato la *"insussistenza del fatto contestato"* e, per l'effetto, riconosciuto al lavoratore la *"tutela reintegratoria attenuata"*.

Da ultimo, è oltremodo interessante rilevare un accentuato richiamo alla formula della *"insussistenza del fatto"* anche in pronunce che si sono espresse in senso sfavorevole al lavoratore e che hanno escluso l'illegittimità del licenziamento disciplinare sulla base della *"sussistenza del fatto"*.

A riguardo, si segnalano, a titolo esemplificativo, Trib. Milano 11.3.2013¹⁷⁸ e Trib. Milano 4.3.2013¹⁷⁹, in cui il rigetto della pretesa del lavoratore in punto di illegittimità del licenziamento disciplinare discendeva dalla *"sussistenza dei fatti addebitati"*, oltre che dalla proporzionalità della sanzione comminata; di più, si legge nella seconda ordinanza, *"va escluso che il licenziamento sia viziato sotto il profilo dell'insussistenza del fatto, tenuto conto che il fatto contestato e materialmente compiuto è certamente rilevante da un punto di vista giuridico"*.

Tuttavia, l'utilizzo – *a contrario* – dell'elemento (*"insussistenza del fatto"*) che il Legislatore aveva indicato ai fini della scelta del rimedio nei confronti di un licenziamento disciplinare ingiustificato per accertare la legittimità del provvedimento (per *"sussistenza del fatto"*¹⁸⁰), oltre a costituire un *vulnus* al più volte richiamato *"principio"* della separazione del giudizio in due distinte *"fasi"*, parrebbe costituire un secondo, significativo indizio circa l'osmosi tra causali e rimedi (in)intenzionalmente prodotta dalla Riforma, che aveva all'opposto, secondo i più¹⁸¹, lo scopo e l'effetto di rimanere *"neutra"* rispetto alle causali.

3.1.2 Il *"fatto"* rientrante *"tra le condotte punibili con una sanzione conservativa..."* ed il ruolo del principio di proporzionalità nel nuovo quadro sanzionatorio.

Ma, come previsto da attenta dottrina¹⁸², lo snodo interpretativo più problematico, anche per i suoi effetti sul contenzioso, del nuovo sistema dei rimedi in ipotesi di licenziamento disciplinare ha riguardato, più che la *"questione del fatto"*, la sussunzione (o, più problematicamente, la *sumsumibilità*) dello stesso all'interno delle declaratorie collettive o dei codici disciplinari, seconda (ed ultima) modalità di accesso alla tutela reintegratoria nel licenziamento disciplinare.

L'idea di un possibile riscontro *"fotografico"* tra il comportamento contestato e le varie ipotesi di condotta disciplinarmente rilevante tipizzate nelle declaratorie collettive e nei codici disciplinari,

¹⁷⁸ Trib. Milano ord. 11.3.2013, est. Bianchini – R.G. 13777/2012.

¹⁷⁹ Trib. Milano ord. 4.3.2013, est. Cipolla – R.G. 248/2013, relativa ad un licenziamento per giusta causa intimato per avere il lavoratore svolto una prestazione lavorativa a favore di un altro soggetto (nella specie, egli aveva effettuato alcune corse con il taxi la cui licenza era intestata alla moglie) durante un periodo di assenza per malattia (sindrome influenzale).

¹⁸⁰ *Rectius*, per *"esclusione dell'insussistenza del fatto"*.

¹⁸¹ V. *supra*.

¹⁸² M. PERSIANI, *op.cit.*, 13, il quale aveva intuito che *"i casi di licenziamento per fatto insussistente saranno ben inferiori a quelli relativi alla valutazione del fatto secondo i criteri dell'autonomia collettiva e del codice disciplinare"*.

già peraltro in precedenza “abbozzata” dalla l. 4 novembre 2010, n. 183 (c.d. “Collegato Lavoro”)¹⁸³, si è rivelata in tutta la sua “ingenuità”¹⁸⁴ alla prova dei Giudici.

Tale proposito, infatti, non teneva evidentemente conto della normale ampiezza e, soprattutto, astrattezza delle formule utilizzate nei contratti collettivi e codici disciplinari¹⁸⁵, tanto da costringere gli interpreti ad interrogarsi sulle conseguenze – in particolare, sulla scelta della sanzione – della mancata menzione della condotta contestata al lavoratore da parte del contratto collettivo o del codice disciplinare applicato: se alcune voci hanno sostenuto che in tale ipotesi al lavoratore spetti unicamente il rimedio indennitario forte¹⁸⁶, altri autori hanno invece attribuito al Giudice la possibilità di integrare o correggere le disposizioni collettive anche ai fini della scelta della sanzione¹⁸⁷, secondo i più anche mediante il ricorso al criterio di proporzionalità ex art. 2106 c.c.¹⁸⁸.

In tal senso, oltre alla già citata pronuncia “prima” del Tribunale di Bologna, che, come rilevato da attenta dottrina¹⁸⁹, è stata decisa sulla base della sussunzione del fatto contestato tra le condotte punite dal contratto collettivo con una sanzione conservativa (oltre che sull’insussistenza dell’ormai noto “Fatto Giuridico”), si è assistito tra i primi provvedimenti ad un diffuso riconoscimento di questa seconda ipotesi di reintegra.

Su tutte, sembra spiccare la decisione Trib. Roma 4.4.2013¹⁹⁰, nella sua sostanziale contrarietà rispetto al disegno del Legislatore di operare una riduzione degli spazi riservati alla tutela ripristinatoria.

Il caso, in particolare, aveva ad oggetto il licenziamento per giusta causa intimato ad un lavoratore, operante con mansioni di addetto alle cuccette nei treni, per il comportamento dallo stesso tenuto nel corso di un viaggio notturno sulla tratta Palermo-Roma. In tale occasione, il dipendente aveva commesso una serie di irregolarità o mancanze – il cui “contenuto essenziale” era stato

¹⁸³ Cfr. art. 30, comma 3 l. 4 novembre 2010, n. 183, che ha stabilito che “nel valutare le motivazioni poste a base del licenziamento, il giudice tiene conto delle tipizzazioni di giusta causa e di giustificato motivo presenti nei contratti collettivi di lavoro...”. In tema, diffusamente, M. TREMOLADA, *Norme della l. n. 183/2010 in materia di certificazione e di limiti al potere di accertamento del giudice*, in M. MISCIONE, D. GAROFALO (a cura di), *Il collegato lavoro 2010. Commentario alla Legge n. 183/2010*, Ipsoa, Milano, 2011, 173-182.

¹⁸⁴ A. TURSI, *op.loc.ult.cit.*; A.L. TERZI, *op.cit.*, 104.

¹⁸⁵ Sul punto, diffusamente, C. COLOSIMO, *op.cit.*, 1040. Ciò non toglie, però, come, già prima della disposizione in esame, un consolidato orientamento giurisprudenziale avesse escluso la giusta causa o il giustificato motivo soggettivo di licenziamento in presenza di una disposizione collettiva che aveva espressamente previsto per la condotta tenuta dal lavoratore l’irrogazione di una sanzione conservativa: sul punto, M. DEL CONTE, B. FRATELLO, *La nuova disciplina delle tutele in caso di licenziamento illegittimo: il licenziamento per ragioni soggettive*, in corso di pubblicazione in M. PERSIANI, S. LIEBMAN (a cura di), *Trattato breve: il nuovo mercato del lavoro*, Utet, Torino, 2013.

¹⁸⁶ M. MARAZZA, *op.cit.*, 624; M. TREMOLADA, *Il licenziamento disciplinare etc.*, cit., 55; P. SORDI, *op.cit.*, 294.

¹⁸⁷ Favorevole ad una integrazione per le ipotesi non individuate puntualmente nelle declaratorie collettive, R. Del Punta, *op.cit.*, 361, pur senza il ricorso alla valutazione di proporzionalità ex art. 2106 c.c.

¹⁸⁸ M. PERSIANI, *op.cit.*, 14; F. CARINCI, *Il nodo gordiano del licenziamento disciplinare*, cit., 1118; ID., *Ripensando il “nuovo” etc.*, cit., 328, con la precisazione, però, che, nel giudizio rispetto alla sanzione, il fatto “da incasellare” debba essere comunque “scorporato dal contesto del rapporto”; O. MAZZOTTA, *op.cit.*, 249; P. TULLINI, *op.cit.*, 163; V. SPEZIALE, *La riforma del licenziamento individuale etc.*, cit., 555; G. CANNATI, *op.cit.*, 210-213; V. PAOLILLO, *op.cit.*, 467; *contra*, R. PENNUTO, *op.cit.*, 457, secondo cui la valutazione della proporzionalità del licenziamento ex art. 2106 c.c. riguarderebbe unicamente la “prima fase” del giudizio e, dunque, non la seconda, relativa alla scelta della sanzione.

¹⁸⁹ M. PERSIANI, *op.cit.*, 12, nt. 33.

¹⁹⁰ Trib. Roma ord. 8.4.2013, est. Armone – R.G. 32596/2012, in *LG*, 2013, 7, 747,

confermato dall'istruttoria – connotate, singolarmente e soprattutto nell'insieme, da una certa gravità¹⁹¹.

Ebbene, attraverso la “scomposizione” della condotta del lavoratore in singole specifiche mancanze ed il loro “morbido” confronto con le declaratorie collettive in punto di sanzioni disciplinari¹⁹², il Giudice, oltre ad aver dichiarato l'illegittimità del licenziamento – nel caso di specie, tutt'altro che scontata – per sproporzione, è giunto per la stessa ragione all'applicazione della sanzione reintegratoria, riconoscendo peraltro *a latere* come alcuni dei “fatti” addebitati risultassero in ogni caso “*insussistenti*” o “*ampiamente giustificati*” o “*non ampiamente provati*”¹⁹³.

Al di là di questa ipotesi, si segnala che in diversi casi la genericità delle previsioni collettive ha costretto, come ampiamente previsto dalla dottrina¹⁹⁴, i Giudici ad una complessa opera di interpretazione ed adeguamento delle disposizioni generiche contenute nei contratti collettivi e nei codici disciplinari: così Trib. Bologna 25.9.2012¹⁹⁵, Trib. Milano 28.1.2013¹⁹⁶ e Trib. Bologna 22.3.2013¹⁹⁷.

¹⁹¹ Tra queste: i) l'occupazione di uno scompartimento destinato ai passeggeri, ii) l'irreperibilità durante la tratta notturna; iii) l'omissione del servizio di sveglia e distribuzione dei giornali e delle colazioni ai passeggeri; iv) l'aver tenuto un comportamento ingiurioso e minaccioso nei confronti del personale del treno, avendo proferito, all'indirizzo della caposervizio che lo aveva ripreso per le sue inadempienze verso i passeggeri l'espressione “*i ferrovieri che si mettono contro di me in tribunale perdono sempre*” e “*io non ti farò più lavorare sui treni*”, e di un altro dipendente addetto a mansioni di cuccettista l'epiteto “*tu sei un pezzo di...*”.

¹⁹² Su tutte, dettagliatamente elencate nell'ordinanza e confrontate con le “tipizzazioni” contenute nel contratto collettivo di riferimento, si evidenzia come il Giudice romano abbia, da un lato, ritenuto l'espressione ingiuriosa rivolta al cuccettista “*non particolarmente offensiva*”, dall'altro lato, valutato la condotta tenuta con la capotreno alla stregua di una “*insubordinazione non lieve*”, “*più che indecorosa*”, ma non per questo di carattere offensivo, visto che “*la minaccia non pare grave perché proviene da un soggetto in senso lato subordinato alla persona minacciata e dunque con capacità intimidatoria limitata, anche perché il male ingiusto paventato non attiene alla sfera fisica...*”: in ogni caso, rileva il Giudice, il CCNL punisce con la sanzione espulsiva “*solo le condotte che siano sfociate in vie di fatto o che abbiano provocato risse nel luogo di lavoro*”, mentre la sospensione deve essere comminata in ipotesi di “*minacce, ingiurie gravi e manifestazioni calunniose e diffamatorie*”.

¹⁹³ Il Giudice precisa però opportunamente che anche uno solo dei due vizi indicati all'art. 18, comma 4 l. 20 maggio 1970, n. 300 possa (*rectius*, debba) portare alla reintegrazione, stante l'utilizzo, nella disposizione in parola, della “*congiunzione disgiuntiva ovvero*”.

¹⁹⁴ A. PALLADINI, *La nuova disciplina in tema etc.*, cit., 671, che aveva preannunciato il “*diffuso esercizio giurisprudenziale di interpretazioni estensive o analogiche delle condotte illecite specificamente ritenute compatibili con la continuità del rapporto*”.

¹⁹⁵ Trib. Bologna ord. 25.9.2012, est. Coco – R.G. 2602/2012, avente ad oggetto il licenziamento disciplinare di un lavoratore che aveva ommesso di portare sulla persona l'arma in dotazione (in qualità di guardia giurata), avendola riposta altrove, in un cassetto chiuso a chiave: tale comportamento è stato ricondotto dal Giudice bolognese alle “*ipotesi di irregolare/negligente adempimento della prestazione lavorativa sanzionate dall'art. 101 del CCNL di riferimento*”, per le quali la disciplina contrattuale prevede l'irrogazione di una sanzione conservativa, ed al lavoratore è stata quindi concessa la “*tutela reintegratoria attenuata*” ex art. 18, comma 4 l. 20 maggio 1970, n. 300.

¹⁹⁶ Trib. Milano ord. 28.1.2013, est. Lualdi – R.G. 14796/2012 ove, in ipotesi di licenziato per giusta causa a seguito di incidente stradale causato colpevolmente dal lavoratore adibito a mansioni di autista, è stato dal Giudice rilevato come “*l'art. 29 del CCNL di riferimento esclude la riconducibilità immediata dal sinistro, pure causato per colpa del lavoratore, alla sanzione del licenziamento in tronco prevedendo espressamente che in caso di ritiro della partente dell'autista (ipotesi ragionevolmente connessa ad un elevato grado di responsabilità del conducente) lo stesso abbia comunque diritto alla conservazione del posto per un periodo di sei mesi*”.

¹⁹⁷ Trib. Bologna ord. 22.3.2013, est. Sorgi – R.G. 3484/2012, in *Boll. Spec. ADAPT*, 2013, 21, che, relativamente ad un episodio di “*riッサ*” (secondo la prospettiva aziendale) o di “*risposta ad un'aggressione*” (secondo la difesa del lavoratore), ha comunque ritenuto “*compatibile con il comportamento del ricorrente*” la condotta enucleata dall'art. 32 CCNL Logistica, consistente in “*qualunque atto che porti pregiudizio alla disciplina, alla morale, all'igiene e alla sicurezza dell'azienda*” e ivi sanzionata con la sola multa. Nel caso in esame, peraltro, tale valutazione avrebbe comportato l'applicazione del rimedio di cui all'art. 18, comma 4 l. 20 maggio 1970, n. 300, ma, alla luce del profilo associativo (essendo il lavoratore socio di cooperativa) caratterizzante il rapporto tra le parti e la conseguente impossibilità di ricostituire il rapporto, il Giudice ha applicato la “*tutela indennitaria forte*” di cui all'art. 18, comma 5 l. 20 maggio 1970, n. 300.

Nell'impossibilità di una agevole sussunzione dei "fatti" oggetto di contestazione con le condotte elencate nei contratti collettivi o nei codici disciplinari, alcuni provvedimenti hanno ritenuto di operare un confronto anche con comportamenti "*analoghi*" a quelli ivi previsti, mediante un implicito (Trib. Milano 1.3.2013¹⁹⁸ e Trib. Milano 20.3.2013¹⁹⁹) o esplicito (Trib. Roma 14.1.2013²⁰⁰) richiamo al principio di proporzionalità ex art. 2106 c.c., anche ai fini della determinazione della sanzione.

Ciò detto, è indubbio che se tale soluzione esegetica dovesse consolidarsi, le ipotesi di irrogazione della sanzione indennitaria in caso di licenziamento disciplinare ingiustificato risulterebbero del tutto eccezionali, se non difficilmente individuabili, il che costituirebbe un segno di continuità con il passato, sicuramente, assai lontano dall'*intentio* originaria del Legislatore e, molto probabilmente, anche dalla sua *ratio* finale²⁰¹, pur largamente ascrivibile alla laconicità del nuovo testo normativo.

In questo senso, merita di essere letto con attenzione quanto statuito da Trib. Voghera 14.3.2013²⁰², laddove la mancata presenza della condotta contestata tra quelle tipizzate dalla contrattazione collettiva o dal codice disciplinare ha condotto *ipso facto* al riconoscimento dell'indennità risarcitoria ex art. 18, comma 5 l. 20 maggio 1970, n. 300, una volta accertata l'illegittimità del licenziamento per sproporzione.

¹⁹⁸ Trib. Milano ord. 1.3.2013, est. Scarzella – R.G. 14681/2012, avente ad oggetto un licenziamento disciplinare di un autista incaricato del trasporto di merce di valore che, fermatosi in un'area di sosta a causa di un malfunzionamento dei fari, non aveva vigilato sul carico assegnatogli, che era stato trafugato da ignoti. All'esito di tale giudizio, il "fatto" addebitato è stato ritenuto assimilabile, "*per analogia di gravità*", alle condotte elencate all'art. 32 comma 1-3 del CCNL di categoria, che prevede l'erogazione della multa in caso di commissione di "*qualunque atto che porti pregiudizio alla sicurezza dell'azienda*" e della sospensione in ipotesi di "*sottrazione agli obblighi di lavoro con sotterfugi o omissioni, incidenti o ripetute mancanze previste dalla multa*", ed al lavoratore è stata dunque concessa la "tutela reintegratoria attenuata" ex art. 18, comma 4 l. 20 maggio 1970, n. 300.

¹⁹⁹ Trib. Milano ord. 20.3.2013, est. Scarzella, laddove, in ipotesi di comportamento più che inopportuno di un lavoratore nei confronti di due colleghe (consistente in ripetuti apprezzamenti fisici, inviti galanti e saluti ben più che calorosi, quali un "*colpo con il dorso della mano sul fondoschiena*"), è stata accertata "*la sproporzionalità del recesso*" rispetto alla gravità delle condotte tenute dal dipendente, e, alla luce della "*espressa ricomprensione di condotte contrarie al dovere di diligenza, ai regolamenti interni, alla disciplina e alla morale, compresi i casi recanti pregiudizio alla persona, nelle ipotesi giustificanti l'adozione di sanzioni disciplinari di tipo conservativo ex art. 52 CCNL di riferimento*", è stata disposta la reintegra dello stesso ai sensi dell'art. 18, comma 4 l. 20 maggio 1970, n. 300.

²⁰⁰ Trib. Roma ord. 14.1.2013, est. Valle – R.G. 35289/2012, ove si legge che, pur prevedendo anche l'art. 56 del CCNL di settore "*le sanzioni dell'ammonizione scritta o del rimprovero verbale per il dipendente che non rispetti l'orario di lavoro o le formalità per il controllo delle presenze*", "*la mancata richiesta di un permesso per assentarsi al fine di espletare attività di assistenza in una causa civile...e l'omessa comunicazione di tale assenza, in assoluta carenza di altri procedimenti disciplinari...e nell'ambito dello svolgimento di attività sindacale...non è suscettibile di dare luogo...nel necessario rispetto dei criteri di proporzionalità e adeguatezza della sanzione di cui all'art. 2106 c.c. all'espulsione definitiva dalla compagine aziendale*", con conseguente applicazione, nel caso di specie, del rimedio di cui all'art. 18, comma 4 l. 20 maggio 1970, n. 300.

²⁰¹ V. *supra*.

²⁰² Trib. Voghera ord. 14.3.2013, est. Dossi – R.G. 1/2013, in corso di pubblicazione in *ADL*, 2013, con nota di E. GRAMANO, *Illegittimità del licenziamento disciplinare e tutele del lavoratore nel nuovo art. 18 st. lav.*, ove il Giudice, dopo aver valutato i "*fatti contestati*" sussistenti nel "*loro nucleo essenziale*", ha accertato che questi ultimi non rientrassero tra quelli "*per i quali la contrattazione collettiva prevede l'applicazione di sanzioni conservative*" (non essendo "*le condotte accertate riconducibili ad alcuna delle fattispecie di illecito tipizzate dall'art. 64 del CCNL applicato*") e, per l'effetto, applicato il rimedio di cui all'art. 18, comma 5 l. 20 maggio 1970, n. 300 in un caso di licenziamento dichiarato illegittimo per difetto di proporzionalità.

Analogamente, il diritto del lavoratore alla “tutela indennitaria forte” è stato riconosciuto da Trib. Milano 16.4.2013²⁰³ e Trib. Milano 28.12.2012²⁰⁴, in ipotesi di mancata indicazione puntuale (e di produzione in giudizio) da parte dello stesso della declaratoria collettiva che avrebbe asseritamente punito il suo comportamento con sanzione più blanda²⁰⁵.

3.2. Segue. Il licenziamento per ragioni oggettive.

Come già ricordato, il licenziamento per ragioni oggettive contemplato nel nuovo sistema sanzionatorio copre sia quello c.d. “economico” o “per ragioni economiche”, sia quello legato alla sfera del lavoratore ed estraneo a profili disciplinari.

Se nei casi del licenziamento disposto per inidoneità psicofisica sopravvenuta o per scadenza del periodo di comporto, la conseguenza dell’eventuale illegittimità del recesso non può che essere la “reintegrazione attenuata” del lavoratore²⁰⁶, non essendo concessa al Giudice alcuna discrezionalità nella scelta della sanzione, per il licenziamento per ragioni oggettive rientrante nella sfera dell’art. 3 l. 15 luglio 1966, n. 604²⁰⁷, il Giudice, almeno apparentemente²⁰⁸, “può” disporre tale tutela solo in presenza della (o di una) “manifesta insussistenza del fatto posto alla base del licenziamento...”²⁰⁹.

3.2.1 Il problema della “manifesta insussistenza del fatto posto alla base del giustificato motivo oggettivo”

Due paiono gli interrogativi più spinosi sollevati dalla nuova disposizione²¹⁰.

Innanzitutto, ci si è chiesti in cosa consista quel “fatto posto alla base del giustificato motivo oggettivo”, ai sensi dell’art. 18, comma 7 l. 20 maggio 1970, n. 300: nuovamente, si tratta del “fatto

²⁰³ Trib. Milano ord. 16.4.2013, est. Porcelli – R.G. 2894/2013, nonché, a cura del medesimo estensore, Trib. Milano 23.4.2013, est. Porcelli, in *Boll. Spec. ADAPT*, 2013, 21, ove, avendo accertato la “piena sussistenza del fatto contestato inteso come comportamento disciplinarmente rilevante”, il Giudice, pur rilevando la sproporzione del provvedimento rispetto alla gravità dell’inadempimento del dipendente, ha disposto la condanna della società alla corresponsione a favore di quest’ultimo dell’indennità ex art. 18, comma 5 l. 20 maggio 1970, n. 300, non avendo lo stesso “allegato e prodotto le disposizioni del CCNL o del codice disciplinare sui comportamenti passibili di sanzione conservativa”, utili ai fini della valutazione circa l’applicabilità del rimedio ex art. 18, comma 4 l. 20 maggio 1970, n. 300.

²⁰⁴ Trib. Milano ord. 28.12.2012, est. Cipolla – R.G. 13537/2012, ove si rileva come “la difesa della parte ricorrente nemmeno compie lo sforzo di individuare quale sanzione ritiene astrattamente applicabile e la ragione per la quale la ritiene integrata dalla condotta posta in essere dal ricorrente”, la quale, precisa il Giudice, era stata dimostrata dalla società in giudizio nella sua “materialità”, con conseguente applicazione al licenziamento impugnato, non integrante gli estremi della giusta causa, del rimedio indennitario di cui all’art. 18, comma 5 l. 20 maggio 1970, n. 300.

²⁰⁵ *Contra*, Trib. Bologna 25.9.2012, *cit.*, che ha acquisito d’ufficio lo stralcio del CCNL applicato al rapporto in esame ai fini della verifica circa la sussumibilità del “fatto” tra le condotte ivi previste ai sensi ed agli effetti dell’art. 18, comma 4 l. 20 maggio 1970, n. 300.

²⁰⁶ T. ORRÙ, *I licenziamenti per motivi di salute*, in F. AMATO e R. SANLORENZO (a cura di), *La legge n.92 del 2012 (Riforma Fornero): un’analisi ragionata*, *cit.*, 133.

²⁰⁷ Risulta peraltro difficile comprendere se nel motivo oggettivo la cui manifesta insussistenza “può” dar luogo alla reintegra in forma attenuata rientrino pure quei fatti inerenti alla sfera soggettiva del lavoratore, diversi dall’inidoneità sopravvenuta e dalla scadenza del periodo di comporto, parimenti privi di rilievo disciplinare: si pensi in particolare, al motivo oggettivo per “factum principis”, ovvero all’ipotesi di carcerazione preventiva del lavoratore: in senso favorevole, C. PONTARIO, *Il licenziamento per motivi economici*, in *ADL*, 2013, 1, 88-89; P. SORDI, *op.cit.*, 298.

²⁰⁸ Ovvero sulla base del dato testuale: sul punto, però, *infra*.

²⁰⁹ Cfr. art. 18, comma 7 l. 20 maggio 1970, n. 300.

²¹⁰ Per un’efficace sintesi, C. CESTER, *Il progetto di riforma della disciplina dei licenziamenti: prime riflessioni*, in *ADL*, 2012, 3, 576-577.

materiale” addotto dal datore di lavoro (la chiusura dello stabilimento, la difficile situazione finanziaria dell’impresa, così come risultante dal bilancio), o, ancora, di un “fatto giuridico”, consistente, nel licenziamento per ragioni economiche, in quell’insieme di scelte, valutazioni e decisioni che integrano tale motivo ai sensi dell’art. 3 l. 15 luglio 1966, n. 604 e che comprendono la scelta aziendale, il nesso di causalità della stessa con il licenziamento del singolo lavoratore e l’esperienza del tentativo di ripescaggio?

Dubbi ancor più si sono posti rispetto ai caratteri che renderebbero (*rectius*, qualificherebbero) tale “fatto”, “materiale” o “giuridico” che sia, “manifestamente insussistente”, e non già *sic et simpliciter* “insussistente”.

Volendo concentrare l’attenzione *in primis* su quest’ultimo aspetto, è stato da più parti sottolineato come l’aggettivo “manifesta” costituisca evidentemente il frutto di una svista o di un “*infortunio linguistico*”²¹¹ del legislatore, posto che il termine non aggiungerebbe nulla al piano dell’accertamento dell’esistenza di un “fatto” che *in rerum natura* esiste o non esiste e che, dunque, non può manifestamente esistere o non esistere²¹²; sicché tale riferimento normativo non farebbe che introdurre un ulteriore elemento di criticità all’interno di una disposizione già di complessa interpretazione²¹³, con ovvie implicazioni anche in termini di maggiori spazi per la tanto temuta discrezionalità giudiziaria²¹⁴.

Nel tentativo di attribuire un qualche significato all’aggettivo “manifesta”, un’opinione autorevolmente sostenuta assegna primario rilievo al piano probatorio²¹⁵, di tal che il carattere “manifesto” connoterebbe il grado di certezza processuale – non, dunque, naturalistico/esistenziale – del “fatto materiale”²¹⁶ o della ragione oggettiva dedotta²¹⁷.

A tale tesi si potrebbe obiettare come non risulterebbe del tutto agevole la concreta “misurazione” del grado di insufficienza sul piano probatorio circa la sussistenza del “fatto”.

²¹¹ Su tutti, V. SPEZIALE, *La riforma del licenziamento individuale etc.*, cit., 560.

²¹² F. SCARPELLI, *Il licenziamento individuale per motivi economici*, in M. FEZZI, F. SCARPELLI (a cura di), *Guida alla Riforma Fornero*, cit., 88.

²¹³ A. RUSSO, *Modelli di regolazione del rapporto di lavoro*, in F. BASENGI-L.E. GOLZIO (a cura di), *Regole, politiche e metodo. L’eredità di Marco Biagi nelle relazioni di lavoro di oggi*, Giappichelli, Torino, 2013, 215.

²¹⁴ P. TOSI, *op.cit.*, 834; M. MEUCCI, *La nuova disciplina dei licenziamenti*, reperibile sul sito <http://csdle.lex.unict.it/docs/generic/Il-dibattito-sulla-riforma-italiana-del-mercato-del-lavoro/3206.aspx>, 2.

²¹⁵ F. CARINCI, *Ripensando il “nuovo” etc.*, cit., 333; V. SPEZIALE, *op.cit.*, 561; ID., *Il licenziamento per giusta causa etc.*, cit., 341; L. NOGLER, *op.cit.*, 685; F. SCARPELLI, *loc.op.cit.*

²¹⁶ Sul punto, merita di essere richiamata la suggestiva ed argomentata tesi di A. PERULLI, *Efficient Breach etc.*, cit., 579-581, il quale, pur partendo dall’analoga considerazione per cui un fatto “*sul piano fenomenologico*” non può che essere o non essere, nota come, se già con l’art. 30, comma 3 della l. 4 novembre 2010, n. 183, si era assistito al tentativo di spingere il Giudice alla verifica della sussistenza materiale della ragione dedotta, più che della presenza del giustificato motivo, oggi la “manifesta insussistenza del fatto” e, conseguentemente, l’accesso al rimedio reintegratorio discenderebbe dall’accertamento dell’insussistenza del “fatto” sul piano materiale, mentre la sanzione indennitaria andrebbe riconosciuta nei casi di “fatto materiale” esistente ma non integrante i presupposti del giustificato motivo oggettivo; nello stesso senso, P. SORDI, *op.cit.*, 301.

²¹⁷ C. PONTERIO, *op.cit.*, 81, che ricorda il riferimento, contenuto nell’art. 23 legge n. 87 del 1953, alla “non manifesta infondatezza delle questioni di legittimità costituzionale”, che implica il giudizio circa la congruità di una questione o di un’interpretazione, senza alcuna necessaria connessione con aspetti “fenomenologici”.

In proposito, diverse voci hanno sostenuto che si dovrebbe trattare di una carenza emergente “ictu oculi”²¹⁸, tale da non richiedere l’assunzione di ulteriori prove da parte del Giudice²¹⁹, in pratica di tutti quei casi nei quali quest’ultimo, anche in passato, avrebbe avuto sufficienti elementi per decidere la causa già “in prima udienza”²²⁰; diversamente, quando al Giudice verrebbe richiesto un accertamento, anche confermativo di una prova già consistente ma non ancora sufficiente, si cadrebbe al di fuori dell’ipotesi di “manifesta insussistenza del fatto...”, con esclusione, di conseguenza, di ogni *chance* di accesso alla “tutela reintegratoria attenuata”²²¹.

Certo, accogliendo la lettura in parola, tale forma di tutela risulterebbe, nel licenziamento per ragioni economiche, destinataria di uno spazio applicativo assai ridotto, restando relegata a quei casi “grossolani”²²² di decisioni così “infondate o pretestuose”²²³ da far “percepire” (sul piano valutativo, non sensoriale) il *fumus*²²⁴ di un motivo illecito o discriminatorio²²⁵ non compiutamente dedotto e, soprattutto, dimostrato dal lavoratore in giudizio²²⁶.

Ancora, aderendo all’interpretazione prospettata, lo stesso, apparentemente indecifrabile, “può”²²⁷ potrebbe acquistare un senso, costituendo il segno della volontà legislativa di privare il Giudice di quel “potere” di reintegra verso il quale, nel malcelato (retro)pensiero del Legislatore, egli parrebbe invece tendere quasi “naturalmente”; quel “può”, infatti, ove letto in uno con la “manifesta insussistenza”, quasi alla stregua di “un’endiadi”²²⁸, sarebbe dunque ascrivibile, più che ad un “infortunio linguistico”, ad una “spia linguistica” propria di un “messaggio di policy”²²⁹ trasferitosi dall’*intentio* originaria alla *ratio* finale della norma²³⁰.

²¹⁸ A. ZAMBELLI, *Licenziamenti individuali e collettivi*, Il Sole 24 Ore, Milano, 2012, 116.

²¹⁹ C. PONTERIO, *op.loc.ult.cit.*, che adduce, quali esempi di “manifesta insussistenza del fatto”, le ipotesi della chiusura, mai verificatasi, di un reparto o di un punto vendita, dell’acquisto, mai avvenuto, di un macchinario, del licenziamento di un dipendente per crisi aziendale, seguito dall’assunzione di uno o più dipendenti per lo svolgimento delle mansioni proprie del lavoratore estromesso.

²²⁰ M. BIASI, *The Effects of the World Crisis on Employment Law and Industrial Relations: report on Italy*, in corso di pubblicazione in *CLL&PJ*, 2013.

²²¹ G. SANTORO-PASSARELLI, *op.ult.cit.*, 238.

²²² A. TOPO, *Le regole in materia di giustificato motivo oggettivo di licenziamento*, in F. CARINCI, M. MISCHIONE (a cura di), *Commentario alla Riforma Fornero etc.*, cit., 67; similmente, P. TULLINI, *op.loc.ult.cit.*

²²³ T. TREU, *op.cit.*, 40; in senso analogo, secondo P. TOSI, *op.cit.*, 834, si tratterebbe di situazioni “in cui dal comportamento del datore di lavoro risulti inequivocabilmente, per tabulas, contraddetto il motivo addotto”, o, ancora, secondo A. VALLEBONA, *L’ingiustificatezza qualificata etc.*, cit., 624, di ipotesi di “torto marcio” del datore di lavoro.

²²⁴ Criticamente, un “*fumus mali iuris*”, secondo S. LIEBMAN, E. GRAMANO, *La nuova disciplina delle tutele in caso di licenziamento illegittimo: il licenziamento per ragioni oggettive*, in M. PERSIANI, S. LIEBMAN (a cura di), *Trattato breve: il nuovo mercato del lavoro*, cit.

²²⁵ Segnalano opportunamente la complessità della distinzione in concreto tra l’ipotesi di “manifesta insussistenza” ed i casi di licenziamento per motivo illecito o discriminatorio, O. MAZZOTTA, *op.cit.*, 251 e P. IGHINO, *La riforma dei licenziamenti etc.*, cit., 16. Secondo M. FERRARESI, *Il licenziamento per motivi oggettivi*, cit., 264-265, il concetto di “manifesta insussistenza del fatto” (da intendersi, ad avviso dell’A. citato, “in senso materiale”), sarebbe qualcosa di qualitativamente diverso, tanto dalla mancanza dei presupposti del licenziamento per ragioni oggettive, quanto da quelli del licenziamento discriminatorio, collocandosi in una “posizione intermedia”.

²²⁶ Del resto, ove tale prova fosse stata fornita dal lavoratore, anche per mezzo di strumenti di carattere indiziario, si rientrerebbe invece nell’area della “tutela reintegratoria piena” ex art. 18, comma 1 l. 20 maggio 1970, n. 300, su cui v. *retro*.

²²⁷ Sul “può”, si veda *infra*.

²²⁸ A. PALLADINI, *La nuova disciplina etc.*, cit., 668.

²²⁹ P. TULLINI, *op.cit.*, 165.

²³⁰ F. CARINCI, *Ripensando il “nuovo” etc.*, cit., 331.

Venendo all'esame dei primi provvedimenti emessi in tema, al momento si segnala che, nella decisione Trib. Milano 11.3.2013²³¹, è stata riconosciuta la “*manifesta insussistenza del fatto posto alla base*” di un giustificato motivo intimato “*per riduzione dell'attività giustificata da una contrazione del sistema produttivo dovuto a provvedimenti di carattere generale straordinario e alla conseguente riduzione dell'attività*”.

Essendo la società rimasta contumace in sede processuale²³², il Giudice milanese ha ritenuto “*perciò solo*” applicabile il rimedio “*reintegratorio*”, nella forma “*attenuata*” ex art. 18, commi 4 e 7, il che parrebbe offrire un argomento, pur non dirimente, a favore della tesi secondo cui la “*manifesta insussistenza*”, tanto del “*fatto*” quanto della “*ragione*” addotta a sostegno del giustificato motivo oggettivo, non possa che essere valutata sulla base del quadro probatorio, per definizione “*manifestamente*” carente nei casi di contumacia del datore di lavoro.

Certo, per il definitivo consolidarsi dell'opinione descritta, difetterebbe *in toto* la controprova, consistente in – almeno – una decisione che intervenga all'esito di un giudizio in cui la società si costituisca e adduca uno o più “*fatti*” (o ragioni) che si rivelino, sin da subito²³³, “*manifestamente insussistenti*”.

Di tal guisa, si può al momento rilevare come, in attesa dei nuovi responsi giurisprudenziali, non possa ancora ritenersi chiarito quale sia il *discrimen* tra “*manifesta insussistenza*” e – *mera* – insussistenza del “*fatto posto alla base del giustificato motivo oggettivo*” ai sensi dell'art. 18, comma 7 l. 20 maggio 1970, n. 300.

3.2.2. “*Manifesta insussistenza*” e obbligo di *repêchage*.

Strettamente connessa alla problematica da ultimo esaminata, si colloca la “*questione del repêchage*”, in buona parte legata all'incerta base dogmatica di tale istituto di origine giurisprudenziale²³⁴.

Ci si è infatti chiesti se la prova dell'impossibilità di adibire il lavoratore ad altre mansioni, in alternativa al recesso, debba essere collocata “*dentro la fattispecie*”, rientrando tra gli “*estremi*” del giustificato motivo, al pari della soppressione del posto e del nesso di causalità, o, all'opposto, se si tratti di un elemento “*successivo*” (o, meglio, esterno) rispetto alla fattispecie del giustificato motivo oggettivo di licenziamento, perfettamente integrato, nei suoi presupposti, dalla ragione addotta e dal nesso di causalità.

²³¹ Trib. Milano ord. 11.3.2013, est. Perillo – R.G. 1049/2013.

²³² Rimanendo contumace, la società è giocoforza decaduta dalla facoltà di provare la fondatezza delle circostanze poste alla base del provvedimento espulsivo.

²³³ Ossia, sin da subito, dalla mera lettura degli atti, ovvero all'esito di un accertamento probatorio sommario, secondo le caratteristiche del nuovo “*Rito Fornero*”, sul quale, come detto, si avrà modo di soffermarsi nel prossimo contributo.

²³⁴ In tema, da ultimo, C. PISANI, *Il repêchage nel licenziamento per motivi oggettivi: la <creazione> si espande al pari dell'incertezza*, in *MGL*, 2013, 4, 186 ss., al quale si rinvia per gli opportuni riferimenti giurisprudenziali e dottrinali.

Aderendo alla prima lettura²³⁵, il mancato esperimento del ripescaggio potrebbe condurre alla “*manifesta insussistenza del fatto...*”, condizionando in tal modo la facoltà²³⁶, o l’obbligo²³⁷, a seconda di come si interpreti l’ormai noto “*può*”, del Giudice di disporre la reintegra.

Accedendo alla seconda opinione²³⁸, invece, il *repêchage* non rientrerebbe in alcun modo tra gli elementi in grado di condurre all’accertamento della “*manifesta insussistenza del fatto...*”, e, dunque, si tratterebbe di uno di quei casi – se non il caso – di illegittimità del licenziamento per ragioni oggettive per cui la legge prevede il rimedio della “*tutela indennitaria forte*”.

In questa seconda direzione pare si siano orientate le prime ordinanze pronunciate sul punto.

In particolare, nella già richiamata Trib. Milano 20.11.2012²³⁹, avente ad oggetto un licenziamento per giustificato motivo oggettivo intimato a seguito di cessazione dell’appalto cui il lavoratore era addetto, si legge che la mancata prova dell’impossibilità di reimpiegare quest’ultimo in altri

²³⁵ M.T. CARINCI, *Il licenziamento discriminatorio o etc.*, cit., 658, secondo la quale la modifica organizzativa, il nesso ed il *repêchage* sono angoli visuali da cui guardare al giustificato motivo oggettivo, che, dunque, o ricorrerebbe in tutti i suoi elementi, o non ricorrerebbe affatto; A. PERULLI, *Fatto e valutazione giuridica del fatto etc.*, cit., 800-801; L. ZOPPOLI, *op.cit.*, 137-138; P. SORDI, *op.cit.*, 303; M. MARAZZA, *op.cit.*, 629, che però pare dubbioso all’idea che il mancato assolvimento dell’obbligo di *repêchage* possa rientrare nell’ipotesi della “*manifesta insussistenza*”; analogamente, P. TULLINI, *op.cit.*, 168; V. SPEZIALE, *La riforma del licenziamento individuale etc.*, cit., 563-564; F. SCARPELLI, *op.loc.ult.cit.* Sempre secondo la prospettiva in esame, si è sostenuto che all’interno della fattispecie del giustificato motivo oggettivo possa rientrare anche il c.d. “*repêchage infragruppo*”: O. RAZZOLINI, *Impresa di gruppo, interesse di gruppo e codatorialità nell’era della flexicurity*, in *RGL*, 2013, 1, 50, nt. 91.

²³⁶ Escludono la possibilità di attribuire al “*può*” il significato di un “*deve*”, pur nella diversità dei presupposti e delle condizioni individuate per l’esercizio di tale scelta, più o meno discrezionale, da parte del Giudice: M. PERSIANI, *op.cit.*, 1; C. PISANI, *L’ingiustificatezza qualificata del licenziamento: convincimento del giudice e onere della prova*, in *MGL*, 2012, 10, 745; A. TOPO, *op.ult.cit.*, 68; V. SPEZIALE, *op.ult.cit.*, 568-560, che pure ravvisa nella norma un difetto di ragionevolezza ai sensi dell’art. 3 Cost., a fronte dell’assenza della medesima “*facoltà*” del Giudice nel decidere il rimedio applicabile in ipotesi di licenziamento disciplinare illegittimo; O. MAZZOTTA, *op.cit.*, 252, che a sua volta rileva l’irragionevolezza di tale previsione; F. SCARPELLI, *op.loc.ult.cit.*; S. LIEBMAN, *Il recesso individuale dal rapporto di lavoro*, cit., secondo cui andrebbe valorizzato “*il senso e la funzione della particolare procedura preventiva prevista in caso di licenziamento per motivi economici*”, fornendo, “*attraverso i parametri del corretto svolgimento della procedura e del comportamento tenuto dalle parti in quella occasione, un qualche criterio oggettivo da offrire al giudice per ancorare la propria decisione*”; A. VALLEBONA, *L’ingiustificatezza qualificata etc.*, cit., 624, ad avviso del quale si tratterebbe di una decisione da adottare “*secondo equità*”; R. DEL PUNTA, *op.ult.cit.*, 361, che si esprime in termini di “*trapianto nell’ordinamento di pezzo di modello tedesco*”; similmente, M. FERRARESI, *Il licenziamento per motivi oggettivi*, cit., 266, secondo cui il Giudice avrebbe la facoltà di valutare caso per caso l’opportunità del reinserimento in azienda del lavoratore sulla base della situazione concreta e dei rapporti tra le parti; G. VIDIRI, *op.ult.cit.*, 648, che individua nel “*può*” un elemento di discrezionalità del Giudice, da esercitare secondo i criteri della lite temeraria ex art. 96 cod.proc.civ. e tenendo presente altresì il comportamento delle parti nella procedura conciliativa.

²³⁷ Interpretano il “*può*” come un “*deve*”: A. MARESCA, *op.cit.*, 449; G. SANTORO-PASSARELLI, *op.ult.cit.*, 238; P. SORDI, *op.cit.*, 311; C. COLOSIMO, *op.cit.*, 1046; A. PERULLI, *Efficient Breach etc.*, cit., 580-581; Id., *Fatto e valutazione giuridica etc.*, cit. 291, il quale ritiene l’interpretazione in parola l’unica in grado di scongiurare l’illegittimità costituzionale della disposizione per contrasto con l’art. 3 Cost.

²³⁸ M. PERSIANI, *op.cit.*, 18, nt. 48, che rileva come si possa parlare di *repêchage* solo “*dopo*” che sia stata accertata l’esistenza del giustificato motivo oggettivo dedotto, come confermerebbe il fatto che le modalità dell’espletamento del “*ripescaggio*” dipendano proprio dalle caratteristiche della ragione oggettiva adottata; F. CARINCI, *Ripensando il “nuovo” etc.*, cit., 334; G. SANTORO-PASSARELLI, *op.ult.cit.*, 236-237, ad avviso del quale l’interpretazione in parola si avvarrebbe di quella lettura del *repêchage* che onera il lavoratore di indicare l’esistenza di posti alternativi e, pertanto, di introdurre in giudizio tale questione, della quale il giudice altrimenti non si occuperebbe, limitandosi a dichiarare legittimo il licenziamento per sussistenza della ragione adottata; R. DEL PUNTA, *op.loc.ult.cit.*; P. TOSI, *loc.op.ult.cit.*; A. RUSSO, *Modelli di regolazione del rapporto di lavoro etc.*, cit., 215; C. PISANI, *op.ult.cit.*, 192; L. GALANTINO, *La riforma del regime sanzionatorio dei licenziamenti individuali illegittimi: le modifiche all’art. 18 dello Statuto dei lavoratori*, in G. PELLACANI (a cura di), *Riforma del lavoro. Tutte le novità introdotte dalla legge 28 giugno 2012, n. 92*, Giuffrè, Milano, 2012, 250; A. TOPO, *op.ult.cit.*, 70.

²³⁹ Trib. Milano 20.11.2012, est. Casella, cit.

appalti, pur rendendo illegittimo il recesso intimato, *“esula propriamente dal fatto posto a fondamento del licenziamento, costituendone invero una «conseguenza»”*²⁴⁰.

Ad avviso del Giudice milanese, infatti, (solo) *“una volta venuta meno la posizione lavorativa, il datore di lavoro è tenuto, prima di recedere dal contratto, a verificare (secondo il principio di buona fede e correttezza nell'esecuzione del rapporto negoziale) se vi sia la possibilità di ricollocazione del lavoratore all'interno dell'azienda”*²⁴¹.

Analoghe considerazioni vengono svolte da Trib. Milano 29.3.2013²⁴², avente ad oggetto un licenziamento per giustificato motivo oggettivo per soppressione della posizione lavorativa, ritenuto legittimo nel caso di specie dal Giudice, il quale, del pari, non ha rilevato alcuna violazione dell'obbligo di *repêchage*, posta la non ricollocabilità della lavoratrice nelle posizioni lavorative alternative dalla stessa indicate.

Nel rigettare la pretesa della lavoratrice, il Giudice ha svolto, evidentemente in forma di *obiter dictum*²⁴³, alcune interessanti riflessioni circa le conseguenze, nel nuovo quadro sanzionatorio dell'art. 18 l. 20 maggio 1970, n. 300, dell'eventuale violazione dell'obbligo di *repêchage*, individuando in quest'ultimo una *“figura giuridica che presuppone l'effettiva eliminazione della posizione lavorativa occupata dalla risorsa espulsa, essendo evidente come, altrimenti, non vi sia alcuna necessità di ricollocare il dipendente in altra e diversa posizione lavorativa”*; da ciò discenderebbe che *“la problematica del repêchage è estranea al concetto di manifesta insussistenza di cui all'art. 18, comma 7, L. n. 300/1970”*, presupponendo, da un lato, *“l'effettività della ragione...posta alla base del licenziamento”*, dall'altro lato, *“la possibilità – muovendo da una verifica successiva al fatto posto alla base del licenziamento per giustificato motivo oggettivo, vale a dire «a valle» di detto «fatto» – di evitare la risoluzione del rapporto, ricollocando il dipendente in altra posizione lavorativa”*.

Di conseguenza, conclude il Giudice milanese, laddove il recesso sia viziato per mancato assolvimento dell'onere di *repêchage*, la conseguenza non potrebbe che essere il riconoscimento della tutela (indennitaria forte) di cui all'art. 18, comma 5 l. 20 maggio 1970, n. 300, e non della tutela (reintegratoria attenuata) ex art. 18 commi 7 e 4 della medesima legge.

4. I vizi procedurali e la “tutela indennitaria ridotta”.

L'ultima forma di tutela nel nuovo regime sanzionatorio “modulato” si applica nei casi di *“inefficiacia”* del licenziamento indicati nell'art. 18, comma 6 l. 20 maggio 1970, n. 300, in presenza dei

²⁴⁰ In termini di obbligo di *repêchage* quale *“conseguenza”* del giustificato motivo oggettivo si esprime testualmente anche C. COLASIMO, *op.cit.*, 1048; in proposito, si legga il commento di M. FERRARESI, *L'art. 18 dello Statuto etc.*, cit., 348, che ritiene condivisibile la soluzione sul punto, anche se *“ricostruita in modo non pienamente perspicuo”*.

²⁴¹ A tale accertamento era seguita la condanna della società alla corresponsione dell'indennità risarcitoria ex art. 18, commi 5-7 l. 20 maggio 1970, n. 300, determinata nella misura *“equa”* di 20 mensilità, *“vista l'anzianità lavorativa del ricorrente, e tenuto conto del numero dei dipendenti occupati, delle dimensioni dell'attività economica, del comportamento e delle condizioni delle parti, nonché della totale assenza della procedura preventiva di conciliazione”*.

²⁴² Trib. Milano ord. 29.3.2013, est. Greco – R.G. 1612/2013.

²⁴³ Avendo rigettato interamente le pretese della lavoratrice, il Giudice non era infatti tenuto a precisare quali avrebbero (o non avrebbero) potuto essere i rimedi in ipotesi di pronuncia alla stessa favorevole.

quali, a differenza che in ipotesi di licenziamento orale²⁴⁴, l'atto di recesso risulta comunque idoneo a produrre l'effetto estintivo sul rapporto, pur comportando il vizio procedurale il pagamento dell'indennità risarcitoria ridotta²⁴⁵.

In particolare, la "tutela indennitaria ridotta" si applica in ipotesi di "violazione" del requisito di motivazione del licenziamento ex art. 2, comma 2 l. 15 luglio 1966, n. 604, della procedura di contestazione disciplinare ex art. 7 l. 20 maggio 1970, n. 300, nonché della "nuova" procedura preventiva al licenziamento per giustificato motivo oggettivo ex art. 7 l. 15 luglio 1966, n. 604 (su cui v. *infra*).

Sempre l'art. 18, comma 6 l. 20 maggio 2012, n. 92 specifica che tale rimedio si applichi nelle situazioni appena elencate, "a meno che il Giudice, sulla base della domanda del lavoratore, accerti che vi è anche un difetto di giustificazione del licenziamento, nel qual caso applica, in luogo di quelle previste dal presente comma, le tutele di cui ai commi quarto, quinto e settimo".

La Legge, quindi, ha, almeno sulla carta, cura di precisare che al lavoratore è garantito il diritto di accedere alla tutela più forte in contemporanea presenza di un vizio di merito del provvedimento e di una violazione di tipo procedurale.

4.1 Vizi procedurali e "merito" del licenziamento.

Se il vizio procedurale "assoluto", ovvero la mancanza di forma scritta dell'atto di recesso, riceve nel nuovo regime modulato la sanzione massima²⁴⁶, gli "altri" vizi procedurali vengono dunque "puniti" con la misura – indennitaria – minima, pur risultando solo in apparenza meno gravi, dal momento che si possono risolvere in una lesione del diritto di difesa del lavoratore in grado di incidere sulle sue concrete possibilità di contestare in giudizio la carenza di giustificazione del recesso²⁴⁷.

Tanto in ipotesi di licenziamento disciplinare, quanto di licenziamento per motivo oggettivo, il datore di lavoro potrebbe addirittura trovare in certi casi conveniente non contestare o non motivare per esteso il recesso, in modo tale da relegare "al buio" ogni doglianza riguardante profili diversi da quello del vizio formale dell'atto, come visto – più – blandemente sanzionato²⁴⁸.

In una simile prospettiva, si è sostenuto che si debba distinguere tra una motivazione carente in senso assoluto ed una motivazione che, incompleta o frammentaria, risulti pur sempre in grado di far comprendere al lavoratore – ed eventualmente contestare in giudizio – le ragioni del licenziamento²⁴⁹.

²⁴⁴ Condivisibilmente critico sul "doppio uso" del termine "inefficace" nel nuovo art. 18 l. 20 maggio 1970, n. 300, F. CARINCI, *Il licenziamento inefficace*, in F. CARINCI, M. MISCIONE (a cura di), *Commentario alla Riforma Fornero etc.*, cit., 72 ss.

²⁴⁵ In sostanza, si tratterebbe di un licenziamento "inefficace solo a parole, ma effettivo a pieno titolo, come tale idoneo a far cessare il rapporto al solo costo di un'indennità risarcitoria debole": così F. CARINCI, *Ripensando il "nuovo" etc.*, cit., 307; in termini di "singolare inefficacia", P. SORDI, *op.cit.*, 318.

²⁴⁶ Si tratta della tutela reintegratoria forte ex art. 18, comma 1 l. 20 maggio 1970, n. 300, su cui v. *retro*.

²⁴⁷ V. SPEZIALE, *La riforma del licenziamento etc.*, cit., 544; G. CANNATI, *op.cit.*, 203; L. ZOPPOLI, *op.cit.*, 144.

²⁴⁸ Sull'assenza dell'interesse datoriale all'accertamento dell'inadempimento da parte del lavoratore e sul conseguente "uso strumentale del potere disciplinare", in ipotesi di mancata contestazione dell'addebito, A.L. TERZI, *op. cit.*, 111.

²⁴⁹ P. SORDI, *op.cit.*, 325; V. PAOLILLO, *op.cit.*, 470-472.

Si pensi ad un caso, come quello all'esame di Trib. Milano 9.3.2013²⁵⁰, in cui la lettera di recesso per superamento del periodo di comporto conteneva la mera menzione dell'avvenuto superamento dello stesso "già da tempo": nel ritenere tale licenziamento inefficace ex art. 2, comma 2 l. 15 luglio 1966, n. 604 e nel condannare la società al pagamento dell'indennità ex art. 18, comma 6 l. 20 maggio 1970, n. 300²⁵¹, il Giudice ha insistito sul fatto che la lettera di recesso esprimesse "pur sempre, anche se in maniera generica, la volontà della resistente di procedere al licenziamento per giustificato motivo oggettivo": di conseguenza, non poteva ritenersi in contestazione la giustificazione del recesso, ma solo la lacunosità della sua motivazione sul piano formale.

Ancor più controversa risulta l'ipotesi di un licenziamento disciplinare intimato in assenza di preventiva contestazione dell'addebito.

Se più voci hanno sostenuto che tale mancanza debba condurre all'accertamento dell'"*insussistenza del fatto contestato*" di cui all'art. 18, comma 4 l. 20 maggio 1970, n. 300²⁵², altra parte della dottrina ha rilevato come il nuovo regime sanzionatorio preveda un'apposita sanzione per la "violazione" (e, dunque, anche per l'omissione) della procedura di contestazione disciplinare, e che quindi eventuali carenze di quest'ultima non possano condurre *ipso facto* all'applicazione di un rimedio che presuppone l'accertamento in sede processuale della "insussistenza" della mancanza imputata al lavoratore²⁵³.

Diverso è il caso di una contestazione disciplinare ritualmente effettuata, ma di contenuto generico, che, al pari di una motivazione del recesso incompleta, non sembra privare il lavoratore della possibilità di conoscere, pur non compiutamente, i fatti addebitatigli e, dunque, di predisporre la propria strategia difensiva.

Si segnala sul punto Trib. Milano 22.1.2013²⁵⁴, che ha ritenuto generica la contestazione dell'addebito, mossa, almeno in un primo momento²⁵⁵, con la sola indicazione della "fine del mese di luglio" come periodo di commissione di un "fatto" puntualmente ricostruito nei suoi elementi dalla società, con conseguente applicazione della sanzione ex art. 18, comma 6 l. 20 maggio 1970, n. 300.

La medesima tutela è stata riconosciuta al lavoratore da Trib. Ancona 31.1.2013²⁵⁶, in ipotesi di mancato rispetto dei termini di apertura del procedimento disciplinare stabiliti dalla

²⁵⁰ Trib. Milano ord. 9.3.2013, est. Scarzella – R.G. 31/2013.

²⁵¹ Il Giudice milanese ha disposto il pagamento dell'indennità risarcitoria "nella misura di dieci mensilità...tenuto conto della palese genericità della motivazione in esame e della durata del rapporto".

²⁵² F. CARINCI, *Ripensando il "nuovo" etc.*, cit., 309; C. COLOSIMO, *op.cit.*, 1035, A. PALLADINI, *La nuova disciplina etc.*, cit., 675, anche nel caso di motivazione del recesso del tutto carente; similmente, G. CANNATI, *op.ult.cit.*, 204.

²⁵³ M. TREMOLADA, *op.ult.cit.*, 57.

²⁵⁴ Trib. Milano ord. 22.1.2013, est. Cuomo – R.G. 14951/2012.

²⁵⁵ Solo a seguito delle controdeduzioni del lavoratore, e dunque tardivamente secondo il Giudice, la società aveva precisato che i fatti contestati, consistenti nella consumazione di un rapporto sessuale "di gruppo" durante l'orario di lavoro e nella successiva richiesta di mantenere il riserbo al collega "estraneo" ai fatti e degli stessi "scopritore" (anch'egli svolgente mansioni di guardia giurata presso la Stazione Centrale di Milano), si erano consumati nelle giornate del 4 e 5 agosto 2012.

²⁵⁶ Trib. Ancona ord. 31.1.2013, est. Sbano, in *Boll. Spec. ADAPT*, 2013, 21, che peraltro ha escluso l'illegittimità del licenziamento "nel merito", dopo aver "escluso l'insussistenza del fatto contestato" ed aver operato il confronto tra quest'ultimo, di "oggettiva gravità", e le condotte indicate – "con estrema genericità" – nel codice disciplinare applicato.

contrattazione collettiva.

Ad esiti interpretativi diversi, sempre con riferimento ad una contestazione disciplinare mossa tardivamente²⁵⁷, è giunta invece Trib. Milano 27.3.2013²⁵⁸, ove si è ritenuto, perverso non troppo limpidamente, che “*la violazione del principio di immediatezza*” comportasse, “*tenuto conto della mancata contestazione da parte del lavoratore del fatto addebitato nella sua dimensione oggettiva e soggettiva (che non consente di escludere la sussistenza del fatto addebitato ai sensi dell’art. 18, comma 4)*”, l’applicazione del “rimedio risarcitorio forte” ex art. 18, comma 5 l. 20 maggio 1970, n. 300.

4.2. Ambito e scopi della “nuova” procedura ex art. 7 l. 15 luglio 1966, n. 604 ed effetti del suo mancato o irregolare espletamento.

Un vivace dibattito ha poi interessato i confini dell’obbligo procedurale anteriore all’irrogazione del licenziamento per giustificato motivo oggettivo, disciplinato dal “nuovo” art. 7 l. 15 luglio 1966, n. 604, il cui mancato o erroneo espletamento costituisce uno dei presupposti per la pronuncia di inefficacia ai sensi dell’art. 18, comma 6 l. 20 maggio 1970, n. 300.

Due, in sostanza, i quesiti che si sono all’uopo posti: da un lato, se la procedura vada esperita per tutti i casi di giustificato motivo oggettivo, ovvero solo per i licenziamenti per ragioni connesse alla sfera dell’impresa; dall’altro lato, se il mancato o incompleto espletamento della procedura possa avere rilevanza anche sul giudizio circa il merito del licenziamento, ovvero sulla scelta della sanzione applicabile.

Passando all’esame del primo aspetto, secondo larga parte della dottrina la procedura andrebbe esperita solo anteriormente ai licenziamenti “economici”, ovvero intimati (o intimandi) per un giustificato motivo oggettivo afferente alla sfera dell’impresa²⁵⁹, con esclusione, dunque, dei recessi disposti sia per inidoneità psico-fisica sopravvenuta sia per scadenza del periodo di comportamento.

Secondo altri, invece, l’obbligo procedurale riguarderebbe tutte le ipotesi di giustificato motivo oggettivo, comprese quelle legate alla sfera del lavoratore²⁶⁰.

Sul punto la giurisprudenza sembra essersi divisa.

²⁵⁷ Si trattava, in particolare, di irregolarità commesse dal dipendente in un lasso di tempo dal 2009 al 2011, nell’ambito della conclusione di operazioni commerciali con un cliente straniero; di tali circostanze, si legge nell’ordinanza, la società era venuta a conoscenza all’esito di un’ispezione interna conclusasi nel febbraio 2012, alla quale era seguita, a distanza di oltre un mese (e, dunque, tardivamente), la lettera di contestazione al lavoratore.

²⁵⁸ Trib. Milano ord. 27.3.2013, cit., relativa, peraltro, ad un licenziamento intimato in data 4.4.2012, e dunque in periodo ante-Riforma: sul punto, v. *retro*.

²⁵⁹ P. TULLINI, *op.cit.*, 157; G. CANNELLA, *I licenziamenti con vizi di forma e di procedura*, in F. AMATO E R. SANLORENZO (a cura di), *La legge n.92 del 2012 etc.*, cit., 181.

²⁶⁰ D. BORGHESI-G. PELLACANI, *La procedura preventiva in caso di licenziamento per giustificato motivo oggettivo*, in G. PELLACANI (a cura di), *I licenziamenti individuali e collettivi*, Giappichelli, Torino, 2013, 254; P. SORDI, *Le modifiche alla disciplina dei licenziamenti individuali*, in ID. (a cura di), *La riforma del lavoro..etc.*, cit., 235-236, con esclusione però, oltre che dei casi di impossibilità totale della prestazione lavorativa, del licenziamento per superamento del periodo di comportamento; F. SCARPELLI, *op.cit.*, 85, che estende invece l’obbligatorietà della procedura anche a quest’ultima ipotesi di licenziamento.

Da una parte, Trib. Milano 22.3.2013²⁶¹ e Trib. Perugia 7.3.2012²⁶², aventi ad oggetto rispettivamente un licenziamento intimato per scadenza del periodo di comporto ed uno per inidoneità fisica sopravvenuta²⁶³, hanno ritenuto applicabile la procedura per tali “tipi” di licenziamento per ragioni oggettive, nel cui ambito non andrebbe esclusa a priori la possibilità di una preventiva valutazione sulla ricollocabilità del dipendente presso l’organo terzo ed indipendente indicato dall’art. 7 l. 15 luglio 1966, n. 604.

Altra parte della giurisprudenza ha escluso l’onere procedurale per il licenziamento per superamento del periodo di comporto²⁶⁴, così come per le ipotesi di inidoneità psicofisica permanente sopravvenuta²⁶⁵, in entrambi i casi perché la procedura, come del resto indicato nel comma 1 dell’art. 7 l. 15 luglio 1966, n. 604, riguarderebbe “il licenziamento di cui all’art. 3, seconda parte” della medesima Legge, e, dunque, quello “determinato da ragioni interenti all’attività produttiva, all’organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di essa”²⁶⁶.

Al fine di fare maggiore – o, almeno, parziale – chiarezza sul punto, è in seguito intervenuto l’art. 7, comma 4 d.l. 28.6.2013²⁶⁷, convertito in l. 9 agosto 2013, n. 99²⁶⁸, che, nel modificare l’art. 7, comma 6 l. 15 luglio 1966, n. 604, ha espressamente escluso che la procedura in parola si applichi ai licenziamenti per superamento del periodo di comporto e ai licenziamenti effettuati a seguito di un cambio di appalto con successiva assunzione presso il datore di lavoro subentrante, in virtù di clausole collettive di garanzia occupazionale, nonché ai licenziamenti e alla interruzioni di lavoro per completamento delle attività e chiusura del cantiere, nel settore delle costruzioni edili²⁶⁹.

Tale precisazione, però, se pare dirimere la questione con riferimento al licenziamento per superamento del periodo di comporto, non consente di escludere che la procedura debba essere

²⁶¹ Trib. Milano ord. 22.3.2013, est. Atanasio – R.G. 1299/2013; si veda, poi, Trib. Milano 1.7.2013, est. Atanasio – R.G. 5919/2013, emessa all’esito di giudizio di reclamo e – non sorprendentemente – confermativa dell’orientamento espresso in primo grado dallo stesso Giudice.

²⁶² Trib. Perugia ord. 7.3.2012, est. Claudiani – R.G. 1843/2012, che, oltretutto, ha condannato il datore di lavoro alla corresponsione dell’indennità risarcitoria nella misura massima di 12 mensilità, sulla base della “gravità della violazione formale (radicale omissione della procedura)”.

²⁶³ Nel caso in questione, peraltro, si trattava di un’inidoneità psico-fisica che aveva determinato, non tanto e non solo l’impossibilità della prestazione, ma anche la revoca della nomina a guardia giurata da parte del Prefetto, il che avrebbe potuto generare un dubbio sulla natura dell’impossibilità sopravvenuta: per *factum principis* ovvero per inidoneità psico-fisica sopravvenuta alla prestazione?

²⁶⁴ Trib. Milano ord. 5.3.2013, est. Casella – R.G. 96/2013, in linea con le indicazioni sul punto della Circolare del Ministero del lavoro n. 3 del 16.1.2013.

²⁶⁵ Trib. Taranto ord. 16.1.2013, est. Solo.

²⁶⁶ Ad avviso del Tribunale di Taranto, il licenziamento per inidoneità psico-fisica a svolgere le mansioni rientrerebbe “nell’ambito dell’impossibilità definitiva, totale o parziale, allo svolgimento della prestazione lavorativa (artt. 1256 e 1258 codice civile), che consente appunto la risoluzione del contratto...ai sensi degli artt. 1463 e 1464 c.c.”, contemplando un presupposto affatto diverso per la cessazione del rapporto dal giustificato motivo oggettivo di cui all’art. 3, comma 2 l. 15 luglio 1966, n. 604.

²⁶⁷ Per un primo commento, M. TUTTOBENE, *Licenziamenti per motivo oggettivo: fugati alcuni dubbi interpretativi, ma resa più gravosa la procedura di conciliazione preventiva*, in M. TIRABOSCHI (a cura di), *Interventi urgenti per la promozione dell’occupazione, in particolare giovanile, e della coesione sociale. Primo commento al decreto legge 28 giugno 2013, n. 76*, Adapt University Press, Modena, 2013, 254 ss.

²⁶⁸ La l. 9 agosto 2013, n. 99 ha confermato, senza modifiche, il contenuto dell’art. 7, comma 4 d.l. 28 giugno 2013, n. 76.

²⁶⁹ Cfr. art. 7, comma 4 d.l. 28 giugno 2013, n. 76, che, a proposito di questa seconda esenzione dall’obbligo procedurale, fa riferimento all’art. 2, comma 34 l. 28 giugno 2012, n. 92.

espletata anteriormente all'intimazione di un licenziamento per inidoneità psico-fisica sopravvenuta.

Piuttosto, si potrebbe sostenere che il Legislatore, non menzionando tale "tipo" di licenziamento tra le deroghe all'obbligo procedurale, abbia inteso valorizzare la possibile valutazione dell'occupabilità residua del lavoratore inabile o malato proprio all'interno della "nuova" procedura anteriore al licenziamento, anche in considerazione della presenza in ipotesi di uno specifico obbligo di *repêchage ex lege*²⁷⁰, assente in tutti gli altri casi, compreso quello di superamento del periodo di comporto²⁷¹.

Ciò parrebbe porsi in linea con l'opinione che ha escluso una funzione meramente conciliativa della procedura²⁷², o di mero incentivo ad una risoluzione consensuale del rapporto²⁷³, al pari del previgente "*tentativo obbligatorio di conciliazione*" ex art. 410 cod.proc.civ.²⁷⁴, ravvisando, al contrario, nel nuovo obbligo procedurale i presupposti per l'ingresso nel giudizio di "fatti", come quelli relativi al *repêchage*, in grado di costituire elementi per la decisione sulla scelta della sanzione applicabile da parte del Giudice²⁷⁵, se non addirittura sulla legittimità delle ragioni addotte nel merito a giustificazione del recesso²⁷⁶.

A sostegno della tesi da ultimo esposta, si aggiunge che l'art. 7, comma 4 d.l. 28 giugno 2013, n. 76 ha espressamente previsto la valutabilità dell'assenza di una delle parti alla procedura (non il comportamento, che resta rilevante ai fini del *quantum* della sanzione²⁷⁷) ai sensi dell'art. 116 cod.proc.civ. e, dunque, come argomento di prova²⁷⁸, in tal modo tracciando (o, più

²⁷⁰ Art. 4, comma 4 l. 12 marzo 1999, n. 68, che prevede che i lavoratori divenuti inabili allo svolgimento delle mansioni per infortunio o per malattia non siano licenziabili per giustificato motivo oggettivo, qualora sia possibile la loro adibizione a mansioni equivalenti o, in mancanza, anche inferiori.

²⁷¹ A. TOPO, *op.cit.*, 64.

²⁷² Assegnano alla procedura ex art. 7 l. 15 luglio 1966, n. 604 una funzione principalmente, se non esclusivamente, conciliativa: P. TULLINI, *op.cit.*, 166, che pure riconosce certe potenzialità della stessa anche oltre il piano conciliativo individuale; M. MAGNANI, *op.ult.cit.*, 12, ad avviso della quale risulterebbe "*del tutto fuorviante*" un accostamento di tale adempimento a quello previsto nei licenziamenti collettivi; D. BORGHESI, *Licenziamenti: tentativo di conciliazione e procedimento speciale*, in F. CARINCI, M. MISCIONE (a cura di), *Commentario alla Riforma Fornero etc.*, cit., 14 ss.

²⁷³ F. LISO, *Le norme in materia di flessibilità in uscita nel disegno di legge Fornero*, reperibile sul sito http://csdile.lex.unict.it/archive/uploads/up_170433988.pdf, 2.

²⁷⁴ Il previgente "*tentativo obbligatorio di conciliazione*" è stato reso facoltativo dall'art. 31 l. 4 novembre 2011, n. 183, che ha ridefinito la struttura della conciliazione preventiva (alla lite, però, non all'adozione dell'atto di recesso, come nella procedura ex art. 7 l. 15 luglio 1966, n. 604) disciplinata dagli artt. 410 e 411 cod.proc.civ.: per un riepilogo, O. DESSI, *L'insostenibile leggerezza della conciliazione amministrativa*, in LD, 2013, 1, 83 ss., cui si rimanda anche per gli opportuni riferimenti bibliografici.

²⁷⁵ S. LIEBMAN, E. GRAMANO, *La nuova disciplina delle tutele in caso di licenziamento illegittimo etc.*, cit., ad avviso dei quali il corretto espletamento della procedura potrebbe costituire un elemento rilevante nella scelta della sanzione da parte del Giudice in ipotesi di "*manifesta insussistenza del fatto*".

²⁷⁶ Valorizza il ruolo della procedura quale "*filtro*" degli elementi rilevanti del caso, utile al Giudice per l'adozione di "*decisioni informate*", T. TREU, *op.cit.*, 8-9; L. ZOPPOLI, *op.ult.cit.*, 149, che sostiene come nel corso della procedura il datore di lavoro avrebbe la possibilità di "*enunciare un fatto giuridicamente apprezzabile, chiaro ed inequivocabile*", in modo tale da evitare il successivo riconoscimento in sede giudiziale della "*manifesta insussistenza del fatto posto alla base del giustificato motivo oggettivo*".

²⁷⁷ Art. 7, comma 8 l. 15 luglio 1966, n. 604.

²⁷⁸ Pervero, anche qui il Legislatore sembra aver peccato di imprecisione, posto che l'art. 116 cod.proc.civ., richiamato per intero dall'art. 7, comma 4 d.l. 28 giugno 2013, n. 76, ha principalmente per oggetto la "*valutazione delle prove*" ed i relativi criteri, come si ricava dal comma 1 della disposizione, ove si legge che "*il Giudice deve valutare le prove secondo il suo prudente apprezzamento, salvo che la legge disponga altrimenti*". Solo nel secondo comma della disposizione si fa riferimento alla possibilità del giudice di ricavare

propriamente, calcando) il *fil rouge* tra il corretto espletamento della procedura ed il successivo giudizio sul licenziamento.

Del resto, volendosi focalizzare sul corretto adempimento dell'obbligo di *repêchage*, la mancata presenza in sede di procedura, tanto del lavoratore quanto del datore di lavoro²⁷⁹, rende impossibile ogni valutazione sulla possibile ricollocazione del dipendente (e/o sull'adozione di misure alternative al recesso), elemento come visto rilevante, tanto nella valutazione circa la legittimità del licenziamento per giustificato motivo intimato, quanto nella scelta della sanzione in ipotesi di carenza di giustificazione: in tal senso, nei confronti della parte che scelga di non presentarsi, è allora ragionevole che la Legge abbia previsto una conseguenza sul piano processuale, in termini di limitazione²⁸⁰ alla facoltà di addurre argomenti circa la correttezza o, specularmente, il non corretto espletamento²⁸¹ di tale – pur incerta – prerogativa di “diritto vivente”.

5. Conclusioni

Nel volgere alle conclusioni della presente rassegna, sembra opportuno riprendere il filo dall'inizio, ripartendo dalla tesi secondo cui la Riforma dell'art. 18 l. 20 maggio 1970, n. 300 avrebbe inciso solo sulle conseguenze del licenziamento illegittimo, e non già sui suoi presupposti giustificativi (o, in altri termini, sulle causali)²⁸².

Tale – per certi versi, “confortante” – assunto, sottoposto ad incisive critiche da parte di autorevole dottrina²⁸³, è stato sin da subito messo in dubbio dalla Cassazione che, nell'escludere che la nuova disciplina sostanziale possa essere applicata ai giudizi in corso, ha osservato come il nuovo regime “non incide solo sul solo apparato sanzionatorio ma impone un approccio diverso alla qualificazione giuridica dei fatti incompatibile con una sua immediata applicazione ai processi in corso”²⁸⁴.

Nel presente lavoro ci si è allora soffermati sul problema del “nuovo” licenziamento discriminatorio e dei suoi confini²⁸⁵, tanto rispetto al motivo illecito quanto rispetto al recesso “semplicemente” ingiustificato, portato prepotentemente all'attenzione, non soltanto da approfondite e suggestive tesi dottrinali, ma anche da alcuni dei provvedimenti esaminati, dai cui effetti (più che

“argomenti di prova” da una serie di comportamenti, ivi indicati, ai quali parrebbe essere ora assimilata, nell'ambito del giudizio sul giustificato motivo oggettivo, la mancata presenza di una o entrambe le parti alla procedura ex art. 7 l. 15 luglio 1966, n. 604.

²⁷⁹ Donde il riferimento nell'art. 7, comma 4 alla mancata presentazione “di una o entrambe le parti”.

²⁸⁰ Si tratta pur sempre di un “argomento di prova” e, dunque, non di una prova “piena”.

²⁸¹ Rispettivamente, da parte del datore di lavoro e del lavoratore.

²⁸² V. *retro*, nt. 10 e 21.

²⁸³ F. CARINCI, *Ripensando il “nuovo” etc.*, cit., 311, che esprime dubbi circa il fatto che le nozioni di giusta causa e giustificato motivo “non finiscano per risentire delle specifiche ipotesi previste per riconoscere la reintegra, come elaborate ed utilizzate nella pratica...si da uscirne dilatate o ridimensionate rispetto alle letture correnti”; sull'incompletezza della separazione tra le due fasi del giudizio e sulla conseguente influenza reciproca (in particolare, della prima sulla seconda), si leggano anche le puntuali osservazioni svolte in ID., *Il legislatore e il giudice: l'imprevisto innovatore etc.*, cit., 783-784. Sulla “risrittura di buona parte del diritto sostanziale”, per effetto della revisione dei meccanismi sanzionatori dell'atto di recesso, P. TULLINI, *op.ult.cit.*, 149; seri dubbi sul possibile effetto della Riforma sulle causali erano stati posti anche da C. CESTER, *La metamorfosi della tutela reale*, cit., 32 e da V. SPEZIALE, *Il licenziamento per giusta causa etc.*, cit., 328.

²⁸⁴ Cass. 7.5.2013, n. 10550, cit.

²⁸⁵ G. ZILIO GRANDI, *I licenziamenti un anno dopo la Fornero*, in R. ZUCARO e M. FERRARESI (a cura di), *I licenziamenti a un anno dalla Riforma Fornero*, cit., 1.

dai presupposti) si è potuto notare una significativa *vis expansiva* del licenziamento discriminatorio e, soprattutto, della relativa tutela (“reintegratoria forte”).

Altrettanto intensa è parsa, passando al “*licenziamento disciplinare*”, la *vis expansiva* del rimedio reintegratorio, pur nella sua forma “attenuata”, sia per effetto dell’ampia lettura del “*fatto*” di cui all’art. 18, comma 4 l. 20 maggio 1970, n. 300, sia, soprattutto, per il costante ricorso al principio di proporzionalità ai fini dell’interpretazione o, più spesso, dell’integrazione (quando non, addirittura, della correzione) delle – quasi sempre generiche – previsioni della contrattazione collettiva o dei codici disciplinari applicabili.

Allo stesso tempo, però, sono stati menzionati alcuni esempi di espansione dei “nuovi” rimedi (o, meglio, delle relative “formule”) verso la fattispecie, avendo alcune pronunce rigettato ogni pretesa del lavoratore in punto di illegittimità del licenziamento disciplinare alla luce della “*sussistenza del fatto contestato*”, che, invece, nel quadro della Riforma, dovrebbe rilevare solo come presupposto negativo (“*insussistenza del fatto contestato*”) utile ai fini della determinazione della sanzione avverso un licenziamento dichiarato illegittimo.

Nel licenziamento per motivo oggettivo, non sembra, sulla scorta dei provvedimenti esaminati, essersi ancora consolidato un orientamento che chiarisca i presupposti per l’applicazione della tutela reintegratoria o di quella indennitaria, attribuendo un significato (o, forse, una cornice) a quell’“*insussistenza del fatto posto alla base del giustificato motivo oggettivo...*” qualificata dal suo essere “*manifesta*”. Due ordinanze del Tribunale di Milano hanno escluso che il mancato esperimento dell’obbligo di *repêchage* afferisca a tale “attributo” del fatto (o del giustificato motivo), ma non si è avuto modo di reperire pronunciamenti in grado di accertare quando tale “*fatto*” sia manifestamente insussistente per carenza della ragione addotta o del nesso di causalità, oltre all’ipotesi, oggetto di una terza decisione dei Giudici milanesi in tema, di contumacia della società e di conseguente decadenza della facoltà di dimostrare *in toto* le ragioni alla base del provvedimento. Peraltro, anche nei casi – dai contorni ancora piuttosto “nebulosi”, e, dunque, tutto fuorché “manifesti” – di “*manifesta insussistenza del fatto...*” resterebbe comunque aperta la questione dell’ormai celebre “*può*”, riferito al compito (potere, facoltà o obbligo?) del Giudice di decidere il rimedio applicabile in tali ipotesi.

Infine, nel licenziamento affetto da vizi procedurali, da un lato, sono stati segnalati casi in cui tale vizio, per il quale il nuovo regime sanzionatorio “modulato” prevede il rimedio più blando, può coinvolgere anche aspetti “sostanziali” del provvedimento, come ad esempio in ipotesi di omessa contestazione nel licenziamento disciplinare; dall’altro lato, risultano ancora incerti gli spazi e le finalità della “nuova” procedura preventiva al licenziamento per ragioni oggettive, e/o, per certi versi, ancora inesplorate le sue potenzialità su di un piano più che deflattivo.

In conclusione, dopo un anno di applicazione giurisprudenziale del “nuovo” art. 18 l. 20 maggio 1970, n. 300 si può sostenere che l’intento di lasciare la tutela ripristinatoria ai margini, tanto nel licenziamento disciplinare quanto in quello per motivo oggettivo, non pare essersi compiutamente realizzato²⁸⁶, così come quello di porre un argine alla discrezionalità dei Giudici nella valutazione sulla legittimità del licenziamento, ora, al contratio, ampliata ed estesa al momento della – complessa – scelta delle conseguenze in ipotesi di recesso ingiustificato.

²⁸⁶ Tale assunto si riferisce alle cause giunte a decisione, esulando l’analisi degli effetti della Riforma sulla conciliazione delle liti dall’ambito di competenza della presente rassegna.

Del resto, sull'incompleto raggiungimento degli obiettivi auspicati sembra avere giocato un ruolo decisivo la velocità, auto o etero-indotta, dell'*iter* di approvazione della Legge, al pari della natura compromissoria, politicamente necessitata, di molte delle disposizioni esaminate, specie se confrontate con la proposta *originaria* (e, soprattutto, con la relativa *intentio*).

In questo senso, la fretta sembra dunque essersi rivelata, ancora una volta, "cattiva consigliera" nell'adozione di un provvedimento per la cui stesura, nell'ottica di una riduzione della discrezionalità giudiziaria e di una maggiore prevedibilità delle decisioni in materia di licenziamento, ci si sarebbe potuti maggiormente ispirare all'insegnamento di chi, ben prima di auspicare un ruolo del Giudice quale "bouche qui prononce les paroles de la loi", aveva ravvisato la necessità che le Leggi fossero *poche, semplici e chiare*²⁸⁷.

²⁸⁷ Il celebre passaggio è tratto dal libro XI, cap. VI di MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, in S. COTTA (a cura di), *Lo spirito delle leggi*, vol. I, Unione Tipografico-Editrice Torinese, Torino, 1965, 275-292, spec. 287. Della medesima opinione, avuto riguardo alla materia in esame, F. CARINCI, *Ripensando il "nuovo" etc.*, cit., 295, laddove l'A. condivisibilmente sottolinea che "oggi come ieri la strada maestra per limitare la discrezionalità del giudice è pur sempre quella di una legge con una finalità chiara ed una lettera trasparente".

Il buio oltre la siepe: Corte cost. 23 luglio 2013, n. 231*

Franco Carinci

1. La costituzionalizzazione della ratio dell'art. 19 lett. a) e b) St. da parte di Corte cost. n. 54/1974 e n. 334/1988. 71
2. *Segue*: la sua difesa in Corte cost. n. 30/1990, non senza qualche "insofferenza": l'art. 19 St. è norma permissiva, sì da impedire una rappresentatività *octroyée*. 73
3. *Segue*: la sua messa in crisi a seguito della consultazione referendaria del 1995, cui ha dato via libera Corte cost. n. 1/1994. 76
4. La sottovalutazione della discontinuità in Corte cost. n. 492/1995 con riguardo alla lett. a): a seguito della sua cancellazione, è espulsa dallo Statuto, ma non dall'ordinamento, la nozione di "confederazione maggiormente rappresentativa" ... 78
5. *Segue*: ... ma di fatto sostituita nella legislazione successiva con quella di "associazione comparativamente più rappresentativa". 80
6. La sottovalutazione della discontinuità in Corte cost. n. 244/1996 e in Corte cost. n. 345/1996 con riguardo alla lett. b): a seguito della sua amputazione, non è introdotta alcuna rappresentatività *octroyée*... 82
7. *Segue*: ... e non è ravvisabile alcuna rappresentatività "coatta", nel senso di una alternativa fra sottoscrivere o rinunciare alla presenza sindacale in azienda, tale da ledere la libertà sindacale. 84
8. L'evoluzione storica che fa da sfondo alla vicenda Fiat. 86
9. L'eccezione di costituzionalità sollevata dal Tribunale di Modena 4 giugno 2012. 89
10. La svolta di Corte cost. n. 231/2013: una falsa sentenza additiva. 94
11. *Segue*: una ricostruzione della precedente giurisprudenza costituzionale in chiave "giustificatoria" con il cambiamento di rotta attribuito *in toto* al mutamento dello scenario sindacale e normativo. 95
12. *Segue*: una conclusione problematica con l'ultima parola rimessa al legislatore cui viene offerta una rosa di soluzioni un po' improvvisata. 98
13. Giudizi, bilanci, previsioni non richieste ma comunque disponibili gratuitamente. 101

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 182/2013

1. La costituzionalizzazione della ratio dell'art. 19 lett. a) e b) St. da parte di Corte cost. n. 54/1974 e n. 334/1988.

Nell'ultimo Convegno AIDLASS, tenutosi a Bologna il 16 e 17 maggio, con un tema quale *“La crisi e i fondamenti del diritto del lavoro”*, ritenuto sufficientemente altisonante e generico per permettere alle vecchie glorie sopravvissute di celebrare il mezzo secolo di vita dell'Associazione, mi venne spontaneo mutuare ed adattare alla bisogna il titolo di un vecchio film: *“Il diritto sindacale non abita più qui”*. Non certo il diritto sindacale, che avevo appreso al termine degli anni '50 nel mio corso di studi, un misto di assenteismo e di interventismo paternalista, consegnato alle scarse paginette delle benemerite pagine del mitico manualetto di F. Santoro Passarelli; ma neppure quello che avevo visto nascere a cavallo fra gli anni '60 e '70, un *mix* di *revival* costituzionale e di promozione, consacrato nelle formule secche e tornite dello Statuto dei lavoratori.

Avendo narcisisticamente conservato le riedizioni del Manuale di diritto lavoro, nato come *joint venture* di quattro colleghi accomunati dall'ambizione di farsi strada in una corporazione ancora alquanto ingessata per via di una politica del diritto radicata nella *“rivoluzione statutaria”*, mi è stato facile ritrovare e riprendere in mano la terza edizione del primo volume, dedicato al Diritto sindacale, uscita nel 1994. La lezione introiettata dagli autori e dispensata agli studenti come parte ormai scindibile ed insopprimibile della stessa Carta fondamentale è quella di una convivenza virtuosa nello Statuto dei Lavoratori di un'anima *“costituzionalista”*, con a sua norma portante l'art. 18, e di un'anima *“promozionale”*, con a sua regola base l'art. 19 St.

Si dava atto che la lettera dell'art. 19 St. apparisse compromissoria: fra organizzazione e movimento, così da attribuire all'*“iniziativa dei lavoratori”* la costituzione delle rsa, ma collocandola *“nell'ambito”* di associazioni sindacali debitamente selezionate; fra sindacalismo confederale e autonomo, sì da riservare la lett. a) alle associazioni sindacali *“aderenti alle confederazioni maggiormente rappresentative sul piano nazionale”*, ma accompagnandola con la lett. b) comprensiva di quelle *“non affiliate alle predette confederazioni che siano firmatarie di contratti collettivi nazionali o provinciali di lavoro applicati nell'unità produttiva”*. Ma si lasciava intendere che la *ratio* di tale articolo risultasse assai poco compromissoria, data la preferenza che se ne poteva dedurre dalla congiuntura politico-istituzionale e dalla gestazione a favore della organizzazione rispetto al movimento; ed al sindacalismo confederale rispetto all'autonomo.

La preferenza *a pro* dell'organizzazione era stata colta dalla giurisprudenza ordinaria, la quale aveva ridimensionato a poco o niente l'*“iniziativa dei lavoratori”*, ben consapevole che - declinata a misura della media-piccola impresa, vera e propria destinataria della politica promozionale statutaria - avrebbe dovuto scontare la difficoltà di trovar gente disposta ad esporsi in prima persona. E quella *a pro* del sindacalismo confederale era stata valorizzata dalla giurisprudenza costituzionale, con una coppia di sentenze emesse nello stesso anno: Corte cost. (sent.) 6 marzo 1974, n. 54 e Corte cost. (sent.) 27 dicembre 1974, n. 290.

1a) Con Corte cost. n. 54/1974 era stato salvato l'art. 19 St., tramite una rilettura dell'art. 39, co. 1 Cost., per cui ben aveva potuto il legislatore prevedere, oltre ad un regime protettivo generale, esteso a tutte le organizzazioni sindacali (artt. 14, 15, 16 e 18 St.), uno ulteriore promozionale di per se stesso selettivo (Tit. III St.), limitato solo a quelle associazioni sindacali che potevano vantare come condizione minima una dimensione territoriale, quale deducibile dalla sottoscrizione di un contratto collettivo nazionale o provinciale applicabile, sì da evitare una frammentazione dispersa a livello aziendale della rappresentanza, poco redditizia per il personale e molto costosa

per il datore; e, come condizione auspicabile, una dimensione “paese”, quale ricavabile dall’adesione “ad una confederazione che abbia raggiunto una reale effettività rappresentativa sul piano nazionale”, sì da permettere una gestione coordinata a livello centrale della stessa rappresentanza. E se qui la condizione minima, comune alla lett. a) e b), era resa esplicita, mentre la condizione auspicabile, esclusiva della lett. a), era mantenuta sotto traccia, nella successiva Corte cost. (sent.) 24 marzo 1988, n. 334 proprio quest’ultima verrà a dominare la scena. Una volta individuato come il “più importante indice di identificazione della confederazione maggiormente rappresentativa...” quello “che richiede una equilibrata consistenza associativa in tutto l’arco delle categorie che essa è istituzionalmente intesa a tutelare, e perciò esclude che per tale possa qualificarsi un’organizzazione, anche confederale, di tipo monocategoriale”, lo si motiva con un testo meritevole di essere riportato integralmente: “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. Questa concezione corrisponde al ruolo tradizionalmente svolto dal movimento sindacale italiano; ma quel che qui interessa – e che assume rilievo decisivo – è che essa è coerente al complessivo disegno cui è informata la Carta costituzionale, nel quale anche l’art. 39 va inserito; e cioè, sia il principio solidaristico, specificatamente enunciato nell’art. 2 e matrice di molte altre disposizioni costituzionali; sia al principio consacrato nel secondo comma dell’art. 3 che, promuovendo l’egualianza sostanziale tra i 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)” (v. Corte cost. n. 334/1988).

1b) Niente di più, e di meglio, avrebbe potuto essere scritto da Gino Giugni, registrato all’anagrafe come padre dello Statuto. Ma quel che preme sottolineare è l’eco addirittura letterale in questa Corte cost. n. 334/1988 della precedente Corte cost. n. 290/1974, con cui era stato dilatato l’art. 40 Cost., per tramite di una reinterpretazione con il quale veniva elevato a diritto costituzionalmente tutelato lo sciopero c.d. per le riforme, tenuto a battesimo nel volgere dal decennio ’60 al decennio ’70, in quanto “idoneo a favorire il perseguimento dei fini di cui al secondo comma dell’art. 3 della Costituzione”, con il trasparente sottinteso che a condurlo fossero le associazioni sindacali di cui alla stessa lett. a), cioè, per antonomasia, la Cgil, la Cisl, la Uil, le sole ritenute capaci di scongiurare una corporativizzazione ingovernabile della conflittualità politico-economica.

Da quella edizione del primo volume del manuale Carinci - De Luca Tamajo - Tosi - Treu si percepiva chiaramente la centralità rivestita nella politica promozionale statutaria dalle confederazioni maggiormente rappresentative, capaci di legittimare le associazioni aderenti a costituire rappresentanze sindacali aziendali per forza originaria; e la conseguente ostinazione della dottrina a

modellarne le caratteristiche a misura di Cgil, Cisl ed Uil, vere destinatarie della promozione del Tit. III dello Statuto. E, al tempo stesso, si avvertiva la marginalità delle associazioni sindacali non aderenti a codeste confederazioni, idonee a dar vita a rsa solo per forza derivata da una previa relazione contrattuale.

Diversamente dall'impressione ricavabile dalla configurazione dell'art. 19 St., che sembrava non solo appaiare ma equiparare quelle *sub a*) e *sub b*) in vista del Tit. III dello Statuto, le due ipotesi risultavano profondamente divaricate nella loro *ratio* e dinamica. Sicché è stata solo una forzatura falsamente sistematica, responsabile di tutta una certa confusione concettuale e pratica successiva, unificarle sotto una nozione comune di "maggiore rappresentatività".

Solo la prima incorporava la *ratio* della politica statutaria, promuovendo una "selezione" programmata per il futuro, con l'esplicita finalità di una diffusa ed articolata presenza nei luoghi di lavoro delle associazioni sindacali capaci di canalizzare, gestire, rendere negoziabile la spinta di base. Come tale non richiedeva alcuna disponibilità della controparte datoriale; e costituiva di per sé solo una pre-condizione di fatto favorevole allo svolgimento dell'attività contrattuale, a cominciare da quella aziendale.

Mentre la seconda ipotesi semmai indeboliva tale *ratio*, privando la prima di quella esclusività logicamente coerente, ma politicamente impraticabile; e lo faceva prendendo atto di una "selezione" già avvenuta nel passato in forza della sottoscrizione di un contratto collettivo nazionale o provinciale applicabile, con l'implicita giustificazione che l'essere associazione sindacale riconosciuta in sede di negoziazione territoriale bastasse a legittimarne la presenza qualificata in azienda. Come tale richiedeva la disponibilità non solo della organizzazione datoriale territoriale, ma di massima anche delle associazioni sindacali già accreditate nella categoria; e rappresentava di per sé una pre-condizione di diritto della costituzione di rsa.

Del che si sarebbe subito rivelata consapevole la giurisprudenza, col coltivare una esegesi dell'art. 19 St. che ne impedisse una eventuale applicazione elusiva, tale da lasciare aperta la porta ad una concessione unilaterale della controparte datoriale. La giurisprudenza costituzionale avrebbe interpretato l'intero art. 19 St. nel senso che fosse permissivo, così da escludere che quell'articolo potesse essere aggirato per mezzo della conclusione di un'intesa aziendale *ad hoc*; a sua volta, la giurisprudenza ordinaria avrebbe letto la lett. b) nel senso che fosse insufficiente sottoscrivere un contratto collettivo nazionale o provinciale applicabile, ma fosse necessario partecipare anche al relativo negoziato, così da evitare che quella lettera potesse essere *bypassata* per tramite di una mera adesione successiva.

È interessante notare come questa giurisprudenza ordinaria prendesse atto della crescente perdita di egemonia della "Triplice", senza rimettere in discussione la primazia della dimensione confederale; cioè col coltivare un'interpretazione aperta della lett. a), tale da legittimare confederazioni diverse da Cgil, Cisl, Uil, a cominciare dalla Cinal, ma al tempo stesso conservare, anzi rafforzare un'interpretazione chiusa della lett. b).

2. Segue: la sua difesa in Corte cost. n. 30/1990, non senza qualche "insofferenza": l'art. 19 St. è norma permissiva, si da impedire una rappresentatività *octroyée*.

Secondo la cadenza lunga propria di un manuale di diritto sindacale che evita di proposito di inseguire troppo dappresso un processo in continuo divenire per una qual certa pigrizia degli autori, coperta dall'alibi di dover attendere il consolidarsi delle novità, la quarta edizione avrebbe visto

la luce solo nel 2002. Ma se pur costretta a dare atto dell'autentica rivoluzione intervenuta nel frattempo a seguito della consultazione referendaria del 1995, la incorpora ed ammortizza senza enfatizzare quella netta soluzione di continuità destinata ad emergere in piena vista dopo la svolta del secolo, sì da ricostruire con una sorta di fredda neutralità la successione fra vecchio e nuovo testo dell'art. 19 St.

Il diritto ha dalla sua la forza dell'inerzia, che proprio un testo come un manuale ad uso di uno studente destinato ad apprendere la capacità auto-generativa, valorizza appieno. Ma certo la sottovalutazione della rottura avvenuta a metà del decennio '90 era favorita dalla convergenza di una sostanziale mitizzazione del diritto sindacale statutario intervenuto a riempire il vuoto costituzionale, ritenendo che fosse comunque sopravvissuto a se stesso; e di una apparente irrilevanza pratica dell'intervenuta abrogazione referendaria, constatando che chi aveva titolo a costituire rsa per la defunta lett. a), lo conservava anche per l'amputata lett. b).

D'altronde prima responsabile di tale sottovalutazione era stata la stessa Corte costituzionale, allorché con la sua sentenza del 12 gennaio 1994, n. 1 aveva dato via libera ai due referendum abrogativi relativi all'art. 19 St., così chiarendone le finalità perseguite: *“Il quesito sub II esprime chiaramente l'intendimento (massimale) dei promotori di ottenere l'abrogazione di tutti i criteri di “maggiore rappresentatività” adottati dal citato art. 19, primo comma lett. a) e b), per la selezione delle rappresentanze sindacali aziendali destinatarie dei diritti e delle tutele previsti nel titolo III della legge n. 300 del 1970, mentre dal quesito sub I – legato al secondo da una relazione logica di alternatività subordinata – risulta l'intendimento (minimale) di ottenere almeno l'abrogazione dell'indice presuntivo di rappresentatività previsto dalla lettera a) e l'abbassamento della soglia minima di verifica della rappresentatività effettiva prevista dalla lettera b)”* (v. Corte cost. n. 1/1994).

Ora qui ritornava la forzatura accreditata dalla precedente giurisprudenza costituzionale di ricondurre sotto un'unica nozione di rappresentatività le ipotesi *sub a)* e *sub b)*, qualificando la prima come legata ad un *“indice presuntivo”*, e la seconda come *“effettiva”*, quasi ad orecchiare una terminologia corrente, portata a svalutare tutto quel che puzzasse di presunzione *vis-à-vis* a tutto quello che odorasse di effettività. Solo col continuare a dar per scontata un'unica nozione, la Corte poteva considerare l'esistenza fra il quesito *“massimale”* ed il quesito *“minimale”* legati da una mera *“relazione logica di alternatività subordinata”*, come se la questione di quel che sarebbe restato a seguito di un'abrogazione referendaria fosse di mera quantità e non di qualità, tant'è che la stessa eventuale cancellazione di entrambe le lettere non le sembrava preclusiva.

A fronte di una siffatta possibilità, essa si limitava a commentare con una qual sorta di cinica freddezza: *“È vero che la norma residua ammetterebbe indiscriminatamente ai benefici del tit. III qualsiasi gruppo di lavoratori autoqualificantesi rappresentanza sindacale aziendale, senza alcun controllo del grado di effettiva rappresentatività. Ma il legislatore potrà intervenire dettando una disciplina sostanzialmente diversa da quella abrogata, improntata a modelli di rappresentatività sindacale compatibili con le norme costituzionali e in pari tempo consoni alle trasformazioni sopravvenute nel sistema produttivo e alle nuove spinte aggregative degli interessi collettivi dei lavoratori (cfr. sentenza n. 30/1990)”* (v. Corte cost. n. 1/1994).

Nessuna, neppur lontana, rimembranza della sentenza n. 54/1974, che aveva passato il regime promozionale di per se stesso selettivo previsto dall'art. 19 St., proprio perché tale da limitare l'accesso ad associazioni sindacali almeno a dimensione sovra-aziendale, sì da evitare il rischio di

un ingorgo rappresentativo, visto come contro-produttore, per non parlare della sentenza n. 334/1988, che aveva elevato a protagoniste elettive le confederazioni pluricategoriali. Nessuna, neppure tenue, consapevolezza della contraddizione insita in una motivazione la quale dava semaforo verde ad una consultazione referendaria che, se vittoriosa nella sua richiesta massimale, avrebbe spalancato l'accesso a semplici aggregazioni auto-qualificantesi come rappresentative, per poi parare ogni possibile critica, col prevedere in tale evenienza una risposta legislativa diretta a rovesciare o comunque a ridimensionare l'ancor calda volontà popolare.

Comunque, faceva capire la Corte, un avvertimento a varare una nuova disciplina l'aveva già dato con la precedente sentenza del 26 gennaio 1990, n. 30, sicché, a fronte dell'inerzia legislativa, risultava del tutto giustificato il via libera dato alla duplice richiesta referendaria. Niente da eccepire, se la Corte, garante ultima della razionalità del sistema, avesse potuto cavarsela facendo propria la massima popolare per cui "chi è causa del suo male pianga se stesso"; ma, anche a prescindere, quale nuova disciplina sostanzialmente diversa sarebbe riuscita compatibile con la Carta fondamentale, visto che proprio quella di cui all'art. 19 St. era stata consacrata dalla precedente giurisprudenza come costituzionale "a 18 carati"?

Una traccia su quale avrebbe dovuto essere questa disciplina sostanzialmente diversa era qui data dal suo dover essere consona *"alle trasformazioni sopravvenute nel sistema produttivo e alle nuove spinte aggregative degli interessi collettivi dei lavoratori"* (v. Corte cost. n. 1/1994). La qual frase, di per sé, non diceva molto, se non al più che era cresciuta la convinzione circa l'obsolescenza del modello statutario, peraltro teorizzato al meglio solo qualche anno prima, in Corte cost. n. 334/1988.

Per capire qualcosa di più occorre andare a dare un'occhiata a Corte cost. n. 30/1990, esplicitamente richiamata dalla sentenza n. 1/1994. Ed il farlo riservava più di una sorpresa, perché, come già ricordato, quella sentenza, ispirata da una finalità antielusiva, configurava l'art. 19 St. come permissivo, così da escludere il rischio che potesse essere aggirato per mezzo della conclusione di un accordo aziendale *ad hoc*; mentre proprio l'approvazione della proposta referendaria minimale, con la conseguente apertura dell'amputata lett. b) alla contrattazione aziendale, era destinata a reintrodurre tale possibilità.

Anche con riguardo a questa sentenza n. 30/1990 pare opportuno far parlare la stessa Corte, che riparte dalla lezione, ormai collaudata, di una protezione statutaria articolata su un duplice livello, il primo comune a tutte le associazioni sindacali, il secondo riservato alle associazioni dotate di una *"effettiva rappresentatività"*: *"Il principale criterio selettivo adottato al riguardo è quello della 'maggiore rappresentatività' a livello pluricategoriale (art. 19, lett. a), finalizzato a favorire un processo di aggregazione e coordinamento degli interessi dei vari gruppi professionali, di sintesi delle varie istanze rivendicative e di raccordo con le esigenze dei lavoratori non occupati. Ma accanto ad esso la tutela rafforzata è stata conferita (lett. b) anche al sindacalismo autonomo, sempreché esso si dimostri capace di esprimere – attraverso la firma di contratti collettivi nazionali e provinciali di lavoro applicati nell'unità produttiva – un grado di rappresentatività idoneo a tradursi in effettivo potere contrattuale a livello extra-aziendale (cfr. sent. n. 334 del 1988). E, si chiede "se il criterio selettivo espresso in tale disposizione sia da considerare, nel sistema dello Statuto, come criterio inderogabile, ed in caso positivo se tale inderogabilità sia o meno conforme a Costituzione"*, per, poi, rispondere positivamente ad entrambe le domande: *"Al di fuori della rappresentatività generale presupposta nella lett. a), la lett. b) dell'art. 19 appresta un congegno di verifica empirica della rappresentatività nel singolo contesto produttivo, misurandola*

sull'efficienza contrattuale dimostrata almeno a livello locale, attraverso la partecipazione alla negoziazione ed alla stipula di contratti collettivi provinciali. Nel fissare a tale livello – extra-aziendale – la soglia minima della rappresentatività, il legislatore ha tra l'altro inteso evitare, o quanto meno contenere, i pregiudizi che alla libertà ed autonomia della dialettica sindacale, all'egualianza tra le varie organizzazioni ed all'autenticità del pluralismo sindacale possono derivare dal potere di accreditamento della controparte sindacale. Rispetto a tali pericoli, l'accesso pattizio alle misure di sostegno non offre alcuna garanzia oggettivamente verificabile, in quanto è strutturalmente legato al solo potere di accreditamento dell'imprenditore. Il patto, infatti, non presuppone di per sé alcuna soglia minima di rappresentatività dell'organizzazione che ne sia beneficiaria, pur al livello meramente aziendale, sicché può avvantaggiare sindacati di scarsa consistenza e correlativamente alterare la parità di trattamento rispetto ad organizzazioni dotate di rappresentatività anche maggiore presenti in azienda. Pur al di fuori dell'ipotesi di sostegno al sindacato 'di comodo' (art. 17), sarebbe in tal modo consentito all'imprenditore di influire sulla libera dialettica sindacale in azienda, favorendo quelle organizzazioni che perseguono una politica rivendicativa a lui meno sgradita" (v. Corte cost. sent. n. 30/1990).

Fin qui, sarebbe sembrato, niente di nuovo sotto il sole, che, anzi, assunta la sentenza n. 54/1974 come quella madre, le due successive, cioè le nn. 334/1988 e 30/1990, davano l'impressione di muoversi in piena sintonia, con l'enfatizzazione di una politica promozionale che valorizzava, con riguardo alla lett. a), la natura interconfederale della confederazione maggiormente rappresentativa e, rispetto alla lett. b), la dimensione comunque extra-aziendale. Tant'è che proprio la sentenza n. 30/1990 dava l'impressione di concludersi con la frase significativa per cui "*Le ragioni che spinsero il legislatore del 1970 a scoraggiare la proliferazione di 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 tutt'ora in larga misura valide*" (v. Corte cost. sent. n. 30/1990).

3. Segue: la sua messa in crisi a seguito della consultazione referendaria del 1995, cui ha dato via libera Corte cost. n. 1/1994.

Sarebbe sembrato, ma a torto. Perché in quella stessa sentenza n. 30/1990, la Corte si lasciava subito scappare quella sorta di riserva a futura memoria, che illumina retrospettivamente la successiva sentenza n. 1/1994 di via libera alla consultazione referendaria. A suo dire "*La Corte è 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 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 andata progressivamente attenuandosi l'idoneità del modello disegnato nell'art. 19 a rispecchiare l'effettività della rappresentatività. 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 datoriale, che per quanto si è detto può non offrire garanzie di espressione della rappresentatività reale. Si tratta, invece, di dettare nuove regole idonee ad inervare, 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 dello Statuto; 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*

ed incisiva azione sindacale pervengano a significativi livelli di reale consenso” (v. Corte cost. sent. n. 30/1990).

Salvo ritornare più oltre su questa motivazione, allorché si tratterà di vedere come la Corte riconcilerà l'interpretazione di una lett. b) ancora integra, espressa con questa sua sentenza n. 30/1990 con quella di una lett. b) amputata, offerta con la successiva sentenza 12 luglio 1996, n. 244, c'era, e c'è, da farsi una domanda. Perché mai a fronte del caso di un sindacato autonomo che rivendicava di poter continuare a fruire di permessi sindacali ex Tit. III St., già goduti per tacita intesa o, comunque, per generalizzata prassi aziendale, la Corte, dopo aver dato pollice verso, ci racconta quanto sopra?

A rileggerlo ora il testo citato pare farsi interprete di un crescente e diffuso disagio verso una promozione basata su una rappresentatività “esterna sovra-aziendale”, tale da poter prevalere su quella “interna aziendale”, sì da conculcare la nuova domanda di democrazia dal basso cresciuta per la concorrenza della trasformazione delle strutture produttive/occupazionali e della involuzione verticistica delle Confederazioni. Bisogna recuperare e valorizzare la rappresentatività “interna aziendale”, ma secondo una procedura di verifica capace di restituirla nella sua effettiva rilevanza, senza quindi nulla concedere ad una qualche forma, più o meno coperta, di manipolazione effettuata dalla controparte datoriale.

Il che viene ulteriormente chiarito nel *memento* finale: “*Non spetta a questa Corte individuare gli indici di rappresentatività, i modi di verifica del consenso, l'ambito in cui questa deve essere effettuata, i criteri di proporzionalità della rappresentanza e gli strumenti di salvaguardia degli obiettivi solidaristici ed egualitari propri del sindacato; ma essa non può mancare di segnalare che l'aprestamento di nuove regole - ispirate alla valorizzazione dell'effettivo consenso come metro di democrazia anche nell'ambito dei rapporti tra lavoratori e sindacati - è ormai necessario per garantire una più piena attuazione, in materia, dei principi costituzionali*” (v. Corte cost. sent. n. 30/1990).

E proprio qui, ne fosse o meno consapevole la Corte, stava quella inversione di marcia che, nel tratto di tempo fra il 1990 e il 1994, l'avrebbe resa disponibile a licenziare, quasi con *nonchalance*, una consultazione referendaria destinata comunque a demolire la stessa *ratio* della politica promozionale statutaria, fondata su una selezione a misura di una “rappresentatività extra-aziendale”, come tale idonea ad assicurare una visione ed una gestione confederale o, comunque, territoriale della spinta rivendicativa di base: coll'abrogazione della lett. a) e b) sarebbe venuta meno la stessa *ratio* intrinseca di una qualsiasi politica promozionale, cioè di essere selettiva; coll'abrogazione della lett. a) e l'amputazione della lett. b) sarebbe rimasta una selezione a misura pur anche di una “rappresentatività aziendale”, peraltro esposta al rischio di manipolazione da parte dell'impresa.

Certo la pressione per un via libera alla consultazione referendaria era fortissima, ma che la Corte l'abbia data con una motivazione tanto succinta quanto approssimativa, fra l'altro stesa da una persona del calibro di Luigi Mengoni, ce la dice lunga sulla sua determinazione a ridar voce alla base, tanto forte ormai da far superare il tradizionale *horror vacui*. Nonostante che, per calcolo o per pudore, la Corte non ammettesse che la *ratio* della politica promozionale statutaria sarebbe uscita cancellata da una vittoria dei sì, qualunque essa fosse; non è possibile ignorasse ciò, tanto più che la legge destinata a riempire il vuoto era da lei stessa prefigurata in termini di netta discontinuità, con la democrazia interna destinata a far aggio rispetto alla solidarietà esterna.

Solo che questa volta la Corte avrebbe svolto la parte di apprendista stregone, certo poco gratificante per un'istituzione chiamata a interpretare una Carta di per sé allergica a una lettura congiunturale, come tale poco o niente capace di prevedere e prevenire ricadute negative nel futuro più o meno prossimo.

4. La sottovalutazione della discontinuità in Corte cost. n. 492/1995 con riguardo alla lett. a): a seguito della sua cancellazione, è espulsa dallo Statuto, ma non dall'ordinamento, la nozione di "confederazione maggiormente rappresentativa" ...

La sottovalutazione della discontinuità espressa da Corte cost. (sent.) n. 1/1994 nel dare via libera alla consultazione referendaria, ritornava bella e buona in Corte cost. 4 dicembre 1995, n. 492, varata quando la domanda referendaria minimale era stata appena confortata dalla pronuncia popolare sì da restituire un art. 19 St. senza più la lett. a) e con la lett. b) estesa anche alla contrattazione aziendale. *Quantum mutatus ab illo*, sì da renderlo del tutto irricognoscibile, avrebbe esclamato a quel tempo chiunque fosse stato chiamato ad identificarlo; ma non così la Corte, ormai costretta a mantenere in vita quel piccolo Frankenstein fino a quando al Parlamento fosse piaciuto farsi carico dell'auspicato intervento di restauro, facendo finta che il cambiamento fosse più di forma che di sostanza. Il che l'avrebbe costretta a partorire tutta una giurisprudenza tormentata, tesa a creare una continuità artificiosa, sulla duplice premessa di una fungibilità delle lettere a) e b) dell'art. 19 St., sicché preclusa l'una rimaneva pur sempre praticabile l'altra a garantire lo stesso accesso al tit. III; nonché di una equiparabilità fra la lett. b) *pre* e la lett. b) *post* consultazione referendaria, sicché amputata la prima restava pur sempre la seconda ad assicurare la stessa selezione.

Corte cost. n. 492/1995 era chiamata a confrontarsi con la ricaduta sistematica della soppressione della lett. a) dell'art. 19 St., dato che il criterio della "maggior rappresentatività" ivi contemplato e consacrato, ben lungi dal rimanere solo chiave di accesso al Tit. III, era divenuto una sorta di *passpartout* per aver titolo a lucrare partecipazioni a collegi e fruizioni di benefici o a concludere contratti c.d. delegati. E, a fronte di una legge regionale che con riguardo alla ripartizione delle sovvenzioni dirette a consentire la realizzazione delle finalità istituzionali delle associazioni professionali di coltivatori diretti avrebbe violato tale criterio per via di una elencazione nominativa delle dette associazioni, puntualizza: *"Ai fini di queste operazioni selettive il criterio della "maggior rappresentatività" delle diverse organizzazioni sindacali è stato ampiamente affermato in dottrina e giurisprudenza, ed è desumibile da numerose norme dell'ordinamento. Già nell'art. 39 della Costituzione a proposito della stipula di contratti collettivi efficaci per tutti gli appartenenti alle categorie alle quali il contratto si riferisce si parla delle rappresentanze "in proporzione dei loro iscritti". La rilevanza del diverso grado di rappresentatività delle associazioni di categoria prevista frequentemente per diverse finalità e con formule non sempre uguali nella legislazione ordinaria viene riferita dalle disposizioni a vari elementi di carattere indiziario. Proprio dalla molteplicità di questi elementi consegue che il predetto principio resta un parametro giuridicamente rilevante anche per quelle norme che fanno rinvio alla nozione contenuta nell'art. 19 dello Statuto dei lavoratori (legge n. 300 del 1970). Ed invero, pur se l'espressione "confederazioni maggiormente rappresentative sul piano nazionale" di cui alla disposizione sopra citata è stata abrogata dal d. P.R. n. 312 del 1995 in esito al referendum indetto col d.P.R. 5 aprile 1995, il criterio del grado di rappresentatività continua ad avere la sua rilevanza in forza dell'altro indice previsto dalla stessa norma, e precisamente di quello che fa riferimento alle associazioni sindacali che siano firmatarie di contratti collettivi di lavoro applicati nell'unità produttiva. Viene così valorizzata l'effettività*

dell'azione sindacale desumibile dalla partecipazione alla formazione della normativa contrattuale collettiva quale presunzione di detta "maggiore rappresentatività"..." (v. Corte cost. n. 492/1995).

Ora, a prescindere dall'aver visto una continuità fra l'art. 39, ult. comma, Cost. e l'art. 19, lett. a) St., così liquidando con una battuta la rottura fra Costituzione "formale" e "materiale", prodotta dall'invenzione statutaria della nozione "confederazione maggiormente rappresentativa", occultata da tutta la sua precedente giurisprudenza, ma ancora idonea a bloccare una illimitata ed incondizionata espansione legislativa di tale nozione; a prescindere da questo *trompe l'oeil* argomentativo, resta che, proprio in vista di una utilizzazione extra-statutaria della nozione in parola, la presunta fungibilità fra la lett. a) e b) era del tutto infondata già prima della amputazione di quest'ultima, ma ancor più dopo. Così la stessa legittimazione a concludere c.d. contratti delegati avrebbe dovuto essere riconosciuta alle associazioni sindacali che avessero sottoscritto accordi, che prima potevano essere provinciali e poi addirittura aziendali applicabili in unità produttiva, a prescindere dagli ambiti coperti dagli stessi contratti.

Del che avrebbe dato atto, se pur in chiusura, la successiva Corte cost. n. 244/1996, con una formulazione tombale, che, come spesso capita, suona a tutt'oggi meno rispettosa della immagine del defunto che della sorte del lascito testamentario: *"Caduta la lettera a) dell'art. 19, il concetto di "maggiore rappresentatività" ha perduto la rilevanza di fonte di rappresentatività presunta ai fini endoaziendali. Né è possibile trasferire alla norma residua (ex lettera b), tantomeno dopo l'allargamento alla contrattazione aziendale, la funzione di modello di riferimento per la determinazione del concetto a fini extra-aziendali: le associazioni sindacali maggiormente rappresentative sono qualificate essenzialmente, oltre che dall'effettività dell'azione sindacale, dalla loro articolazione a livello nazionale e dai caratteri di intercategoriale e pluricategoriale. Il criterio selettivo stabilito dall'art. 19 vale esclusivamente per l'individuazione dei sindacati le cui rappresentanze sono destinatarie dei diritti e delle tutele previsti nel titolo III della legge n. 300 del 1970: era questo l'obiettivo del referendum approvato dal corpo elettorale e in esso si esauriscono gli effetti della modificazione apportata dalla legge. Agli effetti delle norme che, ai livelli sovra-aziendali, attribuiscono alle associazioni sindacali più rappresentative la legittimazione a stipulare determinati contratti collettivi (per es. art. 1, comma primo, 2, comma primo, 3, comma terzo, del d.-l. 30 Ottobre 1984, n. 726, convertito in legge 19 dicembre 1984, n. 863; art. 23 della legge 28 febbraio 1987, n. 56; art. 8 del d.P.R. 23 agosto 1988, n. 395; artt. 45 e 46 del d.lgs. 3 febbraio 1993, n. 29) oppure diritti di informazione o di consultazione (per es. art. 5 della legge 20 maggio 1975, n. 164; art. 47 della legge 29 dicembre 1990, n. 428; artt. 1, comma secondo, 4, comma secondo, della legge 23 luglio 1991, n. 223), la nozione di maggiore rappresentatività si definisce autonomamente dall'art. 19, in base alle singole disposizioni che la utilizzano e alla stregua dei requisiti di fondo, testé rammentati, messi in evidenza dall'analisi giurisprudenziale"* (v. Corte cost. n. 244/1996).

Come detto, il fatto che qui la Corte si dimostrasse poco rispettosa dell'immagine del defunto è ben evidente nel ritenere sopravvissuta per forza propria "a fini extra-aziendali" una nozione di "associazione maggiormente rappresentativa" che, così come la delinea, cioè ricavabile dall'effettività dell'azione sindacale, dalla articolazione a livello nazionale e dall'intercategoriale e pluricategoriale, risulta essere, né più né meno, quella elaborata con riguardo all'art. 19, lett. a) St. dalla dottrina e dall' "analisi giurisprudenziale" da lei stessa richiamata.

D'altronde che nella prima fioritura della c.d. contrattazione delegata, funzionale a quella flessibilizzazione della disciplina del lavoro caratterizzante la legislazione dell'emergenza del decennio '80, la scelta fosse di ritenervi legittimate proprio le associazioni sindacali che già in base alla lett. a) avevano titolo a costituire rsa, in quanto le sole considerate idonee a garantirne una gestione non ristretta ad una visione meramente aziendale, risulta a chiare lettere proprio dalle principali disposizioni richiamate nella motivazione. Così, in tema di contrattazione, il d. l. n. 726/1984 prevedeva, agli artt. 1, co. 1 e 2, co. 1, che i contratti collettivi aziendali c.d. di solidarietà, difensivi ed offensivi come furono al tempo battezzati, potessero essere conclusi *"con i sindacati aderenti alle confederazioni maggiormente rappresentative"*; e, all'art. 3, comma terzo (sembrebbe quarto), che i progetti conformi alle regolamentazioni del contratto di formazione concordate tra *"le organizzazioni sindacali nazionali dei datori di lavoro e dei lavoratori aderenti alle confederazioni maggiormente rappresentative"* potessero prescindere dalla previa ratifica amministrativa. E, a sua volta, la l. n. 56/1987, all'art. 23, co. 1, rompeva il monopolio legale relativo all'individuazione delle ipotesi legittime di ricorso ai contratti a termine, con lo stabilire che altre ulteriori erano rimesse ai contratti collettivi di lavoro stipulati con *"i sindacati nazionali o locali aderenti alle confederazioni maggiormente rappresentative sul piano nazionale"*.

E, ancor più significativamente, in materia di informazione, la l. n. 428/1990, al suo art. 47, prescriveva all'impresa intenzionata a procedere ad un trasferimento d'azienda di darne preventiva comunicazione alle rappresentanze sindacali costituite in forza dell'art. 19 St. e alle rispettive associazioni di categoria, nonché, in mancanza di queste, alle *"associazioni di categoria aderenti alle confederazioni maggiormente rappresentative sul piano nazionale"*; e la l. n. 223 /1991, al suo art. 4, co. 2, con formula tutt'affatto simile, imponeva all'impresa decisa a ricorrere alla mobilità di darne previa notizia alle rappresentanze sindacali aziendali costituite a norma dell'art. 19 e alle rispettive associazioni di categoria, nonché, in mancanza di queste, alle *"associazioni di categoria aderenti alle confederazioni maggiormente rappresentative sul piano nazionale"*.

5. Segue: ... ma di fatto sostituita nella legislazione successiva con quella di "associazione comparativamente più rappresentativa".

Con buona pace della Corte costituzionale, la nozione di maggior rappresentatività era destinata a vivere e a morire con quella lett. a) art. 19 St., cioè di una qualità attribuibile in via originaria solo ad una confederazione che in ragione della sua pluricategorialità e della sua diffusione territoriale fosse tale da meritare una promozione finalizzata a generalizzarne la presenza nei luoghi di lavoro, in vista di una gestione aperta e responsabile della mobilitazione di base; ed estendibile in via derivata solo ad un'associazione aderente ad una tale confederazione. Di ciò c'è una crescente consapevolezza nella legislazione successiva, a cominciare dal c.d. "pacchetto Treu", cioè dalla legge 26 giugno 1997, n. 196.

A scorrerla ci si accorge facilmente di una certa anarchia concettuale prodotta dalla consapevolezza che la cancellazione della lett. a) aveva una ricaduta ben più ampia ed incisiva di quella apparente, cioè di rendere utilizzabile la nozione di maggior rappresentatività ivi consacrata non solo con riferimento alla costituzione di rappresentanze sindacali aziendali, ma anche con riguardo alla c.d. contrattazione delegata. Il che non pareva più possibile, certo non solo per una ragione giuridica, ma anche e forse soprattutto per una ragione politica, data dalla delegittimazione della stessa figura di confederazione, uscita dalla consultazione referendaria come verticistica e burocratica, tanto che, a quanto sembra ricordare, la si chiamava in causa solo un paio di

volte: con riguardo alla Commissione preposta al Fondo per il finanziamento di iniziative di formazione professionale dei prestatori di lavoro temporaneo, dove si faceva riserva di tre rappresentanti a favore delle *“Confederazioni sindacali dei lavoratori maggiormente rappresentative sul piano nazionale”* (art. 5, co. 3); con rispetto alla prestazione di lavoro temporaneo, dove, con una variante democraticamente aggiornata rispetto a quella usata in precedenza, si faceva carico all'impresa di comunicare i dati relativi alla sua utilizzazione alla *“rappresentanza sindacale unitaria e, in mancanza, alle associazioni sindacali di categoria aderenti alle confederazioni maggiormente rappresentative sul piano nazionale”* (art. 7, co. 4).

Per il resto a tener campo erano i sindacati o le organizzazioni sindacali categoriali, che, con riguardo all'istituto del lavoro temporaneo, più innovativo e caldo, venivano individuati come *“comparativamente più rappresentativi”* (art. 1, co. 2, 3, 4, 8; ma vedi anche art. 23, 6 *bis*, peraltro aggiunto successivamente), mentre altre erano etichettate come *“maggiormente rappresentative”* (artt. 11, co. 4, 5, 6; 13, co. 5 e 7; art. 16, co. 2).

A *posteriori* appare evidente l'avvio di quel processo di sostituzione della nozione di *“rappresentatività comparativa”* a quella di *“rappresentatività maggioritaria”* che poi sarà realizzato quasi appieno dalla c.d. legislazione *“Biagi”*, che peraltro appariva già allora comprensibile. Una volta convertita la rappresentatività maggioritaria di una associazione sindacale da derivata dalla sua appartenenza ad una Confederazione ad originaria, veniva meno quella capacità selettiva elaborata dalla dottrina e dalla giurisprudenza a misura della stessa *ratio* della promozione statutaria. Ne serviva un'altra diversa, come appunto quella della rappresentatività comparativa, che poteva vantare una capacità selettiva fondata sul confronto fra un'associazione sindacale ed un'altra.

Solo che qualunque fosse la misura di comparazione prescelta, questa avrebbe dovuto portare ad una graduatoria, con una promozione riservata alle associazioni sindacali risultate in testa, ma senza che esistesse alcuna regola per dire quante di queste dovessero essere premiate.

A ben guardare si trattava né più né meno di una riesumazione della maggior rappresentatività utilizzata per la partecipazione sindacale a collegi e commissioni, che si risolveva alla fine in una comparazione, ma con una predeterminazione dei posti disponibili per le associazioni sindacali proporzionata alla composizione degli organi.

Solo che con riguardo alla conduzione della contrattazione c.d. delegata e alla ricezione di comunicazioni non c'era e non c'è alcuna predeterminazione dei posti disponibili. Non solo non c'era, ma non avrebbe potuto esserci, nonostante la presunzione implicita nella stessa nozione di rappresentatività comparativa, vista la chiara e netta lezione della Corte costituzionale, data sì con riguardo alla rappresentatività pretesa per costituire rappresentanze sindacali aziendali, ma certo estendibile a quella richiesta per la legittimazione a svolgere la contrattazione c.d. delegata e ad avere informazioni. Nella sentenza n. 54/1974, aveva affermato con riferimento al criterio di cui all'art. 19, lett. a) St. *“Tale criterio non si riferisce ad una comparazione fra le varie confederazioni nazionali, sibbene ad una “effettività” – che può essere conseguita da ogni confederazione sindacale – della loro forza rappresentativa...”*; e, nella successiva sentenza n. 334/1988, aveva chiarito: *“e ciò convalida l'opinione già espressa da questa Corte nel 1974 e condivisa dal giudice di legittimità, secondo cui la formula legislativa prescrive una valutazione non comparativa, ma rafforzativa della rappresentatività e delinea una categoria aperta cui può accedere ogni organizzazione sindacale che raggiunga la consistenza e possieda le caratteristiche evidenziate dagli elementi sistematici sopra evidenziati”*.

Dove avrebbe portato una tale scelta, peraltro perseguita dal legislatore con una utilizzazione “tappa-buchi” della “rappresentatività comparativa”, attribuita a piene mani senza che fosse percepibile il perché con riguardo al livello territoriale ed al regolamento delegato, ce lo dice quell'autentico guazzabuglio costituito dall'art. 8 della legge 28 giugno 2011, n. 148, su cui si avrà occasione di dire qualche parola in seguito.

Lo studioso picchia duro, ma ringrazia, perché è possibile scrivere tutto ed il contrario di tutto, senza temere che qualche collega possa “falsificare” il suo pensiero.

6. La sottovalutazione della discontinuità in Corte cost. n. 244/1996 e in Corte cost. n. 345/1996 con riguardo alla lett. b): a seguito della sua amputazione, non è introdotta alcuna rappresentatività *octroyée*...

Dunque Corte cost. n. 224/1996 (sent.) riteneva che con la cancellazione della lett. a) la nozione di maggiore rappresentatività fosse venuta meno per lo Statuto, ma non per l'ordinamento, dov'era destinata a sopravvivere in forza della sua ricezione in tutta una legislazione speciale, cui guardare per individuarla e definirla con riferimento alla disciplina volta a volta disposta. Ma, esclusa qualsiasi situazione di vuoto venutasi a creare a seguito della cancellazione della lett. a), non solo per lo Statuto ma anche per l'ordinamento, doveva farsi carico di ritornare sull'interpretazione della lett. b) offerta da Corte cost. n. 30/1990, per verificarne la tenuta all'indomani dell'amputazione subita a seguito della consultazione referendaria, con conseguente ricomprensione della stessa contrattazione aziendale.

Chiedendo venia al lettore per costringerlo a ritornare su Corte cost. n. 30/1990, di cui s'è parlato sopra, riportandone anche la parte di motivazione ritenuta significativa, c'è da ribadire come la configurazione dell'art. 19 St. come norma permissiva, servisse ad escludere qualsiasi intesa aziendale *ad hoc* che occultasse l'esercizio sostanziale di un potere di accreditamento della controparte datoriale. E, a tal fine, andava letta nel senso che “*Al di fuori della rappresentatività generale presupposta nella lett. a), la lett. b) dell'art. 19 appresta un congegno di verifica empirica della rappresentatività nel singolo contesto produttivo, misurandola sull'efficienza contrattuale dimostrata almeno a livello locale, attraverso la partecipazione alla negoziazione ed alla stipula di contratti collettivi provinciali*” (v. Corte cost. n. 30/1990).

A rivedere oggi questa formula, c'è da osservare come vi fosse adottata un'unica nozione di rappresentatività, con la distinzione fra quella generale, data per presupposta (lett. a) e quella aziendale, soggetta ad una verifica empirica, peraltro con ad unità di misura l'“*efficienza contrattuale almeno a livello locale*” risultante dalla “*partecipazione alla negoziazione ed alla stipula di contratti collettivi provinciali*” (lett. b). Come si vede, qui, prima ancora dell'amputazione referendaria della lett. b), veniva resa esplicita la richiesta dell'accoppiata partecipazione/stipula, equivalente a sottoscrizione, che, poi, sarebbe stata riscoperta e valorizzata nella sent. n. 244/1996.

Ed era proprio con questa sentenza n. 30/1990 che avrebbe dovuto confrontarsi la successiva n. 244/1996, costretta a tener conto della lett. b) modificata: se la rappresentatività aziendale poteva essere sempre sottoposta ad una verifica empirica, non poteva più esserlo con la precedente unità di misura, perché ora i contratti collettivi rilevanti erano anche quelli aziendali.

Se, però, divenivano rilevanti anche i contratti aziendali, come escludere che potessero celare l'esercizio sostanziale di un potere di accreditamento della controparte datoriale? Decisa, come era, a non ravvisare alcuna sostanziale soluzione di continuità fra vecchia e nuova versione della

lett. b), così da ridimensionare a poco o nulla la ricaduta dell'abrogazione referendaria, ecco allora Corte cost. n. 244/1996 enfatizzare la distinzione fra i contratti aziendali ed i patti messi al bando dalla precedente n. 30/1990.

A suo dire, tale accreditamento *“designa il caso in cui il datore di lavoro, nullo iure cogente, concede pattiziamente una o più agevolazioni previste dal titolo III della legge n. 300 del 1970 alla rappresentanza sindacale priva dei requisiti legali per averne diritto”*; mentre per la lett. b) *“la rappresentatività del sindacato ... è una qualità giuridica attribuita dalla legge alle associazioni sindacali che abbiano stipulato contratti collettivi (nazionali, locali, aziendali) applicati nell'unità produttiva”*. Solo che non bastava dire che c'era accreditamento quando l'accesso al tit. III fosse ricostruibile come effetto negoziale di un patto destinato a risolversi sostanzialmente in un atto discrezionale del datore di lavoro, mentre non c'era allorché tale accesso fosse configurabile come effetto legale della sottoscrizione di un contratto collettivo aziendale. Bisognava andare oltre, col distinguere il “patto cattivo” dal “contratto aziendale buono” in base al contenuto, come la Corte fa, col sostenere che la *“esigenza di oggettività del criterio legale di selezione comporta un'interpretazione rigorosa della fattispecie dell'art. 19, tale da far coincidere il criterio con la capacità del sindacato di imporsi al datore di lavoro, direttamente o attraverso la sua associazione, come controparte contrattuale. Non è, perciò sufficiente la mera adesione formale a un contratto negoziato da altri sindacati, ma occorre una partecipazione attiva al processo di formazione del contratto; nemmeno è sufficiente la stipulazione di un contratto qualsiasi, ma deve trattarsi di un contratto normativo che regoli in modo organico i rapporti di lavoro, almeno per un settore o un istituto importante della loro disciplina, anche in via integrativa, a livello aziendale, di un contratto nazionale o provinciale già applicato nella stessa unità produttiva”* (v. Corte cost., sent. n. 244/1996).

Ora la novità rispetto alla sentenza n. 30/1990 non era data dall'aver recepito la tesi espressa da una certa giurisprudenza ordinaria per cui la partecipazione dovesse precedere la stessa sottoscrizione, già là fatta propria se pure *en passant*, ma dall'averla dovuta adattare ad una lett. b) uscita amputata dalla consultazione referendaria. Invece, era costituita dall'opera di faticosa conversione dell'unità di misura adottata sotto la vecchia lett. b), di *“un'efficienza contrattuale almeno locale”* in quella imposta dalla nuova lett. b), di una *“capacità del sindacato di imporsi al datore di lavoro, direttamente o attraverso la sua associazione, come controparte contrattuale”* (v. Corte cost. sent. n. 244/1996).

La costante rispetto al passato era costituita dall'essere ormai la rappresentatività un qualcosa definibile ed acquisibile solo in forza di una legittimazione contrattuale, che trovava la sua ragione giustificatrice nell'essere imposta al datore di lavoro, sia come socio dell'associazione sindacale stipulante un contratto territoriale, sia come singolo sottoscrittore un contratto aziendale. Mentre la differenza rispetto a quello stesso passato era data dal livello in cui tale forza di pressione poteva essere espressa, non più solo quello territoriale, anche quello aziendale.

Solo che a livello aziendale il rischio di una rappresentatività *octroyé* non veniva così ammortizzato del tutto, perché, non essendo richiesta un'effettiva spendita di tale forza di pressione, non sarebbe stato facile distinguere fra un “patto cattivo” ed un “contratto aziendale buono” in base alla modalità della sua conclusione, cioè a-conflittuale o conflittuale. Al che la Corte riteneva di poter rimediare col richiedere che il “contratto aziendale buono” fosse *“un contratto normativo che regoli in modo organico i rapporti di lavoro, almeno per un settore o un istituto importante della loro disciplina”*, come tale destinato a costituire il codice interno, generale o parziale

applicato a tutto il personale, sì da far perlomeno presumere che il sindacato che lo concludesse e lo sottoscrivesse fosse un genuino *partner* negoziale (v. Corte cost. sent. n. 244/1996).

A suo dire tale contratto avrebbe potuto essere anche integrativo di un contratto nazionale o provinciale già applicato nella stessa unità produttiva, facendo così presumere che pure un sindacato non partecipe di un contratto nazionale o provinciale, avrebbe potuto far valere l'eventuale accesso al tavolo negoziale dell'integrativo aziendale, di fatto praticabile solo col consenso dei sindacati parti di quel contratto nazionale o provinciale.

Certo restava pur sempre che richiedere anche la partecipazione significava solo spostare a monte la problematica di una legittimazione a costituire rappresentanze sindacali aziendali del tutto sganciata dalla disponibilità della controparte datoriale, perché questa non aveva alcun obbligo di ammettere questa o quella associazione sindacale alla trattativa, se non previsto *apertis verbis* da una disposizione di legge o di contratto. Ma era cosa ben diversa in termini di potenziale manipolazione della libera dialettica sindacale che tale controparte dovesse essere data da un'associazione territoriale dei datori, come in base alla lett. b) pre-referendaria, o potesse essere costituita anche da una singola impresa, come in forza della b) post-referendaria.

7. Segue: ... e non è ravvisabile alcuna rappresentatività "coatta", nel senso di una alternativa fra sottoscrivere o rinunciare alla presenza sindacale in azienda, tale da ledere la libertà sindacale.

Se la prima questione calda sollevata era stata quella del rischio di una rappresentatività *octroyée*, deducibile dalla nuova formulazione della lett. b), perché tale da permettere ad un'associazione sindacale di ottenerla anche per via di una contrattazione aziendale; la seconda sarà quella di una rappresentatività "coatta", riconducibile alla stessa vecchia formulazione della lett. b), perché tale da costringere un'associazione sindacale a far propria una disciplina collettiva pur non condivisa per poter acquisire o non perdere una sua presenza a' sensi del Tit. III St.

A fronte dell'affermazione del giudice remittente secondo cui l'art. 19 lett. b) violerebbe il principio di libertà sindacale per il fatto di porre il sindacato di fronte all'alternativa di firmare un contratto a suo giudizio non accettabile per poter lucrare il Tit. III dello Statuto ovvero non firmare ma a costo di dover rinunciare a quel Titolo, Corte cost. (ord.) 18 ottobre 1996, n. 345 affermerà a piena voce che la *"tutela costituzionale dell'autonomia collettiva garantisce la libertà di decisione del sindacato in ordine alla stipulazione di un contratto collettivo con un certo contenuto; e dunque garantisce il sindacato contro comportamenti dell'altra parte o di terzi, in particolare del potere politico, diretti a interferire nel processo di formazione della sua volontà, turbandone la libera esplicazione. Non è di questo tipo l'incidenza che sulle scelte del sindacato può avere la considerazione dell'effetto legale, esterno al contenuto del regolamento negoziale, collegato dall'art. 19 alla sottoscrizione di un contratto collettivo applicato nell'unità produttiva; l'alternativa prospettata dal Pretore di Brindisi può bensì in qualche misura condizionare il sindacato, ma non viziandone la determinazione volitiva, bensì come fattore del calcolo costi-benefici che esso, come ogni contraente, deve compiere per valutare la convenienza di stipulare o no il contratto a quelle condizioni"* (v. Corte cost. n. 345/1996). Un'argomentazione, questa, che la Corte avrebbe potuto risparmiarsi, dato che accentuava l'impressione di quel ricatto che intendeva esorcizzare; e lo faceva proprio col richiamare una valutazione tipicamente quantitativa fra due grandezze qualitative, quali l'accettazione di una disciplina collettiva non condivisa e l'acquisizione/conservazione di una presenza sindacale qualificata in azienda. Meglio avrebbe fatto la Corte a riprendere la precedente sent. n. 244/1996, col precisare che *"la capacità del sindacato di imporsi al*

datore di lavoro, direttamente o attraverso la sua associazione, come controparte contrattuale” trova espressione, al di là del venire convocato al tavolo negoziale, anche nell’ottenere un testo condivisibile, come poi proverebbe il fatto di sottoscriverlo.

Conta qui che la successiva giurisprudenza, quale costituita da Corte cost. (ord.) 23 maggio 1997, n. 148 e Corte cost. (ord.) 26 marzo 1998, n. 76, manterrà ben salda la difesa della lett. b), col dare ormai come cosa del tutto scontata che essa né comporti un rischio di accreditamento discrezionale né integri un ricatto “firma o stai/vai fuori”, tanto da suscitare l’impressione di porre queste due ultime eventualità sullo stesso piano. Ma la cosa non stava affatto così, come la successiva esperienza ben lungi dall’essersi esaurita, avrebbe dimostrato.

Il rischio di accreditamento discrezionale riguardava la patologia della nuova lett. b), di per sé atta a contagiare solo ipotesi qualitativamente e quantitativamente ristrette, per le quali la terapia elettiva restava quella prevista dall’art. 17 St. sui sindacati di comodo, sì da rendere meramente sussidiaria l’altra messa a punto dalla Corte, col distinguere il “patto cattivo” dal “contratto aziendale buono”. Al contrario, il ricatto “firma o stai fuori” interessava la fisiologia della lett. b), così come pensata e costruita *ab origine*, di per sé idonea a interessare potenzialmente tutte le ipotesi coperte.

Solo che nel testo pre-referendario dell’art. 19 St. la vecchia lett. b) era residuale, finalizzata a recuperare il sindacalismo autonomo genuino e responsabile, sì da rendere comprensibile e giustificabile sia l’esclusione di una contrattazione aziendale, implicante il rischio di una rappresentatività manipolata, sia la richiesta di una sottoscrizione, comportante l’impegno a rispettare la disciplina nazionale o provinciale applicata nell’unità produttiva. Nel testo post-referendario la nuova lett. b) diventa di diritto esclusiva, ma continua ad essere considerata di fatto residuale, perché tutte le associazioni sindacali già coperte dalla lett. a) continuano ad esserlo dalla lett. b), in quanto *partners* del sistema contrattuale consolidato, così da continuare ad essere vista e vissuta come idonea a selezionare lo stesso sindacalismo autonomo genuino e responsabile, peraltro con una significativa variante data da quella inclusione della contrattazione aziendale che fa crescere fino ai margini di guardia l’attenzione antielusiva.

Ne rappresentava una precisa conferma l’enfasi con cui la Corte costituzionale recuperava, all’indomani della consultazione referendaria, l’accoppiata partecipazione/sottoscrizione, dove la prima avrebbe dovuto garantire la genuinità della seconda. Ma il fatto era che la partecipazione risultava di per sé sola espressiva di quella forza di pressione da parte dell’associazione sindacale richiesta dalla stessa Corte per poterla considerare rappresentativa a’ sensi della lett. b), sì da renderla del tutto ultronea come garanzia di genuinità della sottoscrizione.

Per l’intanto la Corte pensava di potersela cavare con quella sorta di traduzione alla buona della massima latina *cuius commoda, eius et incommoda* costituita dall’evocazione dell’immagine mercantile del calcolo costi-benefici. Ma il futuro aveva in grembo qualcosa di ben diverso.

La contraddizione giuridica insita nell’aver sminuito, fino ad azzerarla, la ricaduta sistemica della cancellazione della lettera a), ritenendola integralmente riassorbibile dentro una lettera b), promossa da residuale ad esclusiva, era destinata a rimanere occultata fino a quando fosse perdurata quella situazione di fatto già sopra ricordata: quella che vedeva tutte le associazioni sindacali prima titolate a’ sensi della lett. a) continuare ad esserlo a’ sensi della lett. b). Ma proprio quella certa situazione di fatto era destinata a venir meno col volgere del primo decennio del primo secolo; ma non per un incidente di percorso, bensì per un preciso progetto datoriale che riteneva

di poter sfruttare a suo favore l'interpretazione consolidata della Corte costituzionale sulla lett. b), non senza avere qualche buona ragione dalla sua parte.

8. L'evoluzione storica che fa da sfondo alla vicenda Fiat.

Chi tenta di ricostruire una sequenza storica è inevitabilmente tentato di scandirla secondo tappe cronologiche segnate da vicende emblematiche, se pur con la precisa consapevolezza dell'inesistenza di nette soluzioni di continuità, perché anche una svolta all'apparenza improvvisa è figlia di una lunga gestazione. Ma allorché tale scansione non sia del tutto artificiosa, si può rivelare utile per capire quando una vecchia stagione si chiude ed un'altra nuova si apre.

E la stagione gloriosa e mitica del Protocollo del 23 luglio 1993, battezzato non senza una qualche comprensibile enfasi la "carta costituzionale delle relazioni collettive" trova la sua conclusione a cavallo del primo decennio del nuovo secolo, con una duplice presa d'atto formale, di per se stessa significativa della crisi di quell'unità sindacale che l'aveva alimentata: prima, gli accordi interconfederali separati Confindustria, Cisl, Uil del 22 gennaio e del 15 aprile 2009; poi, l'accordo interconfederale unitario Confindustria, Cgil, Cisl, Uil del 28 giugno 2011. Se sulla conclusione di quella stagione considerata come "salvifica", fino a finire per essere immortalata nella mitologia sindacale, c'era una sostanziale unanimità; c'era forte diversità circa chi e come avrebbe dovuto inaugurare la nuova, con un *revival* di vecchie contrapposizioni radicate nello stesso dna delle Confederazioni, relative alla politica retributiva, alla distribuzione di competenze fra contrattazione nazionale e decentrata, alla relazione fra titolarità e responsabilità negoziale, alla formazione delle rappresentanze sindacali: una diversità che avrebbe trovato espressione negli accordi interconfederali separati del 2009 ed una parziale ricomposizione compromissoria nell'accordo interconfederale unitario del 2011.

Per quel che qui interessa, gli accordi interconfederali separati sembravano trovare ragione in una differenza di vedute non sull'ormai consumata obsolescenza di una politica dei redditi basata su una inflazione programmata, risultata di norma più bassa di quella effettiva; ma sul come calcolare l'inflazione attesa e sul come adeguare il sistema contrattuale: cioè, per dirla in breve, sulla scelta di depurare l'indice dei prezzi al consumo armonizzato in ambito europeo (IPCA) della dinamica dei prezzi energetici; e sulla opzione a favore di una cadenza contrattuale triennale, unica per la parte economica e normativa. Ma tale differenza di vedute sarebbe stata largamente riasorbita nella successiva tornata contrattuale, di massima condotta e conclusa unitariamente, con un adeguamento pragmatico, cioè piuttosto approssimativo, al nuovo indice ed al nuovo scadenziario. Di massima, perché non unica, ma certo significativa eccezione, Federmeccanica, Fim-Cisl ed Uilm, all'indomani degli accordi interconfederali separati del 2009, firmavano l'accordo categoriale 15 ottobre 2009, anch'esso separato, che lungi dal limitarsi ad aggiornare la parte economica del contratto collettivo nazionale 20 gennaio 2008, sottoscritto a suo tempo pure dalla Fiom, questa ormai prossima alla sua scadenza biennale prevista per il 31 dicembre 2009, si spingeva a revisionare la parte normativa, questa ancora ben lontana dalla sua scadenza quadriennale contemplata per il 31 dicembre 2009.

Questo avrebbe dato il "la" ad una prima ondata di ricorsi *ex 28 St.*, promossi dalla Fiom contro le aziende pronte ad applicare a tutti i loro dipendenti l'accordo separato 15 ottobre 2009, fossero o meno iscritti ai sindacati stipulanti o consenzienti; e di massima risolti a favore della stessa Fiom, con una riconferma della classica lezione privatistica circa l'efficacia *inter partes* della contrattazione c.d. di diritto comune. Con ciò si inaugurava una stagione che avrebbe accompagnato

la frenesia legislativa dell'ultimo decennio con una intensa vertenzialità giudiziaria, a riprova dell'incapacità di quell'ordinamento intersindacale teorizzato da Gino Giugni di un'autonoma soluzione della conflittualità maturata al suo interno, una volta venuta meno fra i suoi padri fondatori la condivisione delle regole costitutive.

Se la differenza di vedute attinente la politica retributiva si sarebbe rivelata meno significativa di quanto l'accesa diatriba che aveva preceduto e accompagnato la gestazione e conclusione degli accordi interconfederali del 2009 facesse prevedere, non così quella riguardante la ripartizione di competenze fra contrattazione nazionale ed aziendale e la correlazione fra titolarità e responsabilità negoziale. Qui riemergeva, *mutatis mutandis*, la contrapposizione originaria fra la concezione "classista" della Cgil, favorevole ad una contrattazione nazionale a vocazione universalistica e contraria a farsi guardiana della conflittualità in azienda; e la concezione "*butter and bread*" della Cisl, portata a valorizzare una contrattazione decentrata a misura della singola realtà territoriale o imprenditoriale e disposta a farsi garante della conservazione della pace aziendale.

Riemergeva così l'antica frattura fra le due Confederazioni, certo alimentata da quella ricorrente ricerca di un'identità competitiva che accelera in presenza di crisi gravi e prolungate, ma provocata *in primis* da una diversa valutazione circa la responsabilità della crescente delocalizzazione: per la Cgil, addebitabile in massima parte alla miopia della grande imprenditoria italiana; per la Cisl, attribuibile in larga misura alla rigidità di una disciplina legale-collettiva uniforme, tale da impedire che le realtà coinvolte nella competizione mondiale adottassero formule organizzative già introdotte in paesi tecnologicamente ed economicamente all'avanguardia, con la certezza di poter fare affidamento su quella attività continua e regolare necessaria per ammortizzare i grandi investimenti necessari.

L'apertura prefigurata dagli accordi interconfederali separati del gennaio e aprile 2009 alla contrattazione decentrata in deroga farà da scena di fondo alla vicenda Fiat consumatasi nel corso del biennio 2010 e 2011 secondo un crescendo destinato a sfuggire di mano agli stessi protagonisti: la prima fase *soft* dell'accordo di Pomigliano del 15 giugno 2010, configurato come contratto di II livello facente parte del sistema ed aperto ad un successivo ingresso della Fiom; la seconda *hard* del contratto collettivo 29 dicembre 2010, costruito per la "Fabbrica Italia Pomigliano" come contratto di I livello, costituente un sistema suo proprio e chiuso ad un futuro accesso della Fiom, poi esteso a tutte le società del gruppo col testo definitivo siglato il 13 dicembre 2011.

Così, una volta disdettato qualsiasi contratto normativo pregresso firmato dalla Fiom e risolto il rapporto con la Confindustria dall'inizio del 2012, si da sterilizzare l'effetto di un rinnovo contrattuale partecipato dalla Fiom, la Fiat crederà di poter procedere tranquillamente ad estromettere la combattiva federazione cigiellina, non più legittimata ai sensi dell'art. 19, lett. b) St. a mantenere rappresentanze aziendali nelle sue società.

Solo che il trasferimento del conflitto sul piano legale deciso dalla Fiat avrebbe finito per far emergere quanto fino ad allora era rimasto occultato dal minimalismo ermeneutico della Corte costituzionale. Se *a posteriori* è possibile dire che la grande impresa, ormai ex-torinese, ha avuto il torto di fare affidamento su un'interpretazione letterale dell'art. 19, lett. b), St. vale a sua scusante che era stata partorita non da una Corte qualsiasi, ma della stessa Corte costituzionale. Tuttavia non poteva ignorare che quell'interpretazione era nata e sopravvissuta come selezione *ad excludendum* di un sindacalismo autonomo *borderline* rispetto a quello di comodo o

comunque marginale, mentre ora doveva venir testata rispetto al sindacato politicamente più forte della Cgil e numericamente più pesante di un settore strategico come quello meccanico.

Nel bel mezzo della vicenda Fiat, interveniva l'accordo interconfederale unitario 28 giugno 2011, che recuperava tutta una precedente elaborazione traducendola in una duplice soluzione compromissoria accettata da Confindustria, Cgil, Cisl ed Uil, con una qual sorta di riscrittura della Carta fondamentale costituita dal Protocollo del luglio del 1993. Era superato il principio del reciproco riconoscimento fra le controparti, col prevedere l'accesso al tavolo categoriale delle associazioni sindacali che avessero superato la soglia del 5% come media fra dato associativo ed elettivo; e veniva affrontato il problema del dualismo rappresentativo esistente nelle unità produttive, col riservare alle rappresentanze unitarie presenti, chiamate a decidere a maggioranza, l'accesso al tavolo aziendale. Sulla scia della c.d. privatizzazione del pubblico impiego, tale "democratizzazione" dei soggetti abilitati a trattare avrebbe dovuto comportare l'efficacia generalizzata della disciplina collettiva varata; ma, cosa di cui non poteva mancare la consapevolezza, questa suonava al più come una aspettativa circa la forza espansiva di una contrattazione unitaria legittimata dal basso, se non anche come una sollecitazione sottotraccia di quella legge apposita già richiesta a gran voce dal Protocollo del luglio 1993.

Solo che in quell'accordo si dava affatto per scontata la preesistente disciplina della presenza sindacale in azienda, senza tenere in debito conto che era quella offerta dall'art. 19, ormai ridotto ad una lett. b) per di più amputata, a far da supporto un accordo interconfederale 20 dicembre 1993 per la regolamentazione delle rappresentanze sindacali unitarie scritto e sottoscritto allorché a tener campo era la lett. a) dell'art. 19 St. Sicché il destino delle rappresentanze sindacali unitarie finiva per dipendere dall'interpretazione di quella lett. b), così come sopravvissuta, perché tutte quelle che fossero risultate legittimate a costituire rappresentanze sindacali aziendali avrebbero potuto aver voce in capitolo sulla formazione e sulla operatività delle rappresentanze sindacali unitarie.

Sempre con l'accordo interconfederale 28 giugno 2011 si apriva una qualche finestra alla contrattazione aziendale in deroga alla contrattazione di categoria, non senza la speranza, peraltro destinata ad andare delusa, di poter recuperare la Fiat la cui uscita dalla Confindustria continuava ad essere considerata come traumatica, data la sua rilevanza d'immagine e di importanza economico-sociale.

Il resoconto di quel fatidico 2011 si sarebbe fermato qui, se lo smalzato, ma improvvido, legislatore di centro-destra non avesse creduto di poter utilizzare e forzare l'accordo interconfederale del giugno al servizio di un indirizzo di politica a favore di una flessibilizzazione della rigida disciplina giuslavoristica. Niente da dire su un tale indirizzo, molto sul come lo si è inteso realizzare, con quell'autentico *monstrum* tecnico costituito dall'art. 8 della l. n. 148/2011, che testimonia il punto di estrema confusione raggiunto a livello legislativo in tema di "rappresentatività". Da un lato, si continua nel ricorso alla nozione di "*associazioni dei lavoratori comparativamente più rappresentative sul piano nazionale o territoriale*" per riconoscere a queste la possibilità di stipulare contratti collettivi territoriali e aziendali contenenti intese derogatorie; dall'altro si fa riferimento alle "*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*", per attribuire a queste la potestà, quella decisiva, di conferire a tutte le eventuali intese derogatorie "*sottoscritte sulla base di un criterio maggioritario*" "*efficacia nei confronti di tutti i lavoratori interessati*". Ora il fatto è che, come visto, la nozione di "associazione comparativamente più

rappresentativa” è di per sé aselettiva, tanto più se declinata a livello non nazionale, ma territoriale; ma, soprattutto tale associazione non può avere di per sé sue proprie rappresentanze operanti in forza di legge o di disciplina interconfederale, perché l’art. 19, lett. b) St. richiedeva allora una previa partecipazione/sottoscrizione e richiede ora comunque una previa partecipazione con riguardo ad un contratto collettivo già applicato nell’unità produttiva. E l’accordo interconfederale 28 giugno 2011 ha come referente privilegiato non le rappresentanze sindacali aziendali, ma la rappresentanza sindacale unitaria.

L’aver ricondotto ad un tale *pot-pourri* rappresentativo la possibilità di concludere intese derogatorie a tutto campo non solo alla contrattazione di categoria, ma addirittura alla legge, è sufficiente a dar ragione di per sé sola della presa di distanza effettuata dalle parti con la postilla al testo definitivo dell’accordo interconfederale del giugno 2011, sottoscritta il 21 settembre 2011. Su questo articolo 8 scenderà un silenzio tombale, rotto solo dal tentativo compiuto dal d.l. del 28 giugno 2013, n. 76 di rimetterlo in gioco col subordinare l’operatività delle intese derogatorie al deposito presso la Dtl, peraltro seccamente e brutalmente bocciato in sede di conversione. Ma esso rimane pur sempre presente in un qualsiasi codice del lavoro, perché *ius conditum* ad ogni effetto, che, peraltro, oggi riesce solo un corpo estraneo, ma domani potrebbe destabilizzare ulteriormente il sistema.

9. L’eccezione di costituzionalità sollevata dal Tribunale di Modena 4 giugno 2012.

Dall’esclusione della Fiom dalle aziende del gruppo Fiat scaturirà la seconda ondata di ricorsi ex 28 St., con a sua punta strategica la contestazione dell’interpretazione della lett. b) dell’art. 19 St. fatta propria dall’azienda, perché tale da richiedere come *conditio sine qua non* la sottoscrizione, sì da porre il sindacato “più rappresentativo” del settore metalmeccanico di fronte alla alternativa di accettare l’inaccettabile o di essere messo alla porta. Se non sono mancate decisioni che hanno dato ragione alla Fiom, condividendo un’interpretazione estensiva o costituzionalmente orientata della norma, ce ne sono state altre che le hanno dato torto, considerando del tutto univoca la lettera legislativa.

Così, dopo una certa riserva iniziale a coltivare una eccezione di costituzionalità, che si temeva esposta ad una nuova bocciatura da parte della Corte, con una ulteriore e definitiva conferma della necessità della sottoscrizione, la Fiom la presenterà e la vedrà accolta da Trib. Modena 4 giugno 2012.

Secondo il Tribunale “*La questione di legittimità costituzionale dell’art. 19 lettera b) dello Statuto è rilevante in quanto se venisse meno tale norma di copertura, il mancato riconoscimento dell’efficacia delle delibere di nomina dei dirigenti delle Rsa Fiom-Cgil e, più in generale, il rifiuto di riconoscere ai lavoratori iscritti alla Fiom il diritto di costituire le Rsa e di godere dei diritti previsti dal titolo III, integrerebbero il requisito della antisindacalità di cui all’art. 28 della legge n. 300 del 1970*”. Ed a conferma di tale rilevanza “*deve essere sottolineata l’impossibilità di addivenire ad una interpretazione costituzionalmente orientata dell’art. 19, lett. b, dato che ogni tentativo in tal senso si pone in contrasto sia con la lettera e sia con la ratio della norma in esame*”, come risultanti dalla giurisprudenza costituzionale pregressa.

C’è in questa apertura una prospettiva destinata ad essere precisata nel corso di una motivazione estremamente ricca ed articolata, tanto da essere ripresa o addirittura riportata alla lettera da altre ordinanze di rimessione degli atti alla Corte costituzionale.

9a). Vi sembra anticipata la richiesta di una sentenza di accoglimento totale, che come tale avrebbe comportato la sopravvivenza del solo *incipit* dell'art. 19 St., *"Rappresentanze sindacali aziendali possono essere costituite ad iniziativa dei lavoratori in ogni unità produttiva"*, con quel *"nell'ambito"* proiettato nel vuoto. Così, però, si sarebbe avuto lo stesso risultato perseguito dal quesito referendario massimale, cioè - stando a quanto detto dalla stessa Corte nel dargli semaforo verde con la sent. n. 1/1994 - una qual sorta di auto-certificazione di rappresentatività all'insegna del *todos caballeros*. E, a prescindere dal fatto, politicamente, se pur non giuridicamente, significativo, che il quesito massimale era stato bocciato, ciò che il Tribunale intendeva ottenere dalla Corte, non era certo il riconoscimento di un diritto di libero accesso, tale da far ritenere comportamento antisindacale il diniego opposto ad un sindacato con a suo unico titolo quello di averlo richiesto.

Tant'è che tale prima impressione trova smentita nella stessa motivazione che termina con la *"richiesta"* di una sentenza di accoglimento manipolativa, che, peraltro, dà l'idea di essere volutamente ambigua.

9b). Vi sembra, altresì, programmata un'argomentazione per così dire circolare, perché è esclusa un'interpretazione *"costituzionalmente orientata dell'art. 19, lett. b)"*, per essere quella contestata in piena sintonia con la lettera e con la *ratio* della norma, come individuate e definite dalla pregressa giurisprudenza costituzionale; cioè da una giurisprudenza che, proprio in base a tale lettera e *ratio*, aveva affermato e riaffermato la piena legittimità della richiesta di sottoscrizione di un contratto collettivo applicabile nell'unità produttiva interessata.

Ma tale iniziale sensazione non trova conferma nella successiva motivazione, che, con smalzata abilità, punta non ad attaccare frontalmente, ma ad aggirare quella giurisprudenza costituzionale. Data per scontata la *"costituzionalità originaria"* dell'art. 19, lett. b), nella lettura offertane dalla Corte, argomenta a favore di una *"costituzionalità sopravvenuta"*, in ragione *"dei mutamenti intercorsi nelle relazioni sindacali degli ultimi anni"* cui *"hanno fatto seguito modifiche normative apportate non solo all'ordinamento statuale, ma anche al sistema sindacale"*. Insomma, l'indirizzo della Corte era corretto ieri, non lo è più oggi, perché il sistema sindacale di riferimento appare modificato; sicché quel che si chiede è non di cambiarlo con riguardo ad un mondo vecchio rimasto uguale a se stesso, ma di adeguarlo ad un mondo nuovo rispetto a cui riesce obsoleto.

Era corretto ieri, perché *"L'automatismo tracciato dalla Corte costituzionale tra sottoscrizione del contratto collettivo di lavoro applicato in azienda e rappresentatività, lungi dall'essere tautologico, aveva come presupposto l'unitarietà di azione dei sindacati maggiormente rappresentativi e la unitaria sottoscrizione dei contratti collettivi di lavoro sicché ragionevolmente quella sottoscrizione poteva essere assunta a criterio misuratore della forza del sindacato e della sua rappresentatività, indiscutibilmente maggiore"*. Tant'è che *"Le eccezioni di legittimità costituzionale dell'art. 19 dello Statuto, compresa quella decisa con la sentenza n. 244 del 1996, furono infatti tutte sollevate ... da associazioni sindacali minoritarie ... e la Corte non ebbe difficoltà a respingere le eccezioni sottolineando ... la duplice esigenza, di far convergere le misure di sostegno a favore delle organizzazioni maggiormente in grado di tutelare gli interessi dei lavoratori e di evitare una eccessiva estensione dei beneficiari potesse vanificare gli scopi delle norme di promozione"*

Ma tale indirizzo non è più corretto oggi, a fronte dello *"scenario delle attuali relazioni sindacali ... caratterizzato dalla rottura dell'unità di azione delle organizzazioni maggiormente rappresentative, dalla conclusione di contratti collettivi cd. separati e, in particolare, da una serie di iniziative"*

poste in essere dal Gruppo Fiat ... che ha portato alla creazione di un nuovo sistema contrattuale, definito da una dottrina come 'auto-concluso' ed 'auto-sufficiente'". L'assunzione della vicenda Fiat come cartina di tornasole dell'obsolescenza della precedente lettura della lett. b), del tutto prevedibile essendo stata l'occasione del ricorso ex 28 Statuto, permette di giocare subito la carta considerata vincente, cioè che la Fiom era stata esclusa "benché convocata in tutti i tavolo negoziali ... e benché abbia partecipato alle trattative relative al contratto di Pomigliano, poi esteso alle aziende del gruppo ..."; e ciò nonostante che essa fosse "uno dei sindacati maggiormente rappresentativi, specificatamente nel settore metalmeccanico, e, presso le società convenute, sia più rappresentativo degli altri sindacati firmatari del contratto collettivo applicato...".

Solo che, per valorizzare la sufficienza della partecipazione senza smentire la giurisprudenza costituzionale, si ricorda come già in presenza della vecchia lettera b) non solo la dottrina e la giurisprudenza ordinaria l'avessero privilegiata, fino a ritenere la sottoscrizione non necessaria; ma come l'avesse fatto la stessa Corte cost. n. 334/1988, che pur considerava tale sottoscrizione indispensabile, coll'affermare secondo le parole del Tribunale che "il riconoscimento del carattere rappresentativo del sindacato e quindi la sua meritevolezza, ai fini delle prerogative del Tit. III dello Statuto, devono trovare fondamento in un criterio di razionalità che ... non può essere sganciato dalla prospettiva, ugualitaria e solidaristica, di incentivare l'attività di sindacati che riescano a coagulare e a rappresentare gli interessi del maggior numero di lavoratori".

Ne sia stato il Tribunale più o meno consapevole, resta che quella Corte cost. n. 334/1988, in costanza di una lett. b) integra, considerava la partecipazione con riguardo ai soli contratti nazionali o provinciali, come indice concorrente con la firma di "un'efficienza contrattuale almeno locale", di per sé ritenuta sufficiente per garantire almeno in teoria una prospettiva egualitaria e solidaristica. Mentre la successiva Corte cost. n. 244/1996, in presenza di una lett. b) mutilata, valutava quella stessa partecipazione con rispetto anche ai contratti aziendali, come indice concorrente con la sottoscrizione di una "capacità del sindacato di imporsi al datore di lavoro, direttamente o attraverso la sua associazione, come controparte contrattuale", di per sé certo insufficiente per escludere una chiusura aziendalistica.

Seguire passo a passo Corte cost. n. 244/1996, avrebbe significato rinunciare a far valere la "prova del 9" della irrazionalità della interpretazione contestata, cioè di essersi rivelata tale da escludere un sindacato come la Fiom, cioè, come già ricordato "uno dei sindacati maggiormente rappresentativi, specificatamente nel settore metalmeccanico e ... presso le società convenute ... più rappresentativo...". Questo perché se a rilevare era la "capacità del sindacato di imporsi al datore di lavoro" si sarebbe potuto sostenere che quella dimostrata dalla Fiom si era rivelata sufficiente per sedersi al tavolo, ma non per ottenere un contratto collettivo condivisibile che potesse firmare; col che si sarebbe così privato di qualsiasi rilievo giuridico proprio quel fatto assunto come notorio di una presenza maggioritaria della Fiom nella categoria metalmeccanica e nelle società del gruppo Fiat.

Ecco, allora, con un salto di continuità logica che peraltro conferma appieno la smalzata abilità profusa nella motivazione, il Tribunale fa dire alla dottrina ciò che la Corte costituzionale ha avuto occasione di segnalare al legislatore già prima della consultazione referendaria in quella sent. n. 30/1990, poi richiamata dalla sent. n. 1/1994 nel licenziare quella consultazione "l'apprestamento di nuove regole - ispirate alla valorizzazione dell'effettivo consenso come metro di democrazia anche nell'ambito dei rapporti tra lavoratori e sindacati - è ormai necessario per garantire una più piena attuazione, in materia, dei principi costituzionali" (v. Corte cost. n. 30/1990).

Stando alle parole del Tribunale *“D'altra parte, come la dottrina ha rilevato, posto che la rappresentatività, anche a livello endoaziendale, è necessariamente espressa dal consenso degli interessati, intanto potrebbe prescindere da questo canone (il consenso) per sostituirlo con un altro (la sottoscrizione del contratto collettivo), in quanto sia rinvenibile un valore che giustifichi questa deviazione”*. Solo che subito dopo questo affidamento di principio al *“consenso degli interessati”* viene rafforzato, col ricondurlo a quel cambiamento del contesto storico assunto come fattore primo del processo di obsolescenza della interpretazione della lett. b) messa sotto accusa: *“Nell'attuale condizione di rottura dell'unità sindacale, il criterio selettivo di cui all'art. 19, imperniato sul dato formale della sottoscrizione del contratto applicato e sganciato da qualsiasi raccordo con la misura del consenso dei rappresentati, mostra tutti i suoi limiti in termini di irragionevolezza e miopia.”*

Dunque, la regola aurea per accertare la rappresentatività richiesta per la costituzione delle rappresentanze sindacali è quella della conta. Regola, questa, che, se poteva essere disattesa quando c'era l'unità sindacale, essendo cosa affatto scontata la legittimazione di tutti i sindacati più rappresentativi in base alla sottoscrizione dei contratti applicati nell'unità produttiva; ora non lo è più, perché un sindacato come la Fiom certo più rappresentativo fuori e dentro le società del gruppo Fiat ha perso tale rappresentatività per il solo fatto di non poter far valere a suo favore la sottoscrizione dell'unico contratto rimasto rilevante per quel gruppo.

Ora, a prescindere che l'assunzione di una tale regola già accarezzata dalla stessa Corte costituzionale costituirebbe di per sé sola la certificazione formale della morte della politica promozionale dello Statuto, costruita su una selezione sovra-aziendale, in una prospettiva egualitaria e solidaristica; affiora qui una certa discontinuità logica nel considerare cosa affatto scontata che la sua mancata applicazione abbia di per sé penalizzato un sindacato dato per più rappresentativo come fatto notorio, senza alcun riscontro fattuale. Dopotutto, per quel poco che può rilevare, i due contratti di Pomigliano e di Mirafiori erano stati approvati con dei referendum aperti a tutti i lavoratori.

Peraltro il Tribunale non lascia capire se l'assunzione della regola della conta debba essere l'unica soluzione praticabile come qui fa ritenere; oppure possa essere sostituita dalla partecipazione alla contrattazione collettiva, come altrove fa supporre, dando come provato che tale partecipazione vi sia stata nella vicenda sottopostale. Ciò trova conferma nella *“richiesta”* finale di una sentenza di accoglimento manipolativa dell'art. 19, lett. b) *“nella parte in cui, consentendo la costituzione delle rappresentanze sindacali aziendali alle sole associazioni firmatarie di un contratto collettivo applicato nell'unità produttiva, adotta un criterio che prescinde dalla misurazione dell'effettiva rappresentatività e dall'accesso e partecipazione al negoziato...”*, che, come detto sopra, dà l'idea di essere intenzionalmente ambigua. Se è esplicita ed inequivocabile la condanna del requisito della sottoscrizione, non lo è altrettanto l'individuazione del requisito da privilegiare, perché il criterio presentato con una *“e”*, come fosse cumulativo, non può che essere letto con una *“o”*, cioè come alternativo, essendo ben difficile congegnare qualcosa che metta insieme *“la misurazione dell'effettiva rappresentatività”* e *“l'accesso e partecipazione al negoziato”*. Pare doversene dedurre che il Tribunale ritenga la prima la regola aurea che peraltro solo il legislatore potrebbe varare in un imprevedibile futuro; mentre la seconda è solo una surrogata di quella regola, che la Corte è ben in grado di introdurre a tamburo battente.

Occorre dar atto al Tribunale di Modena di aver privilegiato il *“mutato contesto delle relazioni sindacali”*, ma di aver allargato il discorso alla *“stessa evoluzione del quadro normativo e*

dell'assetto sindacale" che renderebbe "incoerente la norma impugnata con l'ordinamento statale". Richiama in debita sequenza "il parametro riferito ai sindacati maggiormente o comparativamente più rappresentativi utilizzato da una ampia legislazione che ha elevato la contrattazione collettiva a fonte integrativa, suppletiva o derogatoria della propria disciplina"; quindi il "criterio di rappresentatività minima, modulato su una combinazione di dati associativi e dati elettorali, presente sia nel decreto legislativo n. 165 del 2001 (art. 43), sia nell'Accordo interconfederale del 28.6.2011"; infine "l'articolo 8 della legge n. 148 del 2011, nel momento in cui ridefinisce le regole della contrattazione di prossimità, privilegia il criterio maggioritario, dunque implicitamente scartando la possibilità che un sindacato certamente maggioritario come la Fiom possa essere escluso a favore di sindacati minoritari (seppur firmatari)".

Da tutto questo materiale legislativo e collettivo il Tribunale crede di poter dedurre una "tendenza espressa dal sistema generale di selezionare i soggetti abilitati alla contrattazione collettiva in base ad una verifica concreta di rappresentatività" cui "l'art. 19 oppone l'effetto paradossale di subordinare il godimento dei diritti del Titolo III ad un principio di effettività della rappresentanza che prescinde da ogni parametro di rilevazione del consenso e poggia sul mero dato formale della sottoscrizione del contratto applicato". Ora è difficile convenire sull'esistenza di una tendenza a scegliere i partners negoziali "in base ad una verifica concreta di rappresentatività" che per di più non prescinda "da ogni parametro di riferimento del consenso", come provato a iosa proprio dalla contrattazione c.d. delegata affidata ad una nozione di associazione comparativamente più rappresentativa: concepita "in fretta e furia" per sostituire quella di associazione maggiormente rappresentativa, poco selettiva come anticipato dalla stessa denominazione e confermato dalla spendita multi-uso fattane dalla legge, basata su molta "presunzione" e poca "effettività".

Certo c'è il regolamento varato per l'impiego pubblico privatizzato, ma per quanto considerato modello potenzialmente universale, è stato costruito a misura di un universo del tutto peculiare rispetto a cui doveva giustificare quella efficacia generalizzata della contrattazione collettiva a tutt'oggi preclusa per il lavoro privato in forza della sopravvivenza se pur ibernata dell'art. 39, co. 2 ss. Cost. E, a prescindere d'altro, lo sforzo di un recepimento debitamente adattato, di cui all'accordo interconfederale del giugno 2011 ed ora anche all'accordo interconfederale 31 maggio 2013, è pur sempre costretto a scontare quel deficit genetico che Federico Mancini rendeva con una battuta destinata a rimanere storica, "Il contratto può molto ma non tutto".

Last but not least, quell'art. 8 l. n. 148/2011, circondato a tutt'oggi da un pudico silenzio condiviso dallo stesso legislatore, è quell'assemblaggio incoerente già qui stigmatizzato, di una rappresentatività "esterna a portata propositiva", affidata ad associazioni comparativamente più rappresentative, individuabili alternativamente a livello nazionale e territoriale; e di una rappresentatività "interna a portata decisoria", riservata alle "loro" rappresentanze sindacali aziendali a' sensi di quella disciplina legislativa ed interconfederale debitamente richiamata che non permette affatto di definirle *a priori* come tali.

Tutto vero, ma il Tribunale ha costruito la sua motivazione con lo sguardo concentrato sulla Corte, che sa essere attenta alla stessa percezione di una macroscopica incoerenza, come quella di una Fiom, legittimata da sempre, per legge, regolazione contrattuale e prassi, ad aver voce nella gestazione di discipline anche derogatorie rispetto alle norme di legge, ma preclusa dall'essere presente nella stessa realtà di punta dell'industria metalmeccanica, per aver negato la sua firma all'unico contratto ivi applicato, fra l'altro preconstituito a torto o ragione per tenerla fuori.

10. La svolta di Corte cost. n. 231/2013: una falsa sentenza additiva.

Se l'ordinanza del Tribunale, tenuta poi presente come esemplare, era una scommessa vissuta pericolosamente, certo era stata giocata bene, come prova Corte cost. (sent.) 23 luglio 2013, n. 231. A quanto visto, il Tribunale aveva aperto "prefigurando" una sentenza di accoglimento totale, che avrebbe creato un vuoto uguale a quello risultante dall'accoglimento del quesito referendario massimale, regolabile solo dal legislatore; ma aveva chiuso "richiedendo" una sentenza di accoglimento manipolativa dell'art. 19, lett. b), sopra definita ambigua, perché tale da dar l'impressione di puntare sia alla "*misurazione dell'effettiva rappresentatività*", sia alla considerazione come condizione sufficiente dell' "*accesso e partecipazione al negoziato...*".

A fronte della obiezione della difesa Fiat, la Corte puntualizza che "*ciò che i giudici a quibus chiedono ora a questa Corte ... non è una decisione demolitoria, che effettivamente darebbe luogo ad un vuoto normativo colmabile solo dal legislatore, bensì, inequivocabilmente, una pronuncia additiva che consenta (ciò che appunto altri giudici hanno ritenuto di poter direttamente desumere in via di interpretazione sistematica, evolutiva o, comunque, costituzionalmente adeguata della norma stessa) di estendere la legittimazione alla costituzione di rappresentanze aziendali anche ai sindacati che abbiano attivamente partecipato alle trattative per la stipula di contratti collettivi applicati nell'unità produttiva, ancorché non li abbiano poi sottoscritti (per ritenuta loro non idoneità a soddisfare gli interessi dei lavoratori)*".

Non desta sorpresa che la Corte si limiti a tener presente l'unica richiesta che poteva accogliere, cioè quella di considerare sufficiente per la costituzione delle rappresentanze sindacali aziendali la partecipazione attiva, già da lei stessa aperta e percorsa fino in fondo da tutta una giurisprudenza; desta sorpresa, invece, che si preoccupi di enfatizzare, con l'accompagnarla con l'avverbio "*inequivocabilmente*" e col marcarla in neretto, la natura di "*pronuncia additiva*" dell'eventuale sentenza di accoglimento. Ed, in effetti, alla fine della sua argomentazione in diritto, la decisione sarà redatta proprio secondo la collaudata terminologia di una tale pronuncia, cioè di una dichiarazione di "*illegittimità costituzionale dell'articolo 19, primo comma, lett. b), della legge 20 maggio 1970, n. 300 ..., nella parte 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*".

La Corte avrebbe ben potuto ripartire dalla sua interpretazione costituzionalmente corretta della lett. b), già caldeggiata prima della amputazione referendaria, che, cioè, fosse richiesta sia la partecipazione alla trattativa che la sottoscrizione; per poi pronunciare una sentenza manipolativa di accoglimento parziale, cioè tale da considerare in motivazione la lettera in parola come fosse scritta in conformità a tale interpretazione, per poi giudicarla incostituzionale a' sensi della motivazione medesima "per la parte in cui prevede" la necessità della sottoscrizione.

Ha scelto, invece, la via di una sentenza manipolativa additiva, caratterizzata dalla formula "per la parte in cui non prevede", che qui appare impropria, non potendosene ravvisare la stessa premessa tecnica, quale data dall'aggiungere qualcosa di più rispetto a quello che già la norma contempla, sia, poi, additiva di principio, di prestazione, di garanzia. Non è che si aggiunga come sufficiente all'ipotesi esplicitamente prevista della sottoscrizione quella ulteriore della partecipazione, quasi potessero essere spese in alternativa, perché la sola sottoscrizione continua a non

bastare, a meno che non si ritenga azzerata la precedente giurisprudenza costituzionale, mentre d' ora in poi la sola partecipazione basta ed avanza.

Offrire una spiegazione è cosa tutt'altro che facile. Certo la si potrebbe dare in forza e ragione di una qual certa imperizia tecnica, peraltro nell'utilizzazione di una terminologia convenzionale accreditata dalla dottrina con tanta sofisticata sottigliezza da rendere incerta la riconduzione di una fattispecie problematica in questa o quella casella. Ma, con la spendita di un po' di dietrologia, la si può anche trovare nella intenzione di evitare che la pronuncia comportasse un rinvio alla motivazione per coglierne la portata, come richiesto da una sentenza manipolativa di accoglimento parziale; rendendola del tutto autonoma e autosufficiente con una riscrittura integrale della lettera b).

Solo che così facendo finisce per sconfinare nel campo riservato al legislatore, sicché, ne sia o meno consapevole, il ricorso alla figura della sentenza manipolativa additiva finisce per servire da copertura ad una attività sostanzialmente *ultra vires*.

11. Segue: una ricostruzione della precedente giurisprudenza costituzionale in chiave “giustificatoria” con il cambiamento di rotta attribuito *in toto* al mutamento dello scenario sindacale e normativo.

La bontà dell'argomentazione del Tribunale di Modena, poi ripresa e sviluppata dagli altri Tribunali che hanno sollevato la medesima eccezione, era nel non mettere sotto accusa la giurisprudenza della Corte; bensì considerarla adeguata alla situazione pregressa, e addirittura anticipatrice, con la sua valorizzazione della partecipazione e con la sua sollecitazione al legislatore di garantire una rappresentatività effettiva, ma rimessa in discussione dalla rottura della unità sindacale, esplicitata drammaticamente nella vicenda Fiat.

Ne rappresenta una riprova la fedeltà con cui la Corte la fa propria, con una ricostruzione della sua precedente giurisprudenza che punta a storicizzarla, non senza qualche forzatura, ben percepibile alla luce della ricostruzione fattane precedentemente, per accreditare la tesi “giustificazionista” di una sostanziale coerenza rispetto all'evoluzione normativa e sindacale. Come è ovvio parte col ricordare le due sentenze n. 54/1974 e n. 334/1988, che hanno “costituzionalizzato” l'art. 19 St., coll'“*affermare la razionalità del disegno statutario, con i due livelli di protezione accordata alle organizzazioni sindacali (libertà di associazione, da un lato, e selezione dei soggetti collettivi fondata sul principio della loro effettiva rappresentatività, dall'altro), la Corte si è soffermata anche sul criterio della “maggiore rappresentatività”, che pur conducendo a privilegiare le confederazioni “storiche”, non precludeva rappresentanze aziendali nell'ambito delle associazioni sindacali non affiliate alle confederazioni maggiormente rappresentative, purché si dimostrassero capaci di esprimere, attraverso la firma di contratti collettivi, nazionali o provinciali di lavoro applicati nell'unità produttiva, un grado di rappresentatività idoneo a tradursi in effettivo potere contrattuale a livello extra-aziendale*”.

Solo che deve spiegare il perché abbia contribuito in prima persona a compromettere la razionalità di quel disegno statutario col dare via libera alla consultazione referendaria del 1995. E così comincia col ricordare che già a “*partire dalla seconda metà degli anni ottanta si è sviluppato, però, un dibattito critico in vista di una esigenza di revisione del meccanismo selettivo della ‘maggiore rappresentatività’ previsto ai fini della costituzione delle rappresentanze nei luoghi di lavoro*”, segno di una crisi di tale meccanismo, di cui la Corte si sarebbe mostrata pienamente

consapevole con Corte cost. n. 30/1990 e Corte cost. n. 1/1994, con un ripetuto invito al legislatore ad intervenire. Ma al riguardo occorre riprendere quanto già detto, per contestualizzare questo tentativo di scaricare tutto il peso del ritardo sulle spalle del Parlamento.

In Corte cost. n. 30/1990, l'invito faceva da contrappeso alla configurazione dell'art. 19 come norma permissiva, sì da eliminare in radice la possibilità di legittimare un'associazione sindacale a costituire rappresentanze sindacali sulla base di un'intesa aziendale. La Corte intendeva escludere una rappresentatività *octroyée*; ma sentiva che così contrastava la crescente preferenza popolare accordata alla rappresentatività aziendale effettiva rispetto alla rappresentatività extra-aziendale presunta. Se, però, essa coglieva il bisogno di una maggiore *grassroots democracy*, temeva al tempo stesso il rischio di una minore solidarietà; sicché il suo monito al legislatore si risolveva in un generico invito a combinare i due valori, che dice poco o niente sul contenuto; non dice molto come segno di un qual certo disincanto rispetto al disegno promozionale dello Statuto, destinato a tradursi in un vero e proprio distacco nel semaforo verde dato al quesito referendario massimalista.

In Corte cost. n. 1/1994 non era contemplato alcun invito, ma solo previsto, per giustificare quel semaforo verde concesso al quesito referendario massimalista, che se ed in quanto fosse stato accolto, il conseguente vuoto anarchico così creato avrebbe potuto essere riempito dal legislatore, con una disciplina di cui l'unica cosa chiara era il suo dover essere "sostanzialmente diversa".

Dopodiché, col tono distaccato di chi prende atto di un qualcosa che lo ha visto non protagonista, ma semplice spettatore, la Corte offre un breve riassunto del confronto apertosi dopo l'accoglimento del solo quesito referendario minimale: *"Nel commentare la normativa "di risulta" non si mancò di sottolineare come questa – pur coerente con la ratio referendaria di allargare il più possibile le maglie dell'agere sindacale anche a soggetti nuovi che fossero realmente presenti ed attivi nel panorama sindacale – rischiasse, però, nella sua accezione letterale, di prestare il fianco ad una applicazione sbilanciata: per un verso, in eccesso, ove l'espressione "associazioni firmatarie" fosse intesa nel senso della sufficienza di una sottoscrizione, anche meramente adesiva, del contratto a fondare la titolarità dei diritti sindacali in azienda (con virtuale apertura a sindacati di comodo); e, per altro verso, in difetto, ove interpretata, quella espressione come ostativa al riconoscimento dei diritti in questione nei confronti delle associazioni che, pur connotate da una azione sindacale sorretta da un ampio consenso dei lavoratori, avessero ritenuto di non sottoscrivere il contratto applicato in azienda. E ciò con il risultato, nell'un caso e nell'altro, di una alterazione assiologica e normativa della norma stessa, quanto al profilo del collegamento, non certamente rescisso dall'intervento referendario, tra titolarità dei diritti sindacali ed effettiva rappresentatività del soggetto che ne pretende l'attribuzione"*.

Lascia intendere che fin dall'inizio la Corte era pienamente consapevole di questo duplice rischio derivante dalla norma "di risulta", tale da mettere a repentaglio la stessa *ratio* dell'intervento referendario, diretta ad allargare la platea dei potenziali beneficiari del Tit. III St., ma solo se ed in quanto godessero di una "effettiva rappresentatività". Con ciò conferma implicitamente che la *ratio* dello stesso quesito minimale era del tutto opposta a quella dello Statuto, sì da risulterne all'indomani del risultato referendario completamente compromessa, con l'esclusione di qualsiasi rilevanza per la rappresentatività extra-aziendale presunta a tutto favore di una rappresentatività aziendale effettiva.

Solo che in questa auto-anamnesi, la Corte non pare accorgersi che l'esclusione di qualsiasi rilevanza della rappresentatività extra-aziendale presunta finiva per investire anche quella stessa nozione imbastardita di associazione sindacale maggiormente rappresentativa, cui farà ricorso per sanzionare l'irrazionalità di un'interpretazione della lett. b), tale da precluderle l'usufruzione del Tit. III St. se non a costo di farle ... "perdere la faccia". Ma, soprattutto, non vuole dare atto che il timore di quel duplice rischio di interpretazione, in eccesso ed in difetto, di una normativa "di risulta", ritenuta di per sé coerente nella *ratio* e nella lettera, porta la Corte a infilarsi dentro un vero e proprio *cul de sac* ermeneutico.

Dopo aver anticipato erroneamente che la Corte avrebbe affrontato in passato solo il rischio in eccesso, quale costituito dalla *"sufficienza di una sottoscrizione anche meramente adesiva"*, richiama proprio la sent. n. 244/1996, in *"virtù della quale, dalla premessa che 'la rappresentatività del sindacato non deriva da un riconoscimento del datore di lavoro espresso in forma pattizia', bensì dalla 'capacità del sindacato di imporsi al datore di lavoro come controparte contrattuale', ha dedotto la necessità di "una partecipazione attiva al processo di formazione ... di un contratto normativo" ...*". Ma se la capacità è quella di imporsi come controparte contrattuale, perché si continua a richiedere anche la sottoscrizione? Per mera inerzia, per un'interpretazione di tale capacità di imporsi che riguardi non solo la partecipazione alla trattativa, ma anche l'accettazione della propria piattaforma rivendicativa, per una valorizzazione della sottoscrizione come disponibilità a rispettare comunque la disciplina collettiva applicata?

Qualunque fosse la ragione di una siffatta scelta conservativa, la controindicazione non avrebbe tardato a manifestarsi, sotto forma del rischio per difetto, rappresentato dall'essere *"ostativa ... nei confronti delle associazioni che, pur connotate da una azione sindacale sorretta da ampio consenso dei lavoratori, avessero ritenuto di non sottoscrivere il contratto applicato in azienda."* E contrariamente a quanto la Corte qui asserisce, tale rischio era stato già affrontato ed esorcizzato da Corte cost. (ord.) n. 345/1996, col sostenere che tale effetto ostativo era compreso nel calcolo costi/benefici. Ma non sorprende questo vuoto di memoria in una sentenza orientata in senso affatto diverso, specie tenuto conto del carattere peculiare dell'argomento mercantilista a suo tempo utilizzato; tanto più che tale vuoto permette di affermare che il rischio per difetto *"già presente nel sistema nel sistema della lettera b) del primo comma, dell'art. 19, ma di fatto fin qui oscurato dalla esperienza pratica di una perdurante presenza in azienda dei sindacati confederali"* emergerebbe ora dal *"mutato scenario delle relazioni sindacali e delle strategie imprenditoriali"*, riflettendosi *"nella concretezza della fattispecie in cui ...dalla mancata sottoscrizione è derivata la negazione di una rappresentatività che esiste, invece, nei fatti e nel consenso dei lavoratori addetti all'unità produttiva."*

È la tesi avanzata per primo dal Tribunale di Modena, sopra battezzata nei termini di una *"incostituzionalità sopravvenuta"* dell'art. 19, lett. b) St. in base alla crisi di quell'unità sindacale che l'aveva occultata fino al momento in cui è esplosa nella vicenda Fiat; che, peraltro, si è rifiutato a ragione di affrontarla e risolverla con un'interpretazione adeguatrice per cui sarebbe stata sufficiente la sola partecipazione, come fatto da una certa giurisprudenza che ne ha sostenuto *"la coerenza con la richiamata giurisprudenza costituzionale in materia di irrilevanza, ai fini dell'art. 19, primo comma, lett. b) dello Statuto dei lavoratori, della mera sottoscrizione del contratto collettivo non preceduta dalla effettiva partecipazione alle trattative"*.

12. *Segue*: una conclusione problematica con l'ultima parola rimessa al legislatore cui viene offerta una rosa di soluzioni un po' improvvisata.

Ben si è operato, dunque, a giudizio della Corte, coll'escludere la possibilità di un'interpretazione adeguatrice col sollevare un'eccezione di costituzionalità rispetto ad una lett. b) letta nel senso di richiedere anche la sottoscrizione, perché *“nel momento in cui viene meno alla sua funzione di selezione dei soggetti in ragione della loro rappresentatività e, per una sorta di eterogenesi dei fini, si trasforma invece in meccanismo di esclusione di una soggetto maggiormente rappresentativo, si da non potersene giustificare la stessa esclusione dalle trattative, il criterio della sottoscrizione dell'accordo applicato in azienda viene inevitabilmente in collisione con i precetti di cui agli artt. 2, 3, 39 Cost.”*.

È né più né meno quella onorevole via di uscita dal *cul de sac* ermeneutico in cui la Corte aveva finito per cacciarsi, offertale dalle ordinanze di rimessione, ma che, però, poggiava su una duplice premessa: la rilevanza esclusiva della rappresentatività aziendale effettiva, con conseguente sepoltura definitiva della *ratio* promozionale dello Statuto; l'attribuzione della stessa ad una associazione sindacale in base al suo essere maggiormente o comunque significativamente rappresentativa, con una miniaturizzazione a misura di azienda di una nozione nata e utilizzata a dimensione nazionale o almeno territoriale.

Quanto, poi, alla collisione cogli artt. 2, 3 e 39 Cost., essa appare adattata alla bisogna, come può permettersi una Corte dove la motivazione, quando non rilevante per completare il dispositivo, le serve per esplicitare o far trapelare la scelta di politica sottesa. Una scelta qui fortemente influenzata dalla vicenda Fiat, considerata limite, per essere caratterizzata da una esclusione vista e vissuta come programmata a tavolino da un'azienda portata dalla sua stessa internalizzazione ad una qual certa insofferenza nei confronti di una consolidata prassi inclusiva; e portata avanti con grande determinazione nei confronti di una Fiom protagonista di primo piano della scena non solo sindacale ma anche politica.

Con riguardo agli artt. 3 e 2 Cost., rileverebbe il fatto che i sindacati *“nell'esercizio della loro funzione di autotutela dell'interesse collettivo – che, in quanto tale, reclama, reclama la garanzia di cui all'art. 2 Cost. – sarebbero privilegiati o discriminati 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 del rapporto con l'azienda per il rilievo condizionante attribuito al dato contingente di aver prestato il proprio consenso alla conclusione di un contratto con la stessa”*. E, con rispetto all'art. 39 Cost., risalterebbe il fatto che i diritti sindacali sarebbero conseguibili a condizione di *“un atteggiamento consonante con l'impresa, o quanto meno presupponente il suo assenso alla fruizione della partecipazione sindacale”*, con conseguente *“vulnus all'art. 39, primo e quarto comma, per il contrasto che, sul piano negoziale, ne deriva ai valori del pluralismo e della libertà di azione della organizzazione sindacale”*.

Insomma, a quanto sembrerebbe, la *“capacità del sindacato di imporsi al datore”* richiesta dalla sent. n. 244/1996 sarebbe verificata dalla sola partecipazione attiva, senza necessità di quella sottoscrizione pur richiesta da quella sentenza e ribadita dalla successiva ordinanza n. 345/1996, col ricondurla ad una libera valutazione dell'associazione sindacale in termini di costi e benefici. Ma, a prescindere d'altro, un'argomentazione similare potrebbe essere sviluppata a proposito della stessa partecipazione, pur sempre tale da richiedere una disponibilità datoriale in base alla regola generale del reciproco riconoscimento. Tant'è che nella stessa vicenda Fiat risulta scontata

la partecipazione relativa ai contratti collettivi di II livello di Pomigliano e di Mirafiori, integrati nel vecchio sistema confederale; ma non al contratto speciale di I livello costitutivo di un nuovo sistema auto-concluso ed auto-sufficiente dove non è stata neppure ammessa alla negoziazione.

Del che sembra essere avvertita la stessa Corte, come rivela una qual sorta di tentazione a fondare sulla rappresentatività la pretesa ad una partecipazione. Tentazione questa che viene anticipata dove motiva la contrarietà della lett. b) agli artt. 2 e 3 Cost., con l'affermare che la *“rappresentatività ... giustifica la stessa partecipazione alla trattativa”*; ma che sembra venir ripresa subito dopo, laddove argomenta la stessa contrarietà all'art. 39, co. primo e quarto Cost., perché tale da mettere in questione quella libertà di azione sindacale che *“se trova a monte, in ragione di una sua acquisita rappresentatività, la tutela dell'art. 28 dello Statuto nell'ipotesi di un eventuale, non giustificato, suo negato accesso al tavolo delle trattative, si scontra, poi, a valle, con l'effetto legale di estromissione dalle prerogative sindacali che la disposizione denunciata automaticamente collega alla sua decisione di non sottoscrivere il contratto . Ciò che si traduce, per un verso, in una forma impropria di sanzione del dissenso, che innegabilmente incide, condizionandola, sulla libertà del sindacato in ordine alla scelta delle forme di tutela ritenute più appropriate per i suoi rappresentati, mentre, per altro verso, sconta il rischio di raggiungere un punto di equilibrio attraverso un illegittimo accordo ad excludendum”*.

La contraddizione rilevata dalla Corte sarebbe fra un art. 28 St., che protegge a monte l'accesso al tavolo delle trattative di un sindacato *“in ragione di una sua acquisita rappresentatività”*, ed un art. 19, lett. b) St., che esclude a valle l'ingresso al Tit. III St. di un sindacato che pur avendo preso parte al processo negoziale, non ne accetta il risultato.

Ora, l'art. 28 St., a' sensi della sua lettera, prescrive una *“rappresentatività”* costituita dall'essere associazione sindacale nazionale, che, come già menzionato, almeno secondo la tesi maggioritaria, potrebbe essere fatta valere nell'ipotesi dell'esclusione dalla trattativa, solo se ed in quanto questa fosse contraria ad una precisa disposizione legislativa o collettiva. Dunque non si capisce perché contrasterebbe con un art. 19, lett. b) St. che, a' sensi dell'interpretazione offerta dalla Corte cost. n. 244/1996, pretende una *“rappresentatività”* data dalla capacità di una associazione sindacale di imporsi alla controparte datoriale, solo perché oltre alla partecipazione al negoziato richiede anche la sottoscrizione del relativo contratto.

Certo la Corte svicola subito dopo, ritornando sul carattere discriminatorio di un negato accesso al Tit. III St. basato sul rifiuto di un'associazione sindacale a dare la propria firma, che potrebbe ben essere finalizzato ad *“un illegittimo accordo ad excludendum”*.

Ma a voler riprendere il passo precedente, si potrebbe anche leggere in quel riferirsi ad una *“acquisita rappresentatività”* un qualcosa che, se pur declinato diversamente, tutela contro una mancata esclusione sia dal tavolo negoziale, sia dall'accesso al Tit. III St., sicché l'esclusione dal primo non potrà essere considerata legittima quando comporterà come conseguenza di per sé sola anche quella dal secondo. Se per l'art. 28 St. tale *“acquisita rappresentatività”* continuerà ad essere data dal presentarsi come associazione sindacale, per l'art. 19, lett. b) St., potrà essere ravvisata nel configurarsi come *“soggetto maggiormente rappresentativo, a livello aziendale o comunque significativamente rappresentativo”*: una volta assunto il fatto che un tale soggetto rimanga escluso dal godimento del Tit. III come sintomo di irrazionalità della pretesa di far sottoscrivere un contratto non condiviso, lo stesso potrebbe essere fatto valere per la richiesta di una partecipazione al negoziato rimessa in ultima istanza alla volontà del datore.

Certo si potrebbe leggere, ma non si legge esplicitamente, perché un tale passo la Corte non poteva compierlo, in quanto avrebbe intaccato lo stesso principio fondante del nostro “ordinamento intersindacale”, il reciproco riconoscimento. Ma forse aveva già orecchiato quello che proprio tale ordinamento sta cercando di realizzare tramite lo strumento principe dell'accordo interconfederale, cioè di aggiornare quel principio, sì da prevedere un diritto di partecipare al tavolo negoziale nazionale a qualsiasi sindacato considerato rappresentativo per aver superato una soglia percentuale costruita sulla media fra dato associativo ed elettivo.

Niente di più, dato che, nel passo immediatamente successivo a quello sopra riportato per esteso, la Corte anticipa, parola per parola, quella che sarà la sua decisione: *“Va, pertanto 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”*. Col che la Corte sembra dar per scontata la sua precedente sent. n. 244/1996, circa la richiesta di una partecipazione attiva alla definizione di contratti normativi, limitandosi solo a sopprimere quella ulteriore della sottoscrizione. Non senza, però, un'allusione alla rilevanza di quella maggiore o significativa rappresentatività a livello aziendale precedentemente richiamata come tale da inficiare una qualsiasi regola che escluda sindacati che ne siano dotati dall'usufruire dei diritti di cui al Tit. III St.; allusione che sembra qui di poter cogliere nel sottolineare che la partecipazione relativa ai contratti deve essere effettuata *“quali rappresentanti dei lavoratori dell'azienda”*.

Dopodiché la Corte prende atto che comunque una soluzione condizionata dal fatto che ci sia un negoziato e che tale negoziato si concluda con un contratto collettivo applicato risulta incompleta al limite dell'incoerenza; ma sostiene a scusante che di più non avrebbe potuto fare: *“L'intervento additivo così operato dalla Corte in coerenza con il petitum dei giudici a quibus e nei limiti della questione sollevata, non affronta il più generale problema della mancata attuazione complessiva dell'art. 39 Cost., né individua – e non potrebbe farlo – un criterio selettivo della rappresentatività sindacale ai fini del riconoscimento della tutela privilegiata di cui al Titolo III dello Statuto dei lavoratori in azienda nel caso di mancanza del contratto collettivo applicato nell'unità produttiva per carenza di attività negoziale ovvero per impossibilità di pervenire ad un accordo aziendale”*.

Si è obiettato che la scusante non tiene, perché la Corte avrebbe potuto procedere oltre, con una dichiarazione di incostituzionalità, ma non è facile capire dove poi avrebbe dovuto fermarsi in una riscrittura che, a suo giudizio, ha come premessa la stessa mancata attuazione dell'art. 39 Cost. Ben fa a rimettere al legislatore l'incombenza di provvedervi, tenendolo sotto la spada di Damocle di una riconsiderazione della sua sentenza, se ed in quanto la sua inerzia continui; male fa, invece, a prospettargli una rosa di possibili soluzioni, di cui il meglio che si possa dire è che sono assemblate alla buona. Basti a conferma una rapida scorsa alla prospettazione fattane dalla Corte: *“Queste potrebbero consistere, tra 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 del diritto di ciascun lavoratore ad eleggere rappresentanze nei luoghi di lavoro”*.

13. Giudizi, bilanci, previsioni non richieste ma comunque disponibili gratuitamente.

Se, a prescindere dal percorso argomentativo, si dovesse dare un giudizio sul *decisum* di questa sentenza, le si dovrebbe riconoscere un duplice merito. Sul piano "teorico", ha preso atto della contraddizione insita nella linea apprestata a difesa di quella lett. b) uscita amputata dalla consultazione referendaria: di assumere a misura della rappresentatività una capacità di imporsi alla controparte datoriale già testimoniata a sufficienza dalla partecipazione al negoziato, ma di richiedere in più anche la sottoscrizione del relativo contratto collettivo. Sul piano "pratico", invece, ha sbrogliato il caso Fiat, visto che, all'indomani stesso della pronuncia, il gruppo imprenditoriale ha fatto rientrare le rappresentanze sindacali della Fiom nelle sue società, senza neppure stare a sottilizzare sul che la Fiom non potesse vantare alcuna partecipazione al contratto specifico di I livello applicativi.

Peraltro, per una Corte tenuta a rispettare un'eccezione di costituzionalità riecheggiante tutta una certa giurisprudenza ordinaria disposta a ritenere necessaria e sufficiente per la rappresentatività richiesta dall'art. 19 lett. b) St. la sola partecipazione al negoziato, la scelta più congrua era quella di recuperare e adattare la precedente sent. n. 244/1996: veniva mantenuta la richiesta della partecipazione attiva alla conclusione di contratti collettivi normativi, mentre veniva soppressa quella della loro sottoscrizione.

Solo che così la questione di una rappresentatività rimessa in ultima istanza alla volontà della controparte negoziale veniva spostata dalla sottoscrizione alla partecipazione. Cosa, questa, di cui la Corte dà l'impressione di essersi accorta, col far balenare l'idea che l'esclusione di un'associazione maggiormente o significativamente rappresentativa parli di per sé sola contro la regola selettiva adottata, si tratti pur anche di quella data dalla sola partecipazione. Se la Corte non procede oltre su questa strada è perché, con rispetto all'esclusione dalle società Fiat della Fiom, dava sì per scontato che questa fosse maggiormente o significativamente rappresentativa; ma le bastava, ed avanzava, la sua partecipazione almeno ai due contratti di II livello di Pomigliano e di Mirafiori.

Che dire, invece, di un giudice di merito che domani venisse chiamato da una associazione maggiormente o significativamente rappresentativa a valutare della sua esclusione dalla stessa trattativa; e che fosse costretto a decidere senza avere alcuna indicazione precisa deducibile dalla lett. b) circa l'esatta portata della nozione in parola, perché qui la rappresentatività risulta data dalla capacità di imporsi alla controparte datoriale per via della partecipazione a quella trattativa... da cui essa è stata esclusa?

La problematicità della lett. b) deriva dal far dipendere la possibilità di costituire rappresentanze sindacali dalla vigenza di un contratto collettivo applicabile. Se si è dentro ad un sistema contrattuale, lo stesso sedere al tavolo negoziale non basta a legittimare un sindacato, se non segue la stipula di un testo applicato nell'unità produttiva; sicché se lui non lo firma, deve sperare che lo faccia un altro. Mentre se si è fuori da qualsiasi sistema contrattuale, non ci può essere già in partenza alcun accordo applicato nell'unità produttiva.

La Corte si rivela pienamente consapevole di tale problematicità, ma non della sua vera causa, quale data appunto dal privilegiare la contrattazione collettiva; tant'è che nella rosa delle possibili soluzioni suggerite al legislatore ne include due accomunate dalla rinnovata centralità della stessa contrattazione collettiva: l'*"introduzione di un obbligo a trattare con le organizzazioni sindacali che superino una determinata soglia di sbarramento"*; e l'*"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”.

Ma la prima soluzione, cioè l'introduzione di un obbligo a trattare, che pur è stata fatta propria dall'accordo interconfederale del giugno 2011 e confermata dall'accordo interconfederale del 31 maggio del 2013 per una legittimazione almeno politica della pretesa della contrattazione nazionale di avere efficacia generalizzata, non è risolutiva: sarebbe assicurata la partecipazione ma potrebbe mancare la stipula del contratto collettivo applicato. Mentre la seconda, cioè del rinvio generale al sistema contrattuale, è ancor meno decisiva: qui sarebbe esclusa la copertura al di fuori dello stesso sistema.

Se tale problematicità era propria della stessa formulazione originaria della lett. b), essa è stata drammaticamente aggravata da una consultazione referendaria che, col sopprimere la lett. a) e amputare la stessa lett. b), ha posto la premessa di un'autentica “rivoluzione” della *ratio* della politica promozionale statutaria, cioè, come già rilevato, da una selezione presuntiva territoriale, in nome della solidarietà, ad una aziendale effettiva, in nome della democrazia. Di questa rivoluzione la Corte è stata in larga misura responsabile, consapevole e favorevole, prima col dare via libera alla consultazione referendaria, poi col difendere a spada tratta un'interpretazione della lett. b) che desse l'impressione di compensare *in toto* la cancellazione della lett. a)... almeno fino alla drammatica smentita dei fatti.

Solo che la Corte sembra convinta che quella smentita dei fatti debba portare ad accentuare ancora di più l'evoluzione verso una selezione aziendale effettiva, almeno a stare alle due altre soluzioni suggerite al legislatore, cioè di riconoscere il diritto del lavoratore ad eleggere rappresentanze sindacali aziendali o di valorizzare l'indice di rappresentatività costituito dal numero degli iscritti. Riecheggia qui quella soglia di rappresentatività elettiva/associativa, varata dalla c.d. privatizzazione del pubblico impiego e ripresa dalla contrattazione interconfederale 2011/2013; ma lì è utilizzata solo per l'ammissione alla negoziazione di comparto e rispettivamente di categoria, mentre traslata *sic et simpliciter* per la legittimazione a costituire rappresentanze sindacali aziendali potrebbe avere una ricaduta destabilizzante su un sistema sindacale ancora costruito *top-down*.

Si può anche sostenere che non c'è alcuna fretta per un intervento legislativo, perché a ben guardare la sentenza non sarebbe poi così traumatica, si da consigliare al basso clero di concentrarsi sulla sua interpretazione, cioè su cosa debba intendersi per partecipazione attiva, per contratti normativi, per accordi applicati nell'unità produttiva; e all'alto clero di darsi da fare per affinare al meglio la disciplina interconfederale in via di espansione ed attuazione. Ma c'è almeno da dubitare del fatto che la sentenza non sia traumatica, dato che ci restituisce una lett. b) non facilmente riassorbibile dentro quella disciplina.

Peraltro, a chi scrive è capitato di ascoltare in debita successione gli interventi dei Presidenti delle Commissioni lavoro della Camera e del Senato, Ds l'uno e Pdl l'altro; e di ricavarne, oltre l'impressione che la duplicità del sistema rappresentativo è un lusso ormai eccessivo, anche la sensazione di un'estrema difficoltà a procedere oltre, derivante *in primis* dalla volontà di tutte le Confederazioni che hanno dato vita alla regolamentazione del 2011/2013 a risolvere loro la questione, estendendola per mezzo di accordi gemelli e mettendola a regime tramite contratti di categoria.

L'argomentazione principale addotta a favore è che se è stata la perduta unità sindacale a “provocare” la sentenza, sarà la ritrovata unità sindacale a “recuperare” la sua ricaduta. È facile

obbiettare che l'intera storia repubblicana del nostro Paese parla dell'unità sindacale come di un qualcosa di carsico, che sprofonda e affiora a seconda della situazione politica, economica, sociale; è facile, ma non risolutivo, perché proprio la lezione valoriale della Costituzione, così come adattata alla realtà post-costituzionale dallo Statuto, ci insegna che la rappresentanza sindacale è cosa troppo importante per essere lasciata nelle sole mani di Confederazioni, per quanto "storiche" esse siano.

Quando questa lezione verrà recuperata dal legislatore, sarebbe cosa opportuna tenesse ben presente che le rappresentanze sindacali aziendali sono nate come espressione delle associazioni sindacali e, come tali, sono state consacrate dallo Statuto; solo la prassi, prima, e la disciplina confederale, poi, le hanno ricondotte alle rappresentanze sindacali unitarie, però sempre in misura incompleta ed esposta agli alti e bassi della vita di relazione fra le tre grandi Confederazioni o fra queste e le loro Federazioni. Sicché il legislatore dovrebbe avere come prima preoccupazione quella di assicurare la presenza di tutte le associazioni sindacali, in forza non più dell'esistenza di una contrattazione collettiva operativa ma della presenza di certi requisiti di rappresentatività esterna e/o interna; e di riadattare di conseguenza in "qualità" e "quantità" la dote garantista di cui al Tit. III St.

La sostituzione alle rappresentanze sindacali aziendali delle rappresentanze sindacali unitarie potrebbe essere favorita sì da invogliare a perseguirla per via negoziale, ma non imposta come unica ed esclusiva, per almeno una duplice ragione: non solo resta condizionata dalla permanenza di una unità sindacale rimessa alla libera convergenza delle grandi Confederazioni, cosa di per sé non patologica, ma fisiologica; ma rappresenta anche una costrizione per chiunque sia condannato a rimanervi in cronica minoranza.

Di più un appartenente al basso clero, come il sottoscritto, è bene non dica, non perché timoroso di essere ridotto allo stato laicale, ma perché consapevole che, se pur avesse quel pulpito di cui è privo, il suo sermone suonerebbe fuori tempo come, d'altronde, tutto quello che è destinato a resistere al tempo.

La titolarità congiunta del diritto di sciopero*

Luca Nogler

1. Il superamento dell'alternativa tra titolarità individuale e collettiva	105
2. La necessità di contestualizzare (“sdogmatizzare”) la soluzione italiana	107
3. Diritto di sciopero e bilanciamento tra principi fondamentali	111
4. La titolarità congiunta del diritto di sciopero	112
5. La vincolatività delle clausole esplicite di tregua sindacale nei confronti del singolo lavoratore (salvo il diritto delle parti del contratto collettivo di escludere la vincolatività stessa)	113
6. Sulla necessità di ripensare anche il diritto individuale di autotutela	116
7. Riferimenti bibliografici	117

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 183/2013

1. Il superamento dell'alternativa tra titolarità individuale e collettiva

Come noto, la tesi della titolarità (esclusivamente) collettiva del diritto di sciopero annovera in Italia una serie agguerriti sostenitori che prendono comunemente le mosse dalla legislazione sullo sciopero nei servizi essenziali [Rusciano 2002; A. Zoppoli 2006, 30 al quale si rinvia per un più puntuale elenco degli autori che appartengono a tale filone molti dei quali hanno contribuito a Loffredo, a cura di, 2010; v. da ultimo, nuovamente, A. Zoppoli 2013], ma l'opinione dominante, che relega tale normativa tra quelle speciali, è saldamente nel senso della titolarità (esclusivamente) individuale [cfr., per tutti, il riepilogo di F. Carinci 2009 e, da ultimo Ballestrero 2013 e Santoni 2013]. Lo stesso Giugni, che non poteva certo essere annoverato tra i fautori del cd. garantismo individuale, riteneva che «non è necessaria la proclamazione dello sciopero da parte» dell'associazione sindacale, che rappresenta un semplice invito a scioperare, e fu così un irriducibile sostenitore della titolarità esclusivamente individuale del diritto di sciopero che considerava «un dogma basato sulla ragione» [Giugni 2010, 240 ripreso, ad esempio, da Mariucci 1989, 18 e Ballestrero 2013]. Un passo che ancora oggi può aspirare all'oscar delle citazioni in tema di sciopero.

Ora, se adottiamo un punto di osservazione esterno al sistema giuridico italiano e ci apriamo al confronto comparato dobbiamo concludere che la diffusa tendenza a teorizzare l'alternativa tra titolarità, rispettivamente, individuale o collettiva del diritto di sciopero è mal posta o, per meglio dire, che essa è più complessa di come suole essere comunemente presentata.

Si afferma comunemente, ad esempio, che in Germania la titolarità del diritto di sciopero sarebbe collettiva alla stessa stregua in cui tale tesi fu sostenuta da Mortati [1954] e dall'orientamento che i francesi denotano come *organique*. Nell'ordinamento tedesco, che è contraddistinto dall'assenza di un riconoscimento costituzionale esplicito del diritto di sciopero, tale teoria risale ad una decisione dall'omologo tedesco delle nostre sezioni unite - il *Grossen Senat* della Corte federale del lavoro (BAG) – del 18.1.1955. La svolta giurisprudenziale fu giustificata facendo leva sul rilievo che lo sciopero è un fenomeno collettivo. I singoli atti individuali di astensione dal lavoro devono essere considerati nel contesto “deliberatamente” collettivo del comportamento complessivo del gruppo del quale il singolo ha deciso di far parte. Non si dovrebbe, pertanto ragionare, se si vuole evitare di giungere ad esiti irrealistici ed inadeguati al caso concreto, - sempre secondo il *Grossen Senat* - sulla base del diritto individuale del lavoro, bensì in virtù delle norme che regolano l'azione collettiva ad iniziare dal riconoscimento costituzionale della libertà sindacale. Lo stesso effetto sospensivo dello sciopero venne all'epoca ricondotto *in toto* alla dimensione collettiva dello sciopero [Seiter 1975, 33]. Infine, si completava il ragionamento osservando che il singolo si sottomette *uti socii* alla delibera sindacale che ordina l'azione collettiva di lotta e s'impegna pertanto ad astenersi dal lavoro.

Questa per grandi linee, fu l'impostazione iniziale. Ma a distanza ormai di moltissimo tempo da questa prima fondamentale decisione giurisprudenziale – subito bollata (da sinistra) come “mistificazione del comportamento di gruppo” [Seiter 1975, 19] –, lo scenario appare radicalmente mutato. Oggi giorno in tutti i manuali di “diritto del lavoro collettivo” si può leggere che è il singolo lavoratore ad avere il diritto di decidere se partecipare o meno all'astensione collettiva al lavoro. Sicché non muta rispetto al nostro sistema il titolare del diritto di esprimere questa dichiarazione di volontà che condiziona l'effetto giuridico della sospensione del rapporto di lavoro. Come afferma Gamillscheg, la tesi, sostenuta in passato dal *Grossen Senat* secondo cui la sospensione del rapporto è direttamente collegabile alla decisione collettiva di indire l'azione conflittuale, ricorda

più un'opera di Wagner che una lucida analisi giuridica [1997, p. 932]. Tuttavia, nel sistema tedesco la scelta del singolo lavoratore dipende dalla previa proclamazione collettiva dello sciopero: proclamazione che è riservata ai sindacati che sono legittimati a concludere contratti collettivi (§ 2 della legge tedesca sul contratto collettivo: TVG). Su quest'ultimo requisito tornerò più avanti, mi preme ora chiarire che la dottrina tedesca suole concludere nel senso della *doppia titolarità* del diritto di sciopero

Sono, quindi, necessarie due manifestazioni di volontà per poter far venire in essere la fattispecie legittima dello sciopero. Dopo che la proclamazione ha reso giuridicamente possibile l'astensione dal lavoro a tutela di un interesse collettivo, per far venir meno l'obbligo di lavorare è necessaria, secondo le regole generali sul contratto, un'ulteriore manifestazione di volontà, espressa o tacita, del lavoratore con la quale egli si esprime sul suo interesse (individuale) ad astenersi o meno dal lavoro. Questa precisazione differenzia la "nuova" impostazione tedesca dalla "vecchia" teoria della titolarità (solo) collettiva del diritto di sciopero [il punto sfugge a G. Santoro Passarelli 2012, p. 366 nt. 27 quando critica le tesi esposte in Nogler 2012].

La giurisprudenza di merito che si schierò contro l'orientamento del *Grossen Senat* criticato da Gamillscheg parlò, addirittura, di violazione del diritto fondamentale alla personalità del lavoratore perché l'orientamento favorevole alla titolarità solo collettiva del diritto di sciopero non garantiva al lavoratore la necessaria autodeterminazione e, quindi, la concreta possibilità di prendere posizione rispetto ai suoi interessi individuali sull'alternativa se astenersi o meno [Gamillscheg 1997, p. 932]. La stessa rinuncia a scioperare, che in passato veniva frequentemente prevista nei contratti individuali, non viene più considerata legittima perché non è frutto dell'autodeterminazione del singolo che deve poter valutare caso per caso.

È vero che, neppure in caso di uno sciopero illegittimo il semplice operaio riesce a resistere al dovere sociale di solidarietà che lo lega alle maestranze scioperanti. Ma tale soluzione non può essere trasportata sul piano del diritto qualificando il comportamento del lavoratore che si rifiuti di partecipare all'astensione collettiva come inadempimento dell'eventuale vincolo associativo né rileva, in questo caso, la cosiddetta terza dimensione (tra l'individuale ed il collettivo) e cioè la relazione che si instaura tra i lavoratori che operano nella medesima organizzazione²⁸⁸. La partecipazione del lavoratore all'astensione collettiva non risulta in tal caso esigibile.

Invero, oggi giorno, in Germania nessuno afferma più che il lavoratore non è titolare del diritto di sciopero. Si conviene, anzi, che neppure una decisione associativa presa all'unanimità degli associati sull'opportunità di proclamare lo sciopero avrebbe la forza di obbligare il singolo lavoratore a partecipare allo stesso e, quindi, di perdere la retribuzione. Infine, è generalmente riconosciuto che anche il lavoratore non sindacalizzato può legittimamente partecipare allo sciopero²⁸⁹ in ragione della rilevanza che assume la già citata terza dimensione²⁹⁰. La situazione appare, dunque,

²⁸⁸ Gamillscheg insiste fin da 1976, 128 sulla necessità di colmare la lacuna che deriva dal mancato riconoscimento giuridico di tale dimensione. Per un accenno alla terza dimensione v. da noi Castronovo 2006, 1351.

²⁸⁹ BAG 22.3.1994.

²⁹⁰ Dal fatto che il singolo lavoratore non iscritto all'organizzazione sindacale che abbia indetto uno sciopero non si può trarre, con Santoni 1991, 18-19, quindi la conseguenza «che l'atto deliberativo di natura sindacale non è necessario per autorizzare l'astensione». In tal modo si confonde il piano individuale con quello collettivo.

analoga a quella che si crea in sede di applicazione del contratto collettivo quando i lavoratori non sindacalizzati sono comunque sia legittimati a manifestare il loro consenso nei confronti della regolamentazione collettiva.

In conclusione, la differenza con il sistema italiano consiste nel fatto che in Germania un'organizzazione sindacale la quale possiede la capacità di concludere un contratto collettivo è anche titolare del diritto di porre in essere una delle due manifestazioni di volontà²⁹¹ che sono necessarie per legittimare l'astensione collettiva dal lavoro. La giurisprudenza tedesca afferma, inoltre, che la coalizione, la quale è abilitata alla conclusione di contratti collettivi, può "far proprio", anche retroattivamente, lo sciopero selvaggio²⁹². Un ulteriore importante acquisizione per il discorso che si dovrà svolgere più avanti è che la tesi di Däubler, secondo il quale nel caso dei lavoratori non sindacalizzati assumerebbe rilevanza la "semplice" coalizione *ad hoc* che questi ultimi creano tra di loro in vista dell'astensione collettiva, è decisamente minoritaria (se non addirittura isolata).

A questo punto resta solo da precisare che la capacità di concludere contratti collettivi con efficacia immediata e inderogabile viene riconosciuta, nel sistema tedesco, alle coalizioni collettive che: (1) sono *tarifwillig* nel senso che il relativo statuto deve contemplare la loro competenza a concludere contratti collettivi, (2) considerano le regole sullo sciopero come obbligatorie per il proprio comportamento, (3) sono in possesso della *soziale Mächtigkeit*, cioè sono in grado di attuare il proprio proposito di concludere un contratto collettivo, che non deve essere necessariamente quello applicato nell'unità produttiva. Interessante è notare che la giurisprudenza tedesca richiede anche che l'ordinamento interno delle organizzazioni sindacali sia democratico [Franzen 2009]. Comparativamente parlando non si tratta, peraltro, del criterio più restrittivo perché in Quebec il diritto di proclamazione viene riconosciuto al solo sindacato maggioritario [F. Santoro Passarelli 1949, 202 auspica che fosse riservato alle associazioni sindacali registrate].

Il confronto con il sistema tedesco offre notevoli spunti per ripensare organicamente al tema della titolarità del diritto di sciopero anche rispetto al nostro sistema caratterizzato dalla diversa scelta compiuta dal legislatore costituente con il riconoscimento esplicito del diritto di sciopero. Nelle pagine mi riprometto di dar seguito all'ipotesi ricostruttivo che avevo abbozzato in Nogler 2012 ma in modo non ancora sufficientemente preciso e concluso.

2. La necessità di contestualizzare ("sdogmatizzare") la soluzione italiana

Come noto, nel nostro ordinamento non esiste una disciplina legislativa generale sul diritto di sciopero attuativa della riserva relativa di legge contemplata dall'art. 40 Cost. [v. da ultimo Ballestrero 2013, 395 sulla necessità che la legge fornisca almeno «il quadro nel quale possano intervenire le discipline specifiche previste da fonti secondarie»]. Occorre peraltro precisare – è scontato ma giova di tanto in tanto ricordarlo - che la presenza di tale riserva non ha impedito alla giurisprudenza ed alla dottrina [F. Santoro Passarelli 1949, 196: «la parte positiva di questa statuizione, mutuata letteralmente dal preambolo della Costituzione francese del 1946, sta nell'affermazione del diritto di sciopero»; Mariucci 1989, 2] di ricavare dalla norma costituzionale la

²⁹¹ Proclamazione che deve essere comunicata *ex fide bona* alla controparte.

²⁹² BAG 31.10.1995.

regola, in quanto tale immediatamente applicabile al singolo rapporto di lavoro, secondo la quale l'astensione del lavoratore che risponde ai requisiti della fattispecie-“sciopero” sospende legittimamente il rapporto di lavoro²⁹³. La norma civilistica sull'obbligo di adempimento del lavoratore viene, pertanto, teleologicamente ridotta nel suo ambito di applicazione e non si applica all'ipotesi in cui il lavoratore esercita un diritto costituzionalmente previsto come è quello di sciopero. Da tale premessa consegue che l'esatto contenuto del diritto di sciopero, i suoi presupposti e la relativa titolarità sono stati, e vengono comunemente ricostruiti in via argomentativa senza dover attendere l'intervento del legislatore. Ciò non preclude, infine, di ricavare dall'art. 40 Cost. anche un *principio* che opera in quanto tale a livello interpretativo bilanciandosi, se del caso, con altri principi sempre di rango costituzionale.

Se «il discorso giuridico deve procedere nella sua irriducibile autonomia, ma ben saldo sui dati reali dell'esperienza» [Pera 1969, 97], è necessario, anzitutto, contestualizzare la soluzione italiana della titolarità esclusivamente individuale al fine di verificare se le esigenze che ne hanno giustificato l'elaborazione siano o no ancora attuali.

Orbene, tale orientamento fu affermato dalla Corte costituzionale negli anni Sessanta²⁹⁴. Esso si giustificava per il tipo di problema (penalistico) che veniva affrontato: la legittimità o no delle norme penali che configuravano come illecito il comportamento dei *singoli* lavoratori. Per risolvere questo specifico problema in senso affermativo era necessario, alla luce del diritto vivente dell'epoca, come precisò la mano molto competente dell'autorevole relatore [Mortati], dare per “presupposta l'immediata precettività” dell'art. 40 Cost.²⁹⁵ e, quindi, qualificare il diritto di sciopero come diritto della persona perché l'immediata precettività era riconosciuta alle sole norme costituzionali che potevano essere qualificate in tal modo.

Ma la stagione del confronto con le norme penali può dirsi ormai definitivamente archiviata e la questione dell'immediata precettività o meno delle norme costituzionali si è emancipata dalla sussistenza o meno di un diritto della persona così come, più in generale, è stata ormai reimpostata daccapo l'annosa questione dell'efficacia delle norme costituzionali nei confronti dei rapporti inter-privati. Non a caso, risolti questi problemi, lo stesso Luigi Mengoni ebbe modo di osservare, a distanza di vent'anni dal momento in cui aveva elaborato la sua teoria della titolarità esclusivamente individuale del diritto di sciopero, che la qualificazione del diritto di sciopero come “diritto individuale di libertà garantito ai singoli lavoratori” aveva «assolutizzato» il diritto stesso ed aveva finito per presentarlo «come una sorta di secolarizzazione dell'escatologia cristiana» [1981, 311].

Sempre indagando il contesto iniziale in cui si affermò la via italiana alla titolarità del diritto di sciopero, si scopre che fin dalla sentenza “Mortati” la Corte costituzionale precisò che, in realtà, lo sciopero consiste nell'astensione «dal lavoro da parte di più lavoratori subordinati al fine della

²⁹³ Su questo profilo v. da ultimo Cass. 23.11.2010 n. 23683.

²⁹⁴ Corte Cost. 28.4.1960 n. 29.

²⁹⁵ Così in Corte cost. 28.12.1962 n. 123.

difesa dei loro interessi economici»²⁹⁶. Ed anzi ancor oggi tutti ribadiscono che la fattispecie dello sciopero si compone sostanzialmente di due requisiti.

Il primo consiste nel fatto che lo sciopero sia stato attuato da una pluralità di lavoratori. A tal proposito, Simi inventò la fortunata formula del «diritto individuale ad esercizio collettivo» [Simi 1956, 125; Mengoni 1964, 37; Giugni 2010, 237; la definizione è accolta anche in Francia, v. Jeammaud, Pellissier, Supiot 2008, 1406: *un droit individuelle d'exercice collectif*]. Un requisito che peraltro non è particolarmente pregnante giacché – come rilevò *ex adverso* il sempre pragmatico Pera [1991a] - lo sciopero veramente individuale non si è mai visto nell'esperienza concreta²⁹⁷.

Più incisivo è il secondo requisito in virtù del quale per individuare la fattispecie dello sciopero non è sufficiente «il dato puramente aritmetico della somma di astensioni al lavoro» [Romagnoli 1988, 581; ma così anche Giugni 2010, 237]. Infatti, l'azione collettiva deve perseguire interessi collettivi [Pera 1969, 43 che parla di interessi professionali; Mengoni 1968, 20 «lo scopo è un momento essenziale dello sciopero»]. È peraltro da respingere *in limine*, perché mortifica la libertà sindacale individuale, la tesi ormai risalente secondo cui sarebbe necessaria una previa formale delibera di proclamazione. Il profilo collettivo non deve, anzi, venire neppure formalizzato e «l'individuazione dell'interesse collettivo si desume dal fatto stesso che ad astenersi sia una collettività di lavoratori per un'unica motivazione» [Romei 2008; 2012, 335]. Non corrisponde, infine, al vero che sussiste una regola nel senso dell'assoluta insindacabilità delle ragioni dell'astensione collettiva²⁹⁸, come dimostrano, oltre ai casi che si pongono a cavaliere tra il diritto e la libertà di sciopero, gli ulteriori - invero, rari - esempi giurisprudenziali dell'astensione giustificata dallo svolgimento di una partita di calcio²⁹⁹, dal passaggio del giro d'Italia o dal fatto di poter usufruire di assenze non dovute dal lavoro³⁰⁰. Per risolvere questi casi estremi, che impongono di individuare il limite oltre il quale l'astensione dal lavoro configura un inadempimento, la Cassazione richiede la sussistenza di un «interesse collettivo»³⁰¹. Ma ancor più importante ai fini del nostro discorso, è la regola giurisprudenziale che qualifica come inadempimento il rifiuto di prestare l'attività lavorativa che sia stata attuata prima dell'inizio dell'astensione collettiva³⁰².

Tale orientamento riecheggia, almeno parzialmente, la tesi di Francesco Santoro Passarelli il quale, come noto, sosteneva la tesi della titolarità individuale del diritto di sciopero ma affermava al contempo che il diritto poteva essere attuato solo «interventivo il concerto sullo sciopero del gruppo di prestatori interessati, per la tutela di un interesse professionale di quel gruppo, il quale è nel caso l'interesse collettivo» [1949, 197 e, quindi, poi a p. 199 la qualificazione della

²⁹⁶ Corte Cost. 4.5.1960 n. 29.

²⁹⁷ In Francia, lo sciopero di un solo lavoratore è considerato un atto di insubordinazione ad eccezione dei casi in cui lo scioperante sia l'unico lavoratore dell'impresa o il lavoratore stesso partecipi ad uno sciopero indetto su scala nazionale (cfr. Cass. social 13.11.1996; Cass. social 29.3.1995).

²⁹⁸ Vedi in tal senso Cass. 9.5.1984, n. 2840, in *GC*, 1984, I, p. 2070 con nota di G. Pera.

²⁹⁹ Pret. Frosinone 12.6.1990, *DPL*, 1990, 2847.

³⁰⁰ Trib. Roma 2.6.1987, *RIDL*, 1988, II, 150; Cass. 23.7.1991, n. 8234, *MGL*, 1991.

³⁰¹ Cass. 3.5.1984, n. 2696, *RGL*, 1985, II, 530; Cass. 20.7.1984, n. 4260, *NGL*, 1984, 431 parla di astensione "attuata collettivamente per la tutela di interessi collettivi, anche di natura non salariale ed anche di carattere politico generale, purché incidenti sui rapporti di lavoro".

³⁰² Cass. 8.8.1990 n. 8021, *MGL*, 1990, 578.

proclamazione quale “negoziio giuridico collettivo unilaterale”). Non deve poi sfuggire che, analogamente a quanto affermava la più risalente giurisprudenza delle “sezioni unite” del BAG (v. *retro* § 1), Santoro Passarelli sostenne che il diritto di sciopero «riesce a prevalere sull’obbligazione di lavoro, perché serve alla tutela di un interesse collettivo, mentre il lavoratore, assumendo l’obbligazione, ha disposto del suo interesse individuale» [1949, 197]. Nella sua ricostruzione, la sussistenza di un «interesse professionale collettivo»³⁰³ rappresentava pertanto dogmaticamente uno dei due limiti coesenziali al diritto di sciopero [1949, 200; il secondo limite consiste nell’«attinenza al rapporto di lavoro subordinato»]. Ma ricordiamoci che l’autore considerato poggiava la sua teoria dell’interesse collettivo sulla categoria professionale e, quindi, riteneva che gli interessi indivisibili e collettivi dei lavoratori pre-esistono, all’attività sindacale, rappresentando in sostanza un dato pre-giuridico in spregio alla libertà sindacale [Mancini 1963].

Oggi giorno dobbiamo, invece, partire dal presupposto che l’interesse collettivo non esiste *in re- rum natura* e, quindi, l’argomentazione non può dare per scontata «una presunta e metagiuridica indivisibilità degli interessi» [Caruso 1992, 173]. Né è più possibile far leva sull’appartenenza alla classe come propose Giuseppe Pera [1969, 44; 1991b, 218 qui accostandola alla categoria e al collettivo].

Peraltro è insostenibile anche la posizione esattamente opposta, tipica dell’individualismo metodologico estremo, secondo cui sarebbe l’individuo che crea l’interesse collettivo e poi lo trasferirebbe all’organizzazione sindacale; un modo di pensare che troppo spesso emerge in chi, nell’ambito della teoria del contratto collettivo, fa riferimento allo schema della rappresentanza oppure ad altre analoghe varianti³⁰⁴. Pur in un altro ordine di idee, si è più recentemente sostenuto che gli interessi coinvolti nello sciopero siano *solo* individuali [così Ballestrero 2013, 389 criticata anche da A. Zoppoli 2013, 380 nt. 16] salvo contraddittoriamente precisare che diritto di “sciopero” «significa diritto di scioperare, vale a dire diritto di astenersi dal lavoro per partecipare ad un’azione collettiva di lotta in senso lato sindacale». Né è, infine, possibile sostenere – giova ripetere nuovamente un già citato rilievo di Romagnoli - che lo sciopero sia solo la somma di singoli atti individuali di astensione dal lavoro [come sembra sostenere Seiter 1975, 23] come sembrano ritenere i sostenitori della teoria del diritto individuale ad esercizio collettivo.

In realtà, entrambi i requisiti testé rammentati – la pluralità di scioperanti e la identità di scopo rivendicativo - ne presuppongono, in realtà, un terzo e cioè *l’esistenza di un’organizzazione dell’azione di conflitto*. La necessità della sussistenza di questo requisito, fino ad oggi negletto, ha inizio con lo stesso momento in cui si indice lo sciopero (o, se si preferisce, s’individua l’interesse collettivo ad operare in tal senso) e persiste nella fase di pianificazione dell’astensione per ripresentarsi poi con l’attuazione concreta dell’astensione stessa. Tale requisito riecheggia nella definizione francese dello sciopero come astensione *collective et concertée* dal lavoro con contenuti rivendicativi³⁰⁵. Ed in fondo lo stesso Mengoni parlava fin dagli anni Sessanta di un «diritto di libertà a struttura organizzativa» [1968, 23] proseguendo che «questa struttura ne spiega l’essenziale collegamento funzionale a un interesse non individuale, ma collettivo».

³⁰³ V. nota 14”.

³⁰⁴ Non è questa la sede per sviluppare il punto che peraltro ho ampiamente tematizzato in Nogler 1997, cap. 2° e che ho richiamato in Nogler 2012, 321-322.

³⁰⁵ V. ad esempio, Cass. social 23.10.2007.

Come noto, l'indivisibilità dell'interesse collettivo fu ricondotta da Matteo Dell'Olio proprio al profilo dinamico dell'azione collettiva. L'interesse collettivo viene in tale ottica concepito quale risultato dell'attività dell'organizzazione sindacale e più specificatamente dell'organizzazione di interessi e cioè del processo di selezione tra interessi diversi in vista della realizzazione collettiva di quelli prescelti. L'indivisibilità diviene una «caratteristica immanente degli interessi e dei loro modi di realizzazione» giacché la soddisfazione dell'interesse collettivo «si vuole, in principio, uguale o comunque non inferiore a certi livelli, per tutti i portatori dell'interesse» [Dell'Olio 1980, 43-51].

3. Diritto di sciopero e bilanciamento tra principi fondamentali

Una volta acclarati una serie di profili della fattispecie dello sciopero, e prima di pronunciarmi in modo definitivo sulla questione della titolarità del diritto di sciopero, è necessario operare una seconda revisione metodologica del modo con il quale si approccia usualmente la questione della titolarità del diritto di sciopero. Occorre, infatti, porsi in modo più estensivo di quel che si suole fare usualmente, il problema del bilanciamento con altri principi fondamentali pari-ordinati al diritto di sciopero stesso [riprendo il punto proposto in Nogler 2012 e poi sviluppato anche da Corazza 2012, 123 ss.].

Lo esigono una molteplicità di nuovi interrogativi che sorgono non appena si prende atto della necessità dell'esistenza di un'organizzazione dell'azione di conflitto: come deve configurarsi questa struttura organizzativa? I singoli lavoratori possono adottare la decisione di indire lo sciopero? È sufficiente una pluralità di partecipanti all'astensione collettiva oppure, per poter ritenere sussistente un interesse collettivo, è necessario un ente qualificato che indica lo sciopero? Siamo nel campo dell'irrelevanza giuridica, oppure anche questi profili debbono essere giudicati e, quindi, giuridificati? In conclusione: sono in gioco anche altri interessi tutelati dall'ordinamento oltre a quelli del lavoratore protetti (con efficacia immediata) dall'art. 40 Cost.?

La risposta a tali interrogativi richiede che si distingua tra lavoratori sindacalizzati e non.

È plausibile, nell'ipotesi dei *lavoratori sindacalizzati*, affermare (anche dal solo punto di vista di ciò che è strumentale alla persona del lavoratore) che l'organizzazione collettiva alla quale quest'ultimo si è iscritto debba vivere con la spada di Damocle della possibilità che i singoli suoi aderenti possano perseguire azioni collettive al di fuori delle direttive sindacali? In realtà, vale la regola per cui «il singolo con l'adesione al sindacato, domanda all'associazione» alla quale si iscrive «la valutazione dell'interesse collettivo» [Pera 1984, 324] compreso quello che ispira l'azione di astensione dal lavoro senza il quale non si può realizzare la fattispecie-sciopero. Insomma, in questa ipotesi è in gioco l'interesse dell'organizzazione collettiva alla gestione del conflitto, che è tutelato perché sussiste la condizione costituzionale per l'azione sindacale e cioè l'adesione del singolo.

Ma il vero caso problematico è quello dei *lavoratori non sindacalizzati* i quali hanno partecipato ad uno sciopero selvaggio o, per esprimerci in modo più adeguato al caso indagato, extra-sindacale. La proposta di Antonello Zoppoli [2006 alla cui trattazione rimando qui *in toto* per quanto attiene alla questione della soggettività giuridica della collettività dei lavoratori] di considerare la coalizione quale soggetto giuridico che è in grado di esprimere una decisione collettiva non risolve, in realtà, i problemi ai quali accennavo in precedenza perché restano senza risposta le questioni del conflitto tra diritto di sciopero e gli altri interessi costituzionalmente tutelati che

vengono toccati dall'astensione collettiva dal lavoro giacché *tale soluzione finisce, sostanzialmente, per legittimare qualsiasi sciopero svolto da una pluralità di lavoratori* [in tal senso già Mariucci 1989, 18]. Né nell'epoca dei *principi* costituzionali si può affermare che siamo in presenza di uno spazio vuoto di diritto.

In realtà, non esistono solo i lavoratori che scioperano in modo selvaggio ed esercitano la loro libertà sindacale. Esistono anche gli altri lavoratori (la terza dimensione che ho richiamato nel primo paragrafo) nonché le rispettive organizzazioni sindacali. Entrambi questi soggetti sono portatori di interessi giuridicamente rilevanti.

La libertà sindacale dei singoli lavoratori ³⁰⁶ non può trasformarsi in uno strumento di destrutturazione di quella collettiva delle organizzazioni sindacali dovendosi piuttosto recuperare margini di democrazia interni alle organizzazioni [Romei 2012, 337]. Sul punto ha nuovamente ragione Romagnoli quando osserva che sarebbe assurdo che attraverso il diritto di sciopero si potesse minare *ab imis* la capacità delle organizzazioni sindacali di preordinare le condizioni per lo sviluppo della persona del lavoratore [Romagnoli 1988, 582]. Sicché non è sufficiente la formazione di qualsivoglia soggetto collettivo contingente, come ritiene, da ultimo, Orlandini [2010, 121].

Il punto è questo: limitare la possibilità di organizzare – anche solo fattualmente - lo sciopero a collettività di lavoratori che abbiano un base minima di rappresentatività corrisponde al principio di proporzionalità; con la fondamentale precisazione peraltro che *la rappresentatività va rapportata all'ambito sul quale incide la rivendicazione che è alla base dell'azione collettiva di sciopero*. Se così non fosse la regola giuridica non sarebbe ben salda «sui dati reali dell'esperienza» perché favorirebbe il soggetto collettivo in sé e non lo prospetterebbe quale strumento dei singoli lavoratori sul cui consenso effettivo deve poggiare la sua legittimazione.

4. La titolarità congiunta del diritto di sciopero

Come insegnano le teorie sui diritti fondamentali, se lo Stato è di diritto, quando il legislatore, o il diritto vivente, fanno soccombere un diritto fondamentale (e, qui, soccombono, contemporaneamente, la libertà d'iniziativa economica e la libertà sindacale collettiva delle organizzazioni sindacali), la regola giuridica deve, per non incorrere nella tirannia del valore-sciopero, rispettare il parametro della proporzionalità, che nacque nel contesto del diritto amministrativo e subì, quindi, un processo di generalizzazione. Tale parametro impone che il sacrificio dell'altro diritto fondamentale che è in gioco (libertà sindacale collettiva e libertà d'iniziativa economica) sia (a) adatto a raggiungere l'obiettivo prefissato, (b) necessario, nel senso che quest'ultimo non possa essere raggiunto mediante un altro atto meno invasivo ed, infine, (c) adeguato, nel senso che il vantaggio che la decisione apporta sia relazionata in modo ragionevole con lo svantaggio che essa determina. D'altra parte, lo sciopero può contribuire allo sviluppo della persona (art. 3, comma 2 Cost.) non di per sé stesso, come lascerebbe pensare la sua (errata) qualificazione come diritto assoluto della persona, ma in quanto sia preordinato alla realizzazione di interessi effettivamente perseguibili.

³⁰⁶ Il "primo" Mengoni richiamava, per negare l'attribuzione esclusiva del potere di proclamare lo sciopero alle associazioni sindacali, il pericolo di «ferire gravemente il principio costituzionale della libertà sindacale, che significa anche, negativamente, diritto di non iscriversi ad alcun sindacato» [1964, 38].

Per le ragioni fin qui esposte occorre riconoscere che la complessa fattispecie dello sciopero viene esercitata sempre da due soggetti: il singolo lavoratore ed una collettività di lavoratori dotati di un minimo di rappresentatività rispetto al “contesto rivendicativo” che giustifica l’astensione collettiva. Tecnicamente è improprio parlare di doppia titolarità giacché non siamo in presenza dell’attribuzione a due distinti soggetti del medesimo diritto. Siamo piuttosto in presenza di un’inestricabile compresenza di interessi individuali e collettivi nella medesima fattispecie giuridica. Appare allora più corretto parlare di titolarità *congiunta* per cui il diritto deve essere esercitato [v. Romei 2012, 334 sul fatto che questo è l’ambito più propriamente attinente alla titolarità] di comune accordo da entrambi i titolari. Il soggetto collettivo valuta la sussistenza dell’interesse collettivo e il lavoratore di quello individuale. Se quest’ultimo partecipa all’astensione dal lavoro organizzata collettivamente si realizza la comunanza che rappresenta la condizione giuridica per determinare la sospensione del rapporto di lavoro.

Fino ad oggi si è sempre diviso l’interesse collettivo da quello individuale, quando in realtà la fattispecie giuridica li connette inestricabilmente tra loro [anche Romei 2012, 235 è per il recupero dogmatico del collegamento anche se propone una diversa soluzione]. Ciò avvenne fin da Calamandrei [1952] che scompose il diritto di proclamazione da quello di dar corso alla proclamazione stessa [v. anche Palomeque 1992] e proseguì con l’impostazione di Francesco Santoro Passarelli che distinse tra diritto di sciopero e autorizzazione collettiva [1949]. Come abbiamo visto in precedenza, le teorie “individualiste” hanno poi rimosso il profilo collettivo, mentre quelle (più recenti) “collettive” quello individuale. Ed, infine, vi è stato chi ha colto la necessità di superare l’alternativa tra titolarità individuale e collettiva, ma ha finito per rimuovere l’intera problematica (giuridica) limitandosi ad osservare che essa va «esaminata nella concretezza della prassi e dell’evoluzione dei rapporti sindacali» [Santoni 1991, 19]. Ma il giurista non può purtroppo proporre una soluzione che ondeggia tra due tesi, e per di più assai divergenti tra loro.

Tuttavia, tutti sono ormai disposti ad ammettere che non è sufficiente ad individuare la fattispecie-sciopero, né il solo profilo collettivo, che deve necessariamente passare attraverso la sua “assimilazione” individuale, né il solo profilo individuale, che necessita per essere giustificato, d’inserirsi in una trama collettiva. Sarebbe tempo ora di prendere definitivamente atto di tale indissolubile intreccio di interessi anche sul piano della ricostruzione sistematica del diritto di sciopero.

5. La vincolatività delle clausole esplicite di tregua sindacale nei confronti del singolo lavoratore (salvo il diritto delle parti del contratto collettivo di escludere la vincolatività stessa)

Passiamo ora a trattare l’annosa questione delle clausole (relative) di tregua sindacale [v. da ultimo anche per i richiami alla miglior dottrina Ghera 2012b nonché, per interessanti spunti d’attualità, Corazza 2012] che è anche quella sulla quale l’opzione della titolarità congiunta ha maggiori ricadute sistematiche.

È nota la teoria di Sinzheimer secondo la quale il cuore della parte obbligatoria dell’accordo collettivo sarebbe rappresentato proprio dalla clausola implicita di tregua sindacale che rappresenta, al contempo, la ragione per cui l’accordo stesso può essere considerato un contratto [per ulteriori precisazioni, anche in ordine al tentativo di recepire in Italia tale teoria, rinvio a Nogler 2012, 322-324]. Come ho meglio chiarito altrove [Nogler 2008], la soluzione italiana della non vincolatività di tale clausole può essere argomentata sullo stesso piano prescelto a suo tempo dal “padre” delle clausole implicite di tregua sindacale (Sinzheimer) e cioè l’interpretazione del contratto collettivo, con l’aggiunta della precisazione che l’accordo collettivo è comunque sia un contratto per

via dell'obbligo di applicazione leale dello stesso da parte dei soggetti stipulanti [per non appesantire il discorso rinvio nuovamente ad un mio precedente scritto: Nogler 2007, 192 ss.] che l'organizzazione sindacale implicitamente assume con la conclusione dell'accordo stesso.

La storia italiana delle relazioni industriali ha, invece, sempre registrato la presenza di clausole esplicite, ed ovviamente relative³⁰⁷, di pace sindacale nella diffusa – ma, come vedremo tra un attimo, errata – convinzione che esse appartengono alla sola parte obbligatoria e che, quindi, non abbiano effetti sul comportamento dei singoli lavoratori [sugli effetti nei confronti delle parti stipulanti rinvio a Corazza 2012, 134 ss.].

Se si traggono le conseguenze che coerentemente derivano dal precedente discorso sulla titolarità (congiunta) del diritto di sciopero che assegna alla collettività organizzata e rappresentativa dei lavoratori l'individuazione dell'interesse collettivo al conflitto, si toglie ab imis fiato alla tesi secondo la quale con la pattuizione della clausola di tregua l'organizzazione sindacale disponga di un diritto esclusivo del lavoratore né che costui rinunci a nulla che sia nella sua piena disponibilità. Non occorre, quindi, neppure distinguere tra rinuncia ed esercizio del diritto di sciopero [Magnani 1999]³⁰⁸. Semplicemente, non viene in essere, per tutto il periodo di tregua, la condizione per l'esercizio *comune* del diritto di sciopero.

Con la clausola di pace l'organizzazione sindacale sospende l'esercizio pro quota sua dello sciopero per tutto il periodo di vigenza del contratto collettivo e tale regola collettiva, in sé ibrida – in virtù della sua efficacia immediata³⁰⁹ – diviene parte del regolamento contrattuale dei singoli rapporti di lavoro ai quali si applica il contratto collettivo stesso impedendo così che l'eventuale astensione individuale non possa essere qualificata come inadempimento degli obblighi contrattuali.

L'interesse della nostra dottrina per le clausole di tregua è stato, infine, fortemente ravvivato dalle previsioni introdotte negli Accordi del gruppo Fiat del 2010 ed, in particolare, dalle clausole riassunte nei titoli «clausole di responsabilità» e «clausole integrative del contratto individuale di lavoro» degli artt. 14 e 15 dell'Accordo di Pomigliano, negli articoli 1 e 2 dell'accordo di Mirafiori e negli articoli 8 e 11 del contratto collettivo Pomigliano³¹⁰.

Le clausole del primo tipo, che sono finalizzate ad impegnare le organizzazioni sindacali firmatarie a garantire i profili (sabato e straordinario) del ritmo produttivo disciplinati dagli accordi, possono essere, effettivamente, intese come clausole di tregua relativa con la particolarità della presa d'atto dell'ineffettività della “sanzione” del risarcimento del danno. Infatti, si prevede che in caso di violazione della clausola di tregua l'Azienda è liberata «dagli obblighi derivanti dal presente accordo, nonché da quelli derivanti dal CCNL Metalmeccanici in materia di: - contributi sindacali; - permessi sindacali retribuiti di 24 ore al trimestre per i componenti degli organi direttivi e

³⁰⁷ Per la loro configurabilità v. per tutti Giugni 1972, 253 che però nel caso deciso dalla “famosa” (Cass. 10.2.1971 n. 357), negò la prospettabilità di una clausola di tregua; cfr. in senso opposto F. Santoro Passarelli 1971.

³⁰⁸ Sulla connessione tra titolarità del diritto di sciopero e forza giuridica delle clausole di tregua v. da ultimo con forza Ballestrero 2013, 393 pur nel contesto della tesi della titolarità esclusivamente individuale.

³⁰⁹ “Regolativa”: Nogler 1997; aderiscono a tale impostazione, tra gli altri, Runggaldier 1999, 1079; Cataudella 2008; Cester 2009, 42; Di Maio 2008, 153; Zoli 2010; Romei 2011, 211; Ghera 2012a, 234; Speciale 2012, 370; Pedrazzoli 2012, 12-13; Corazza 2012, 67.

³¹⁰ Per maggiori approfondimenti si rinvia a Romei 2012 e Corazza, 2011, 2012 ed agli autori ivi richiamati.

provinciali delle Organizzazioni sindacali ed esonera l'Azienda dal riconoscimento e conseguente applicazione delle condizioni di miglior favore rispetto al CCNL Metalmeccanici contenute negli accordi aziendali in materia di: - permessi sindacali aggiuntivi oltre le ore previste dalla legge 300/70 per i componenti della RSU; - riconoscimento della figura di esperto sindacale e relativi permessi sindacali». Sennonché le parti che hanno concluso gli accordi Fiat hanno fatto uso del loro auto-potere di qualificare l'efficacia della clausola affermando che gli impegni di tregua possono vincolare solo le parti collettive³¹¹

Qui interessa rilevare che nella seconda parte della clausola di responsabilità, «le parti si danno altresì atto che comportamenti, individuali e/o collettivi, dei lavoratori idonei a violare, in tutto o in parte e in misura significativa, le clausole del presente accordi ovvero a rendere inesigibili»³¹² «i diritti o l'esercizio dei poteri riconosciuti da esso all'Azienda, facendo venir meno l'interesse aziendale alla permanenza dello scambio contrattuale ed inficiando lo spirito che lo anima, producono per l'Azienda gli stessi effetti liberatori di quanto indicato alla precedente parte del presente punto». Le organizzazioni sindacali rispondono non solo di azioni collettive, ma anche di quelle individuali poste in essere dai lavoratori, indipendentemente dal fatto che siano sindacalizzati o no.

Si tratta di una condizione, più risolutiva che sospensiva del diritto ai permessi e ai contributi³¹³ giacché, in linea generale, le parti sono libere di apporre condizioni in virtù dell'art. 1353 c.c. Ma deve, ovviamente, trattarsi di condizioni aventi i requisiti previsti dalla legge e non dello strumento per eludere l'applicazione di una norma imperativa (art. 1344 c.c.).

Comunque sia, non si esce dalla seguente alternativa: se oggetto della seconda parte della clausola sono i comportamenti (illegittimi) dei lavoratori siamo nei limiti della liceità; se ne sono oggetto i comportamenti legittimi, ci trasferiamo sul piano dell'illiceità. Tuttavia, con tale rilievo è anche enunciato che, in base al diritto vivente, questa seconda parte della clausola in discussione rappresenta un'arma spuntata.

Alla clausola di responsabilità si affianca, infine, la c.d. clausola integrativa del contratto individuale, che costituisce un'ulteriore novità nella prassi della nostra contrattazione collettiva. In virtù di quest'ultima, le clausole dell'accordo collettivo «integrano la regolamentazione dei contratti individuali di lavoro al cui interno sono da considerarsi correlate ed inscindibili, sicché la violazione da parte del singolo lavoratore di una di esse costituisce infrazione disciplinare di cui agli elenchi, secondo gradualità, degli articoli contrattuali relativi ai provvedimenti disciplinari conservativi e ai licenziamenti per mancanze e comporta il venir meno dell'efficacia nei suoi confronti delle altre clausole».

³¹¹ Per considerazioni relative ad analoghe affermazioni contenute nell'accordo interconfederale del 28.6.2011 laddove tenta di inserire negli accordi aziendali, oltre all'esigibilità degli accordi approvati a maggioranza dalle Rsu e Rsa, anche le clausole di tregua sindacale che «hanno effetto vincolante esclusivamente per tutte le rappresentanze sindacali dei lavoratori ed associazioni sindacali firmatarie del presente accordo interconfederale operanti all'interno dell'azienda e non per i singoli lavoratori» rinvio a Ballestrero 2013, 392.

³¹² Ma cfr. Mengoni 1988, 1084 sulla distinzione tra inesigibilità, intesa come irraggiungibilità del risultato con i mezzi previsti nel regolamento contrattuale, ed inesigibilità intesa come limite alla pretesa creditoria distinto dall'impossibilità e legato a doveri fondamentali della persona del debitore

³¹³ Nel primo senso De Luca Tamajo 2010a, 6, nel secondo Maresca 2011.

Con questa clausola il contenuto del contratto collettivo viene “innestato” nel contratto individuale di lavoro, in modo tale che, se il lavoratore viola una qualsiasi delle clausole (del contratto collettivo), egli possa incorrere in sanzioni disciplinari [Corazza 2011]. Tuttavia, resta fermo che se riguardassero azioni di sciopero, le clausole sarebbero illegittime perché dilaterrebbero eccessivamente gli obblighi del lavoratore. Come riconosce lo stesso De Luca Tamajo: le clausole stesse «sono volte a sanzionare soltanto comportamenti individuali ostruzionistici o di inadempimento non coperti da sciopero», direi «non coperti dall’art. 40 Cost.» [2010a, 1087]. Ma allora è agevole concludere, ancora una volta, che esse non centrano il bersaglio.

6. Sulla necessità di ripensare anche il diritto individuale di autotutela

Un protagonista di primo piano del dibattito sui recenti accordi Fiat ha affermato che «il nodo problematico della titolarità individuale/collettiva/sindacale non è eludibile e solo dal suo scioglimento (e non da diverse operazioni ricostruttive) discende la possibilità di compressioni convenzionali del diritto di autotutela del singolo lavoratore» [De Luca Tamajo 2010a, 1087]. Nel riproporre lo stesso pensiero l’autore ha successivamente riformulato la parte finale del suo pensiero scrivendo che dalla suddetta promessa «discende la possibilità di omogeneizzare la situazione italiana a quella della più parte degli altri Paesi occidentali» [De Luca Tamajo 2010b, 810]. In realtà, il confronto con gli altri sistemi giuslavoristici nazionali rappresenta un’operazione sofisticata, molto più complessa di quello che si suole comunemente praticare, perché la comparazione giuridica si fa per problemi e, quindi, aprendo l’analisi all’intero sistema straniero.

Ne consegue che le revisioni che ho sostenuto in precedenza – la titolarità congiunta, individuale e sindacale, del diritto di sciopero e la valenza (anche) normativa della clausola esplicita di pace sindacale – che recepiscono anche se solo in parte la soluzione tedesca dovrebbero, per affermarsi, essere accompagnate, in aderenza alle sollecitazioni che provengono sempre dal diritto comparato [Ferrante 2004, 256; sul sistema spagnolo cfr. Morato García 2011, 137 ss.], da alcune ulteriori revisioni in ambiti apparentemente diversi ma che incidono sul problema oggetto della comparazione.

Alludo, in primo luogo, per venir incontro alle esigenze che militano da sempre a favore del modo italiano di concepire la titolarità individuale del diritto di sciopero, alla revisione del (diverso) diritto individuale di autotutela che troppo spesso viene paralizzato dall’applicazione dell’art. 1460 c.c. e ciò anche quando l’inadempimento della controparte riguarda doveri fondamentali nonché, infine, in relazione agli stessi profili retributivi³¹⁴. Ma la rilevanza esistenziale dei diritti del lavoratore che giustificano l’azione individuale di autotutela esige una revisione di tale interpretazione restrittiva, la quale ha determinato, ad esempio, la sorprendente conseguenza che un lavoratore con mansioni di esattore presso il casello di Castelletto Ticino abbia dovuto aspettare la Cassazione per veder riconosciuta l’illegittimità del licenziamento che gli era stato intimato perché si

³¹⁴ Ciò sulla scorta della giurisprudenza francese la quale ritiene che sussista l’obbligo retributivo anche per il periodo di astensione dal lavoro tutte le volte in cui quest’ultima si ponga come “*exception d’inexécution*” dinnanzi a comportamenti del datore di lavoro, gravi e deliberati, che si sostanzino in una lesione dei “*droits essentiels*” dei lavoratori (di cui sono un esempio il diritto alla retribuzione stessa e il diritto alla tutela della sicurezza sui luoghi di lavoro: cfr. ad esempio Cass. social 7 giugno 2006; 3 maggio 2007).

era assentato dal lavoro dopo aver subito tre rapine a mano armata in due mesi e il datore di lavoro si era sempre rifiutato di garantirgli la sicurezza personale³¹⁵.

Non deve sfuggire, infine, che i sistemi più conflittuali o, per meglio dire, più generosi verso la possibilità di indire azioni di astensione collettiva dal lavoro, sono anche quelli in cui sono assenti meccanismi partecipativi³¹⁶ e ciò è spesso dovuto alla miopia delle organizzazioni che tutelano gli interessi datoriali. Sono evidentemente sistemi in cui il lavoratore recupera, attraverso lo sciopero, margini di partecipazione che sarebbero altrimenti inesistenti perché non sono sostenuti dal legislatore o dalle parti sociali. In tal senso va anzi precisato in ordine al contenuto del diritto di sciopero, che, per agganciare l'art. 40 Cost. all'art. 3 Cost. in modo tale che il diritto di sciopero stesso sia idoneo a rappresentare «un mezzo legittimo di sviluppo della persona umana del lavoratore e di promozione dell'effettiva partecipazione dei lavoratori all'organizzazione dei rapporti economico-sociali in cui operano» [Mengoni 1964, 36], non è necessario qualificarlo come diritto assoluto della persona cancellando il limite coesistenziale della sua inerenza a rapporti di lavoro subordinato [così già Pera 1969, 45 nt. 61 il quale osservava che la tesi di Mengoni confonde «il profilo teleologico con la struttura della fattispecie»; in modo assertivo anche Santoni 1991, 15-16] o, comunque, ai rapporti che prevedono lo svolgimento esclusivamente personale di attività di lavoro e che toccano interessi esistenziali del lavoratore.

7. Riferimenti bibliografici

Ballestrero M.V. (2013), A proposito della titolarità del diritto di sciopero, in *Il contributo di Mario Rusciano all'evoluzione teorica del diritto del lavoro. Studi in onore*, Torino, Giappichelli, p. 383 ss.

Calamandrei P. (1952), Significato costituzionale del diritto di sciopero, *RGL*, I, p. 221.

Carinci F. (2009), Il diritto di sciopero: la nouvelle vague all'assalto della titolarità individuale, *DLRI*, p. 423 ss.

Caruso B. (1992), *Rappresentanza sindacale e consenso*, Milano: Giuffrè.

Castronovo C. (1990), voce *Obblighi di protezione*, *Enc. giur. Treccani*, Roma, XXI.

Castronovo C. (2006), *Danno alla persona nel rapporto di lavoro*, EDP, p. 1341 ss.

Cataudella A. (2008), *Ancora sulla prevalenza del contratto collettivo sul contratto individuale di lavoro: uno sguardo al passato e qualche considerazione sul presente*, in *Studi in memoria di Matteo Dell'Olio*, Torino, Giappichelli, p. 230 ss.

Cester C. (2009), *La norma inderogabile: fondamento e problema del diritto del lavoro*, in *AIDLASS (a cura di), Inderogabilità delle norme e disponibilità dei diritti*, Milano: Giuffrè, p. 7 ss.

³¹⁵ Il caso è stato, infine, deciso in modo favorevole al lavoratore da Cass. 7 novembre 2005, n. 21479, *NGL*, 2005, 615. Troppo spesso si ragiona sulla base di un'angusta configurazione del sinallagma «con il vincolo che lega le sole prestazioni» e spostare, più comprensivamente, l'accento sull'«equivalenza dei costi cui ciascuna delle parti è tenuta per l'esecuzione del contratto» sicché anche il mancato rispetto di un dovere di protezione può squilibrare la relazione contrattuale (Castronovo 1990, 7).

³¹⁶ Cfr. Kempen 2005, 102 e 103 secondo il quale diritto di indire mezzi di lotta e la *Mitbestimmung* rendono il sindacato indipendente e quindi in grado di esercitare l'autonomia privata collettiva.

- Corazza L. (2011), *Tregua sindacale, governo del conflitto collettivo e competitività internazionale*, RIDL, I, p. 617 ss.
- Corazza L. (2012), *Il nuovo conflitto collettivo. Clausole di tregua, conciliazione e arbitrato nel declino dello sciopero*, Franco Angeli, Milano.
- Däubler W. (2011), *Das subjektive Recht auf Streik und sein Schutz*, AuR, p. 388 ss.
- De Luca Tamajo R. (2010a), *L'accordo di Pomigliano una storia italiana*, ADL, 6, p. 1080 ss.
- De Luca Tamajo R. (2010b), *Accordo di Pomigliano e criticità del sistema di relazioni industriali*, RIDL, I, p. 797 ss.
- Del Punta R. (2007), *Lo sciopero*, in F. Carinci, a cura di, *Il lavoro subordinato (Trattato di diritto privato diretto da Mario Bessone)*, Tomo I, coordinato da Proia G., Torino: Giappichelli, p. 393 ss.
- Dell'Olio M. (1980), *L'organizzazione e l'azione sindacale in generale*, in Dell'Olio M., Branca G., *L'organizzazione e l'azione sindacale*, Padova: Cedam.
- Di Maio V. (2008), *Contratto collettivo e norme di diritto*, Napoli: Jovene.
- Dieterich T. (2009), *Art. 9 [Vereinigungsfreiheit]*, in Aa. Vv., *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, 9ª ed., Beck, München, p. 102 ss.
- Ferrante V. (2004), *Potere e autotutela nel contratto di lavoro subordinato*, Torino, Giappichelli.
- Franzen M. (2009), § 2 TVG, in Aa. Vv., *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, 9ª ed., Beck, München, p. 2531 ss.
- Gamillscheg F. (1976), *Zivilrechtliche Denkform und die Entwicklung des Individualarbeitsrechts. Zum Verhältnis von Arbeitsrecht und BGB*, AcP, p. 197 ss. e in Id., *Ausgewählte Schriften zu Arbeitsrecht und Rechtsvergleichung*, Baden-Baden, Nomos, 2006, p. 112 ss.
- Gamillscheg F. (1997), *Kollektives Arbeitsrecht*, I, München, Beck.
- Garofalo M.G. (1988), in *Sulla titolarità del diritto di sciopero. Le opinioni di*, DLRI, p. 573 ss.
- Ghera E. (2012a), *Il contratto collettivo tra natura negoziale e di fonte normativa*, RIDL, I, p. 195 ss.
- Ghera E. (2012b), *Titolarità del diritto di sciopero, tregua o pace sindacale (spunti critici e di metodo)*, in *Risistemare il diritto del lavoro*. Liber amicorum Marcello Pedrazzoli, a cura di L. Nogler, L. Corazza, Milano, F. Angeli, pp. 627-.
- Giugni G. (2010), *Diritto sindacale*, Bari: Cacucci.
- Jeammaud A., Pellissier J., Supiot A. (2008), *Droit du travail*, Paris: Dalloz.
- Loffredo A. (a cura di) (2010), *La titolarità del diritto di sciopero*, Bari, Cacucci,
- Kempfen O. E. (2005), *Grundlagen*, in Kempfen O.E., Zachert U. (a cura di), *Tarifvertragsgesetz*, 4ª ed., F.a..M., Bund Verlag, p. 65 ss.
- Magnani M. (1999), *Tregua sindacale*, Dig. Disc. Priv., sez. comm., Torino: Utet.
- Mancini F. (1963), *Libertà sindacale e contratto collettivo "erga omnes"*, RTDPC, p. 570 ss.

- Maresca A. (2011), *Intervento al Convegno su La regolazione del conflitto. Le prospettive in Italia e le esperienze in ambito comunitario*, Roma, 29.11.2011.
- Mariucci L. (1989), *Il conflitto collettivo nell'ordinamento giuridico italiano*, DLRI, p. 1 ss.
- Mengoni L. (1964), *Lo sciopero nel diritto civile*, in *Il diritto di sciopero*, Milano: Giuffrè, p. 27 ss.
- Mengoni L. (1968), *L'esercizio dello sciopero in relazione ai soggetti ed all'oggetto*, in *L'esercizio dello sciopero*, Milano, Giuffrè, p. 15 ss.
- Mengoni L. (1981), *Gruppi organizzati e mediazione dei conflitti*, in *Stato e senso dello Stato oggi in Italia*, Atti del LI corso di aggiornamento culturale dell'Università Cattolica, Pescara, 20-25 settembre 1981, Milano, p. 159 ss.
- Mengoni L. (1988), *Responsabilità contrattuale (diritto vigente)*, in *Enc. dir.*, vol. XXXIX, Milano, p. 1072 ss.
- Mengoni L. (1975), *Il contratto collettivo nell'ordinamento giuridico italiano*, JUS, p. 167 ss.
- Mengoni L. (1993), *Ugo Natoli come giurista del lavoro*, RGL, p. 9 ss.
- Morato García R. M. (2011), *Derecho de resistencia y ejercicio irregular del poder de dirección*, Granda: Editorial Comares.
- Mortati C. (1954), *Il lavoro nella Costituzione*, DL, I, p. 149 ss.
- Natoli U. (1961), *La c.d. "Friedenspflicht" e il diritto italiano del lavoro*, RGL, I, p. 319 ss.
- Nogler L. (1997), *Saggio sull'efficacia regolativa del contratto collettivo*, Padova, Cedam.
- Nogler L. (2007), *La disciplina dei licenziamenti individuali nell'epoca del bilanciamento tra i "principi"*, DLRI, p. 593 ss.
- Nogler L. (2008), *Pacta sunt servanda e «contratti» collettivi*, in *Studi in onore di E. Ghera*, Bari, Cacucci, II, p. 771 ss.
- Nogler L. (2012), *Ripensare il diritto di sciopero?*, DLRI, p. 315 ss.
- Orlandini G. (2010), *Qualche contro-argomento alla tesi della titolarità collettiva del diritto di sciopero*, in A. Loffredo (a cura di), p. 117 ss.
- Palomeque Lopez M.C. (1992), *La titularidad diferenciada del derecho de huelga*, Actualidad Laboral, p. 357 ss.
- Pedrazzoli M. (2012), *Il regolamento unilaterale dei rapporti di lavoro: solo un reperto archeologico?*, WP M. D'Antona, n. 149.
- Pera G. (1969), *Serrata e diritto di sciopero*, Milano: Giuffrè.
- Pera G., (1991a), *Sulla inesistente questione della titolarità del diritto di sciopero*, in *Scritti in onore di Angelo Falzea*, Milano, Giuffrè, p. 681 ss.
- Pera G. (1991b), *Diritto del lavoro*, 4^a ed., Padova: Cedam.
- Romagnoli U. (1988), in *Sulla titolarità del diritto di sciopero. Le opinioni di*, DLRI, p. 581 ss.
- Romei R. (1999), *Di che cosa parliamo quando parliamo di sciopero*, LD, p. 249 ss.

- Romei R. (2010), *Esiste davvero la titolarità collettiva del diritto di sciopero?*, in Loffredo (a cura di), p. 39 ss.
- Romei R. (2011), *L'autonomia collettiva nella dottrina giuslavoristica: rileggendo Gaetano Vardaro*, DLRI, p. 181 ss.
- Romei R. (2012), *Ripensare il diritto di sciopero?*, DLRI, p. 331 ss.
- Runggaldier U. (1999), *Limiti del potere regolativo delle parti collettive e parità di trattamento – profili di diritto comparato*, in *Studi in onore di G. Giugni*, II, Bari, Cacucci, p. 1074 ss.
- Rusciano M. (2002), *L'iter formativo della legge 83 del 2000*, DLRI, p. 167 ss.
- Santoni F. (1991), *Lo sciopero*, Napoli: Jovene.
- Santoni F. (2013), *Le metamorfosi dello sciopero politico nella società pluralistica*, in *Il contributo di Mario Rusciano all'evoluzione teorica del diritto del lavoro. Studi in onore*, Torino, Giappichelli, p. 402 ss.
- Santoro Passarelli F. (1971), *Pax, pactum, pacta servanda sunt (A proposito delle cosiddette clausole di tregua sindacale)*, MGL, p. 374 ss.
- Santoro Passarelli F. (1949), *Autonomia collettiva, giurisdizione, diritto di sciopero*, Rivista italiana per le scienze giuridiche, p. 12 ss.
- Santoro Passarelli G. (2012), *La responsabilità delle organizzazioni sindacali*, in «Rivista italiana scienze giuridiche», pp. 357 ss.
- Seiter H. (1975), *Streikrecht und Aussperrungsrecht*, Tübingen: Mohr.
- Simi V. (1956), *Il diritto di sciopero*, Milano, Giuffrè.
- Speziale V. (2012), *Il rapporto tra contratto collettivo e contratto individuale*, DLRI, p. 361 ss.
- Zachert U. (2005), § 1, in Kempfen O.E., Zachert U. (a cura di), *Tarifvertragsgesetz*, 4^a ed., F.a..M., Bund Verlag, p. 278 ss.
- Zoli C. (2010), *Contratto collettivo come fonte e contrattazione collettiva come sistema di produzione di regole*, in Persiani M., Carinci F. (dir. da), *Trattato di diritto del lavoro*, I, *Le fonti del diritto del lavoro*, Padova: Cedam, p. 487 ss.
- Zoppoli A. (2006), *La titolarità sindacale del diritto di sciopero*, Napoli, Jovene.
- Zoppoli A. (2013), *Un giurista del lavoro al passo con i tempi*, in *Il contributo di Mario Rusciano all'evoluzione teorica del diritto del lavoro. Studi in onore*, Torino, Giappichelli, p. 375 ss.

La Direttiva 2008/104/Ce relativa al lavoro tramite agenzia interinale: aspetti problematici e modelli di implementazione*

Maria Dolores Ferrara

1. La parabola dell'adozione della Direttiva 2008/104/Ce: la fase negoziale.	122
1.1. La fase "legislativa".	123
2. Dalla fonte europea alle leggi nazionali: una necessaria rilettura degli obiettivi della Direttiva 2008/104/Ce.	124
3. Il campo di applicazione e le restrizioni al lavoro tramite agenzia interinale.	126
4. La parità di trattamento tra tendenza uniformante e spirito derogatorio.	131
4.1. Le deroghe alla parità di trattamento.	134
5. La prevenzione degli abusi e le missioni successive: la sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea <i>Della Rocca</i> .	137

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".INT – 101/2013

1. La parabola dell'adozione della Direttiva 2008/104/Ce: la fase negoziale.

L'adozione di una comune regolamentazione in materia di lavoro tramite agenzia interinale nell'ambito dell'Unione europea è stata il frutto di un cammino molto accidentato, caratterizzato da numerose criticità che hanno reso problematico anche la fase di trasposizione negli ordinamenti nazionali. La Direttiva 2008/104/Ce, adottata il 19 novembre 2008 dal Parlamento e dal Consiglio dell'Unione europea, disciplina il lavoro tramite agenzia interinale. Si è giunti alla sua approvazione attraverso due fasi, il tentativo negoziale e l'intervento legislativo vero e proprio. La ricostruzione del processo di approvazione non si impone solo per completezza espositiva, ma in questo ambito è più che mai necessaria poiché dal tormento *iter* si ricavano le difficoltà che ancora oggi persistono nell'implementazione interna. Prima di questa gestazione bifasica l'obiettivo di regolare questa forma di impiego è stato sempre presente nell'agenda delle istituzioni europee, pur se è mancato il necessario pragmatismo per giungere a soluzioni condivise. Si tratta di una lunga storia che ha inizio con la Risoluzione del 18 dicembre 1979 in materia di ristrutturazione del tempo di lavoro⁽³¹⁷⁾, ma che si è sviluppata nel corso degli anni sotto l'influsso dei diversi approcci politici e dei limiti istituzionali che hanno condizionato le politiche sociali europee.

Hanno segnato un'indubbia svolta le novità introdotte dapprima dall'Accordo sulla politica sociale, allegato al Protocollo c.d. "sociale" al Trattato di Maastricht del 1992, e poi dal Trattato di Amsterdam del 1997 (articoli 138 e 139 TCe, oggi articoli 154 e 155 TfUe). All'esito di queste significative modifiche si apre un'intensa stagione di concertazione e dialogo sociale alla ricerca di soluzioni condivise per la disciplina dei contratti di lavoro atipici all'insegna però di una rilevante differenza di metodo rispetto al passato; si decide, infatti, di regolamentare separatamente i diversi contratti atipici, ossia il lavoro a tempo determinato, il lavoro a tempo parziale e il lavoro tramite agenzia interinale.

In relazione a questo ultimo contratto si è aperta nel 2000 una prima fase "negoziale"⁽³¹⁸⁾ in cui la ricerca del consenso sulle soluzioni da adottare è stata affidata in prima battuta alle organizzazioni dei lavoratori e dei datori di lavoro.

Le speranze di successo erano numerose. Questo *modus operandi*, del resto, aveva dato esiti positivi in occasione degli accordi-quadro sui congedi parentali del 3 giugno 1996, sul lavoro a tempo parziale del 6 giugno 1997 e sul lavoro a tempo determinato del 18 marzo 1999, conclusi dalle organizzazioni intercategoriale a livello europeo (UNICE, CEES e CEP)⁽³¹⁹⁾. Nonostante i precedenti favorevoli, il negoziato in materia di lavoro interinale presentava peculiarità proprie rispetto ad altre esperienze, in primo luogo sul piano dei soggetti. Rispetto agli altri accordi in materia di lavoro atipico, al negoziato sul lavoro tramite agenzia interinale vi partecipava, da lato dei datori di lavoro, non solo l'Unione delle Confederazioni delle Industrie della Comunità Europea (UNICE,

⁽³¹⁷⁾ Risoluzione del Consiglio delle Comunità europee del 18 dicembre 1978, in *GU Cee*, C 2/1 del 4 gennaio 1980. Per un'approfondita ricostruzione si veda M. ROCCELLA, T. TREU, *Diritto del lavoro dell'Unione europea*, Cedam, Padova, 2012, 236; ed inoltre L. ZAPPALÀ, *Legislative and Judicial Approaches to Temporary Agency Work in EU Law*, in K. AHLBERG ET AL., *I. Transnational labour regulation. A case study of temporary agency work*, Brussels, P.I.E., 2008, 156.

⁽³¹⁸⁾ Nel 1995 la Commissione europea lanciò una consultazione delle parti sociali ai sensi dell'art. 3 dell'Accordo sulla politica sociale, allegato al Protocollo "sociale" del Trattato di Maastricht del 1992, che segnò l'avvio del dialogo sociale in materia di contratti di lavoro atipici.

⁽³¹⁹⁾ Come è risaputo, questi accordi sono stati trasfusi rispettivamente nelle Direttive 1996/34/Ce, 1997/81/Ce, 1999/70/Ce.

oggi Business Europe) e il Centro Europeo delle Imprese a Partecipazione Pubblica (CEEP), ma anche la Confederazione Internazionale delle Agenzie di Lavoro Temporaneo (CIETT), oltre ovviamente la Confederazione Europea dei Sindacati (CES) in rappresentanza degli interessi dei lavoratori. Nell'ambito del CES, inoltre, si distingueva un certo protagonismo della Federazione Uni-Europa, rappresentativa dei lavoratori del settore dei servizi, che durante le trattative ha siglato una dichiarazione congiunta con il CIETT in cui si poneva l'accento sul ruolo positivo del lavoro tramite agenzia interinale nel mercato del lavoro e del dialogo sociale di settore. Sebbene questa dichiarazione poteva essere interpretata come il segnale di una possibile intesa a livello settoriale, di fatto ha rappresentato l'inizio della fine dei negoziati, non essendo condivisa nei suoi contenuti di principio dall'ETUC che, invece, avrebbe voluto marginalizzare l'uso di questo contratto⁽³²⁰⁾.

La frammentazione dovuta alle opposte posizioni tra organizzazioni dei lavoratori e quelle datoriali sui nodi cruciali della regolamentazione (restrizioni all'uso del lavoro interinale, parità di trattamento tra i lavoratori dell'agenzia e quelli alle dirette dipendenze dell'utilizzatore) e le divergenti vedute all'interno della stessa compagine rappresentativa dei lavoratori hanno causato numerose tensioni e compromesso il buon esito del negoziato⁽³²¹⁾.

A contribuire al fallimento sono state anche cause esterne al negoziato e tra queste la grande diversità dei regimi nazionali e l'ambigua posizione della Commissione europea che, per mezzo del suo servizio legale, durante il teso negoziato ha sostenuto che l'introduzione della regola della parità di trattamento equivaleva a regolare il profilo della retribuzione in questo settore e, pertanto, sarebbe stata in violazione del regime delle competenze⁽³²²⁾.

1.1. La fase "legislativa".

I negoziati sono falliti nel maggio 2001, ma le diverse soluzioni proposte per districare la complessa matassa sono state la pietra angolare da cui la Commissione europea ha ripreso i lavori per la redazione della Direttiva in materia di lavoro tramite agenzia interinale attraverso la procedura legislativa ordinaria di co-decisione del Parlamento e del Consiglio dell'Unione europea ai sensi dell'art. 251 Tce (oggi art. 294 TfUE): si è aperta una seconda fase conclusasi con la presentazione di una bozza di Direttiva il 28 novembre 2002, frutto anche dell'elaborazione degli emendamenti presentati dal Parlamento all'originaria proposta adottata dalla Commissione il 20 marzo 2002⁽³²³⁾. Il lavoro tramite agenzia interinale è stato un *dossier* aperto fino al 2008, allorquando si è arrivati all'adozione della Direttiva 2008/104/Ce del 19 novembre 2008.

La seconda fase legislativa è stata pervasa da spinte opposte che, interagendo, hanno provocato per molti anni la paralisi in Consiglio. Da un lato, vi erano Paesi, come Germania, Regno Unito e Svezia secondo cui difettavano disposizioni finalizzate a liberalizzare il ricorso a questo istituto in grado di compensare il dirompente effetto del principio della parità di trattamento tra i lavoratori dell'utilizzatore e quelli in missione. Dall'altro, altre delegazioni sostenevano convintamente

⁽³²⁰⁾ Si veda l'approfondita narrazione delle diverse tappe del negoziato in K. AHLBERG, *A story of a failure – But also a success*, in K. AHLBERG ET AL., I. *Transnational labour regulation. A case study of temporary agency work*, cit., 200.

⁽³²¹⁾ Per un'analisi del dialogo sociale settoriale avutosi in occasione del negoziato per la redazione della Direttiva in materia di lavoro tramite agenzia interinale si veda B. BERCUSSON, *Lesson from transnational labour regulation from case study of temporary agency work*, in K. AHLBERG ED ALTRI, *Transnational labour regulation. A case study of temporary agency work*, cit., 341.

⁽³²²⁾ In tal senso K. AHLBERG, *A story of a failure – But also a success*, cit., 217.

⁽³²³⁾ Si confronti la Proposta modificata di Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativo alle condizioni di lavoro dei lavoratori temporanei COM (2002) 701 def. del 28 novembre 2002.

l'introduzione della parità di trattamento, come ad esempio Belgio, Francia e Spagna, promuovendo l'introduzione della nozione di lavoratore comparabile e, allo stesso tempo, guardando con sospetto la possibilità di derogare al suddetto principio. Anche dopo gli emendamenti del Parlamento approvati dalla Commissione che pure avevano eliminato alcune materie del contendere (come ad esempio il riferimento alla nozione di lavoratore comparabile), la trattativa in Consiglio è proseguita a fasi alterne, condizionata anche dall'attivismo o meno delle diverse Presidenze dell'Unione europea avvicendatesi in questi anni. Un forte incentivo alla ricerca di una soluzione si è avuto nel 2004 con l'ingresso di 10 nuovi Stati membri nell'Unione europea per i quali si prevedevano, nella fase iniziale di adesione, restrizioni in tema di libera circolazione dei lavoratori, ma non quelle in tema di libera prestazione di servizi; attraverso il lavoro tramite agenzia, dunque, i nuovi membri avrebbero potuto facilmente aggirare le limitazioni in tema di circolazione dei lavoratori in assenza di regole minime di tutela stabilite dall'ordinamento europeo in materia di lavoro interinale⁽³²⁴⁾. La grande lacerazione prima tra le parti sociali e poi nel Consiglio ruotava intorno alla questione fondamentale se marginalizzare o normalizzare questa tipologia contrattuale: da questa scelta essenziale sarebbero dipese le diverse opzioni normative in relazione alla tutela delle condizioni di lavoro, della parità di trattamento e delle sue possibili deroghe. L'ultimo atto di questa storia ultraventennale comincia durante la Presidenza portoghese dell'Unione europea nel 2007 a cui si deve un'intensificazione della pressione sugli Stati membri per il raggiungimento di un accordo. La situazione si è sbloccata nel maggio 2008, quando nel Regno Unito è stato raggiunto un importante accordo tra Governo e parti sociali sull'implementazione del principio di parità di trattamento soltanto in favore dei lavoratori assunti tramite agenzia interinale che svolgono una missione superiore a 12 settimane (*qualifyng period*). Con il via libera delle parti sociali, diventava agevole ottenere il consenso di uno Stato che aveva sempre manifestato grande contrarietà al progetto di armonizzazione delle regole in questo settore, consenso che poco dopo è stato raggiunto nel giugno 2008 in Consiglio e, nell'ottobre 2008, nel Parlamento europeo su un testo di Direttiva che aveva subito nel lungo periodo di elaborazione numerosi cambiamenti, ma che è stata adottata definitivamente il 19 novembre 2008.

2. Dalla fonte europea alle leggi nazionali: una necessaria rilettura degli obiettivi della Direttiva 2008/104/Ce.

Ai sensi dell'art. 11 della Direttiva 2008/104/Ce, il 5 dicembre 2011 è scaduto il termine per adottare le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative attuative della fonte sovranazionale. Al tempo in cui si scrive e a quanto consta⁽³²⁵⁾, in 19 Paesi⁽³²⁶⁾ sono state emanate misure per implementare i principi della fonte eurounitaria; in due Stati⁽³²⁷⁾, invece, non si è proceduto all'adozione di una normativa *ad hoc*, ritenendo quella esistente già attuativa dei principi europei.

⁽³²⁴⁾ Si confronti T. VAES, T. VANDENBRANDE, *Implementing the new temporary agency work Directive*, Leuven, Hoger Institute voor de Arbeid, in <https://hiva.kuleuven.be/resources/pdf/publicaties/R1268.pdf>.

⁽³²⁵⁾ Per una dettagliata analisi sullo stato di implementazione si veda I. SCHÖMANN, C. GUEDES, *Temporary agency work in the European Union. Implementation of Directive 2008/104/EC in the Member States*, European Trade Union Institute, Report n. 125, 2012.

⁽³²⁶⁾ Austria, Belgio, Bulgaria, Repubblica Ceca, Estonia, Finlandia, Germania, Grecia, Ungheria, Italia, Irlanda, Lettonia, Lituania, Malta, Olanda, Portogallo, Romania, Spagna e Regno Unito.

⁽³²⁷⁾ Francia e Polonia.

In alcuni Paesi⁽³²⁸⁾ il processo di trasposizione è ancora *in itinere*, pendendo anche una procedura di infrazione da parte della Commissione ai sensi dell'art. 258 TfUE; in altri⁽³²⁹⁾ non è ancora stato avviato o è in fase di discussione tra le parti sociali⁽³³⁰⁾. Soltanto in tre Stati⁽³³¹⁾, tuttavia, l'attuazione della Direttiva colma un vuoto normativo, non essendoci una previgente legislazione nazionale; nei restanti ordinamenti già esistevano disposizioni regolanti, pur se con notevoli difformità, lo speciale rapporto triangolare tra l'agenzia di lavoro, l'utilizzatore delle prestazioni lavorative e il lavoratore in missione. La caratteristica delle legislazioni o, dove assenti, delle prassi nazionali è la grande diversità delle soluzioni per disciplinare il fenomeno. Si tratta, in primo luogo, di differenze sul piano della fonte di regolazione che, nella maggior parte dei Paesi, è la legge, ma in altri, come Svezia e Danimarca, è la contrattazione collettiva, in altri ancora è il mercato e, di tanto in tanto, i principi della giurisprudenza del lavoro, come ad esempio Regno Unito. La diversità è stata una concausa dello stallo dei negoziati per l'evidente difficoltà di trovare soluzioni di compromesso, anche se è stato un fattore mai celato, ma anzi sempre apertamente dichiarato, figurando, fin dalla prima bozza, nei *consideranda* della Direttiva, laddove si afferma che il ricorso al lavoro temporaneo tramite agenzia interinale, la posizione giuridica, lo *status* e le condizioni di impiego dei lavoratori sono caratterizzati da una grande diversità (*considerando* n. 10). Questo fattore è alla base delle difficoltà riscontrate nel processo di trasposizione all'interno degli ordinamenti nazionali e potrebbe giocare un ruolo importante anche nella successiva interpretazione da parte della Corte di Giustizia dell'Unione europea che, proprio a causa delle rilevanti difformità, potrebbe appiattirsi su soluzioni minimali di tutela o prediligere comportamenti di *self-restraint*. La precarietà dei risultati interpretativi, dovuta alla grande diversità di regolamentazione, può essere evitata attraverso una ponderazione e un bilanciamento degli obiettivi della Direttiva medesima. Già con riferimento alla bozza del 2002 è stato acutamente posto in evidenza⁽³³²⁾ che la Direttiva in questione fonde due finalità tra loro, se non proprio opposte, concorrenti: la finalità occupazionale e la finalità sociale, intendendosi con la prima l'obiettivo di creare e mantenere occupazione attraverso la regolamentazione delle forme di accesso al lavoro e la flessibilizzazione delle stesse; con la seconda, il perseguimento di una sempre maggiore tutela dei lavoratori attraverso la creazione di una rete di diritti minimi inderogabili e di ostacoli all'uso distorto dell'istituto (si veda art. 2 e *consideranda* 9, 11 e 12 della Direttiva 2008/104/Ce). Allo stesso tempo convivono disposizioni di "*hard law*", contenenti cioè norme imperative (anche se soggette a deroghe), come quelle correlate al divieto di discriminazione o alla nullità di clausole che vietano l'assunzione dei lavoratori interinali da parte dell'impresa utilizzatrice (con lo scopo di favorire la stabilizzazione dei lavoratori precari), con disposizioni di "*soft law*", che prevedono principi generali adattabili in maniera flessibile da parte delle legislazioni nazionali, come quella in materia di revisione delle restrizioni al lavoro interinale.

Ferma restando la correttezza di queste osservazioni, credo tuttavia che il testo finale imponga ulteriori puntualizzazioni in merito alle sue finalità. Un attento esame dell'*iter* legislativo e dei

⁽³²⁸⁾ Svezia, Cipro e Danimarca.

⁽³²⁹⁾ Lussemburgo.

⁽³³⁰⁾ Slovenia e Slovacchia.

⁽³³¹⁾ Bulgaria, Danimarca e Regno Unito.

⁽³³²⁾ Si confronti L. ZAPPALÀ, "*La flessibilità nella sicurezza*" alla prova. Il caso del lavoro temporaneo tra "*hard law* e *soft law*", in *DLRI*, 2003, n. 1, 77 e ss; *IBIDEM*, *Transnational Soft Regulation of Temporary Agency Work and Adaptability Policies. A future of Guidelines with No Rights?*, in K. AHLBERG ET AL., *I. Transnational labour regulation. A case study of temporary agency work*, cit., 168 ss.

relativi documenti pone in luce un dato, ossia che dall'accordo politico tra i rappresentanti degli Stati e dalla conseguente posizione comune sul testo della Direttiva, raggiunta in occasione del Consiglio di Lussemburgo del 9-10 giugno 2008, è emersa, come fattore di novità, la finalità antielusiva a cui il processo di armonizzazione deve tendere. In questa occasione, come in precedenza detto, il Consiglio ha raggiunto un accordo politico che doveva assicurare l'equilibrio tra la protezione dei lavoratori interinali e la necessaria flessibilità con riferimento all'uso e alle condizioni di tutela. Fin dall'inizio della fase negoziale era sembrato evidente che questo fosse il nodo, per cui appariva scontato che l'accordo doveva essere trovato su questo punto attraverso la ponderazione tra principio di parità di trattamento e relative deroghe. Rappresentava, invece, una novità l'inserimento di un nuovo paragrafo 5 nell'articolo 5 nel testo della Direttiva ai sensi del quale gli Stati adottano le misure necessarie per prevenire missioni successive con lo scopo di eludere le disposizioni della presente Direttiva. Pur se sono infelici la sua collocazione nell'articolo che stabilisce la parità di trattamento e la sua formulazione, questo nuovo paragrafo valorizza in modo marcato che, accanto alle finalità occupazionali e di tutela delle condizioni di lavoro, l'armonizzazione delle normative avviene in forma antiabusiva, specificando in modo inequivocabile il vizio che deve essere represso, ossia l'abusiva successione di missioni a cui vengono di volta in volta adibiti i lavoratori. Rinviando l'esame di questo profilo nell'ultimo paragrafo, va in questa sede chiarito che l'obiettivo di contrastare i fenomeni di precarizzazione del lavoro ha un'applicazione trasversale, contribuendo alla promozione di un'occupazione di qualità e alla tutela delle condizioni dei lavoratori. Durante i lunghi anni di elaborazione della Direttiva, del resto, la strategia europea in materia sociale e di politiche occupazionali si è assestata sugli obiettivi di *flexicurity* che impongono di promuovere politiche in grado di coniugare l'allentamento dei vincoli contrattuali con il rafforzamento delle tutele nel mercato⁽³³³⁾.

3. Il campo di applicazione e le restrizioni al lavoro tramite agenzia interinale.

L'ambito applicativo della Direttiva 2008/104/Ce è caratterizzato da confini mobili e da definizioni aperte che ne favoriscono a mio avviso interpretazioni ampie. Se dal lato dei soggetti datoriali non sorgono particolari dubbi ermeneutici, riferendosi alle imprese pubbliche e private che sono agenzie di lavoro e alle imprese utilizzatrici che esercitano un'attività economica con o senza scopo di lucro (art. 1, par. 1), più problematico è il profilo della tipologia di rapporti o di contratti attraverso cui può essere impiegato il lavoratore interinale.

La Direttiva si applica ai lavoratori che hanno un contratto di lavoro o un rapporto con un'agenzia interinale e che sono assegnati a imprese utilizzatrici per lavorare temporaneamente e sotto il controllo e la direzione delle stesse (art. 1, par. 1). Da questa definizione e dalle nozioni di "agenzia interinale" (art. 3, par. 1, lett. b) e di "lavoratore tramite agenzia interinale" (art. 3, par. 1, lett. c) si desume con certezza che il datore di lavoro è l'agenzia, ma con meno convinzione può dirsi che i rapporti o i contratti di lavoro attraverso cui può essere impiegato il lavoratore debbano essere soltanto di lavoro subordinato *standard*. L'assenza di un'espressa qualificazione della tipologia di rapporto che deve intercorrere tra l'agenzia e il lavoratore consente di affermare che, in

⁽³³³⁾ Si veda in particolare il Libro Verde della COMMISSIONE EUROPEA, *Modernizzare il diritto del lavoro per rispondere alle sfide del XXI secolo*, COM (2006) 708 def. su cui, tra i tanti, si veda AA.VV., *Il libro verde e il dibattito sulla modernizzazione del diritto del lavoro*, in *q. Riv.*, 2007, n. 4, 951 ss.; ma anche la comunicazione della COMMISSIONE EUROPEA, *Verso principi comuni di flessicurezza: posti di lavoro più numerosi e migliori grazie alla flessibilità e alla sicurezza*, COM (2007) 359 def., del 27 giugno 2007, su cui tra i tanti, AA.VV., *La flexicurity in Europa. Quale modernizzazione del diritto del lavoro?*, in *DLM*, 2007, n. 3, 453 ss.

linea teorica, la fornitura di lavoro autonomo è un'ipotesi non vietata dalla fonte europea ma che, allo stesso tempo, anche questi rapporti potrebbero rientrare nell'ambito di applicazione delle norme di tutela sancite dalla fonte europea, se il lavoratore gode di una qualche protezione nell'ordinamento nazionale, come spesso accade per i lavoratori parasubordinati. Nella Direttiva sul lavoro interinale, come in altre direttive sul lavoro atipico, la definizione di lavoratore è di tipo sussidiario, essendo rimessa ai legislatori nazionali (è lavoratore "qualsiasi persona che nello Stato membro interessato è protetta in qualità di lavoratore nel quadro del diritto nazionale del lavoro", art. 3, par. 1, lett. a). Già da qualche anno, tuttavia, si applica la tecnica della definizione sussidiaria in modo più restrittivo, limitando il potere degli Stati di escludere dalle garanzie le figure di lavoratore subordinato *atipico o non standard* ⁽³³⁴⁾.

Rispetto alle Direttive 97/81/Ce e 99/70/Ce, nella Direttiva del 2008 si fa a mio avviso un ulteriore balzo in avanti, poiché non si rinvia soltanto alla nozione di lavoratore (a tempo determinato o a tempo parziale) contenuta nelle legislazioni nazionali, ma si indica che il destinatario delle disposizioni è il "lavoratore protetto". La fonte europea si disinteressa del vincolo tra l'agenzia e il lavoratore e si concentra sullo *status* di protezione che, a qualsiasi livello, il legislatore nazionale conferisce ai prestatori di lavoro. Più modernamente di quanto accade negli ordinamenti nazionali, la fonte europea tenta di superare la dicotomia nei rapporti di lavoro tra lavoro autonomo e lavoro subordinato e si concentra sulla condizione di protezione dei lavoratori che consente l'attribuzione di un ulteriore *plafond* di tutele, ossia quelle contenute nella Direttiva.

In senso ancora più ampio in un altro articolo non si parla nemmeno più di lavoratore (che per i fini della Direttiva significa "lavoratore protetto", come detto), ma di "persona". Gli Stati, infatti, non possono escludere dall'ambito di applicazione della Direttiva medesima non solo i lavoratori (ossia le persone che sono protette in questa qualità nel quadro del diritto nazionale, art. 1, par. 1, lett. a), ma in generale tutte le "persone", ossia anche i lavoratori che non hanno uno *status* di lavoratore protetto negli ordinamenti interni, che hanno semplicemente un contratto o un rapporto di lavoro con un'agenzia interinale (art. 3, par. 2). La possibilità di estensione dell'ambito di applicazione soggettivo anche ai lavoratori parasubordinati, del resto, è agevolata dal fatto che le funzioni datoriali di controllo e di direzione, per espressa indicazione della fonte europea, sono poste a carico dell'impresa utilizzatrice, disinnescando in parte le delicate questioni connesse alla titolarità del potere di direttivo e di controllo.

Dalla lettera di queste norme mi sembra che si intenda apprestare una tutela che travalichi lo *status* di lavoratore subordinato e che può interessare qualsiasi "persona" che ha un contratto o un rapporto di lavoro con un'agenzia. E se questa interpretazione può non avere un grande impatto nelle legislazioni nazionali dove si consente soltanto la fornitura di lavoratori subordinati, come ad esempio l'Italia, la Spagna o la Francia, più rilevante è l'effetto di questa interpretazione nei Paesi, come il Regno Unito, dove normalmente l'agenzia di lavoro interinale può reclutare i lavoratori con *contract of employment*, *contract for workers* e *contract for services*, ossia con contratti che vanno da quello subordinato a quello autonomo *tout court* in tutte le rispettive declinazioni e sfumature intermedie.

⁽³³⁴⁾ Si veda S. GIUBBONI, *La nozione europea di subordinazione*, in S. SCIARRA, *Manuale di diritto sociale europeo*, Giappichelli, Torino, 2010, 50. Più in generale S. BORELLI, *La nozione di "lavoratore" e l'efficacia dell'art. 39 del Trattato CE*, in RIDL, II, 225.

Sotto altra prospettiva, l'estensione o l'opposta tendenza alla marginalizzazione di questa tipologia contrattuale sono dinamiche che la Direttiva tenta di disciplinare attraverso il principio generale secondo cui i divieti e le restrizioni sono giustificati soltanto da ragioni di interesse generale che investono, in particolare, la tutela dei lavoratori tramite agenzia interinale, le prescrizioni in materia di salute e sicurezza sul lavoro o la necessità di garantire il buon funzionamento del lavoro e la prevenzione degli abusi (art. 4, par. 1; *considerando* n. 18). L'esistenza di restrizioni è sottoposta al riesame da parte degli Stati o delle parti sociali se queste limitazioni sono fissate nei contratti collettivi (art. 4, par. 2 e 3), fermi restando i requisiti nazionali in materia di registrazione, autorizzazione, certificazione, garanzia finanziaria o controllo delle agenzie di lavoro interinale (art. 4, par. 4). Anche in questo caso ci sono i presupposti per interpretazioni ampie, giacché le ragioni che legittimano l'imposizione delle restrizioni mi sembrano ampie e ricognitive delle diverse tipologie di limitazioni già presenti negli ordinamenti europei. Non mancano, tuttavia, aspetti problematici.

Pur se dalla formulazione letterale si dovrebbe evincere che le restrizioni e i divieti assumono un carattere eccezionale⁽³³⁵⁾, l'obbligo imposto non ha come obiettivo una revisione *tout court* della materia, ma una deregolamentazione selettiva e misurata in grado di contemperare flessibilità e sicurezza senza pregiudicare il buon funzionamento del mercato del lavoro⁽³³⁶⁾.

La lettera dell'art. 4, par. 2, consente di avallare un'interpretazione "mite" dell'art. 4, par. 1 della Direttiva, poiché in capo agli Stati e alle parti sociali si pone un mero obbligo di "revisione" e non di abolizione delle suddette limitazioni, pur se è oggettivamente complessa questa operazione in ragione della diversità dei mercati del lavoro, delle economie nazionali e delle caratteristiche della forza lavoro. Allo stato attuale, infatti, risulta che in molti Paesi⁽³³⁷⁾ sono in corso trattative tra le organizzazioni datoriali e i sindacati dei lavoratori su questo punto. Si tratta di un tema che incide fortemente sulla regolazione, sull'uso e sulla conseguente diffusione di questa tipologia contrattuale e ciò spiega le difficoltà di "rivedere" l'eventuale presenza di vincoli. Ad eccezione del Regno Unito, dove non sussistono significative restrizioni⁽³³⁸⁾, negli altri Stati membri esistono diverse limitazioni rispetto alle quali è stata attivata o è in corso l'attività di revisione. Tra le più comuni spiccano le disposizioni che impongono un obbligo di motivazione a fondamento della legittima instaurazione della relazione triangolare, che vietano l'uso del lavoro tramite agenzia interinale in alcuni settori o nelle imprese dove non si rispettano le norme a tutela della salute e sicurezza, che inibiscono il ricorso a questo contratto per sostituire i lavoratori in sciopero o nelle imprese in cui si è proceduto a licenziamenti per motivi oggettivi e a sospensioni del lavoro; esistono, infine, norme che impongono limiti di durata della missione o che restringono la possibilità di missioni successive. Come è facilmente intuibile si tratta di un novero assai ampio di ipotesi

⁽³³⁵⁾ In tal senso F. PANTANO, *Il lavoro tramite agenzia interinale*, in F. CARINCI, A. PIZZOFRATO, *Diritto del lavoro dell'Unione europea*, Utet Giuridica, Torino, 2010, 593 e P. LAMBERTUCCI, *La Direttiva comunitaria n. 104/2008 relativa al lavoro tramite agenzia interinale*, in R. FOGLIA, R. COSIO, *Il Diritto del Lavoro nell'Unione europea*, Giuffrè, Milano, 2011, 408.

⁽³³⁶⁾ Così L. ZAPPALÀ, *I lavori flessibili*, in S. SCIARRA (a cura di), *Manuale di diritto sociale europeo*, cit., 167.

⁽³³⁷⁾ Sul punto si veda più diffusamente I. SCHÖMANN, C. GUEDES, *Temporary agency work in the European Union. Implementation of Directive 2008/104/EC in the Member States*, cit., 33.

⁽³³⁸⁾ Nel Regno Unito esiste il divieto di impiegare i lavoratori interinali per sostituire lavoratori in sciopero (*regulation 7, The Conduct of Employment Agencies and Employment Business Regulations* del 2003).

rispetto alle quali si dovrà di volta in volta vagliare la compatibilità con i principi europei e, in particolare, la loro attitudine a soddisfare ragioni di interesse generale che investono la tutela dei lavoratori, le prescrizioni in materia di salute e sicurezza, il buon funzionamento del mercato e la prevenzione di abusi.

Sul punto, a mio avviso, il criterio che dovrebbe guidare l'attività di revisione è quello di valutare se alla base dell'ipotetica restrizione sussista o meno un interesse generale. Pur se la Direttiva 2008/104/Ce tipizza espressamente le ragioni che possono indurre gli Stati a mantenere i divieti e le restrizioni⁽³³⁹⁾, penso che questo elenco non sia esaustivo, potendo "in particolare" (così dice la lettera dell'art. 4, par. 1, e del *considerando* n. 18), ma non solo, riguardare le prescrizioni in materia di salute e sicurezza, il buon funzionamento del mercato e la prevenzione di abusi.

La limitazione dei vincoli al fine di favorire la diffusione del lavoro interinale, infatti, non dipende soltanto dal restringimento della nozione di "ragioni di interesse generale", ma dalla concreta attività di sussunzione delle restrizioni e dei divieti nelle ragioni tipizzate dalla Direttiva.

Rispetto alla sommaria elencazione delle limitazioni esistenti negli Stati membri in precedenza fatta, ritengo che non sia contraria alla Direttiva 2008/104/Ce l'imposizione di un obbligo di motivazione a fondamento del ricorso al lavoro tramite agenzia interinale, poiché questo regime svolge una chiara funzione antielusiva e di contrasto agli abusi anche al fine di garantire il buon funzionamento del mercato del lavoro. Per questa ragione è a mio avviso coerente con il dettato della fonte sovranazionale la normativa italiana che ammette la somministrazione di lavoro a tempo determinato a fronte di ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo (art. 20, co. 4, decreto legislativo n. 276 del 10 settembre 2003).

Credo, invece, che si ponga il problema in relazione alle norme nazionali che impongono un'elencazione tassativa di ipotesi in cui è autorizzata la fornitura di lavoro tramite agenzia interinale, come accade, ad esempio, nell'ordinamento francese e spagnolo⁽³⁴⁰⁾.

Similmente potrebbero non superare il vaglio di compatibilità le disposizioni nazionali che autorizzano il ricorso al lavoro interinale solo in taluni settori o per determinate attività o che ne vietano l'uso in alcuni settori in forza di una presunta lesività di un interesse generale. È questo il

⁽³³⁹⁾ Ciò differenzia la Direttiva in commento da quella sul lavoro a tempo parziale 97/81/Ce che nel recepire il relativo accordo quadro stabilisce un generale obbligo degli Stati e delle parti sociali di identificare ed eventualmente eliminare gli ostacoli di natura giuridica o amministrativa che possono limitare le possibilità di lavoro a tempo parziale (clausola 5) sulla cui precettività è intervenuta anche la Corte di Giustizia dell'Unione europea nella sentenza *Michaler* del 24 aprile 2008, cause riunite C-55/07 e 56/07, in *GU Ue*, C-142 del 7 giugno 2008. Sul punto L. ZAPPALÀ, *I lavori flessibili*, cit., 167.

⁽³⁴⁰⁾ In questi Paesi il lavoro interinale è ammesso a fronte di specifiche ragioni: attività stagionali o quelle per le quali in certi settori è consuetudine non ricorrere a contratti a tempo indeterminato (art. L. 1251-6, n. 3, *Code du Travail*), realizzazione di un'opera o un servizio determinato (art. 15, co. 1, lett. a), *Estatuto de los Trabajadores*), esigenze di mercato che determinano un incremento temporaneo dell'attività d'impresa (*accroissement temporaire de l'activité de l'entreprise*, art. L. 1251-6, n. 2, *Cod. Trav.* e *las circunstancias del mercado, acumulación de tareas o exceso de pedidos*, art. 15, co. 1, lett. b), *Est. Trab.*), per ragioni sostitutive (*interinidad por sustitución o propia*, art. 15, co. 1, lett. c), *Est. Trab.*; art. L. 1251-6, n. 1, n. 4, n. 5 *Cod. Trav.*). Per una analisi comparata in materia di giustificazioni e divieti mi si consenta di rinviare a M.D. FERRARA, *Il lavoro tramite agenzia interinale nell'esperienza europea*, Amon, Padova, 2012, 1 e ss. Per una recente ricostruzione del dibattito in tema di trasposizione della Direttiva 2008/104/Ce si veda, per il diritto d'Oltralpe, S. ROBIN-OLIVIER, *A French reading of Directive 1008/104 on temporary agency work*, in *European Labour Law Journal*, 2010, n. 3, 398 e ss, e per la Spagna nella stessa rivista e fascicolo, A. GUAMAN, *Temporary agency work directive and its transposition in Spain*, 414 e ss.

caso, ad esempio, dell'ordinamento italiano in materia di somministrazione di lavoro a tempo indeterminato in cui, come è noto, si autorizza l'uso di questa tipologia contrattuale in determinati settori e attività⁽³⁴¹⁾, dell'ordinamento tedesco dove persistono divieti di utilizzare il lavoro interinale in alcuni settori, come l'edilizia⁽³⁴²⁾ o il trasporto per scopi commerciali⁽³⁴³⁾.

Sotto questo profilo, a quanto consta, non pare esserci stata una drastica revisione delle restrizioni; ma quando ciò accaduto si è probabilmente travalicato il contenuto della Direttiva. È il caso della Spagna, dove con la *ley* n. 35 del 17 settembre 2010 e prima ancora con il *real decreto-ley* n. 10 del 16 settembre 2010, si è intervenuto in modo marcatamente deregolativo in relazione ai divieti posti a tutela della salute e sicurezza dei lavoratori (art. 8, lett. b), *ley* n. 14/1994), anche se la stessa Direttiva 2008/104/Ce considera queste limitazioni presuntivamente sorrette da ragioni di interesse generale e, dunque, legittime. Non si demanda più alla disciplina regolamentare il compito di individuare le attività particolarmente pericolose per la salute dei prestatori di lavoro, ma se ne fornisce una tassativa indicazione nella seconda disposizione addizionale alla legge n. 14/1994, come introdotta dalla legge n. 35/2010, elencazione che è molto più esigua rispetto agli elenchi dei precedenti decreti. Per tutti gli altri settori non più tassativamente indicati, entro il 31 marzo 2011 gli accordi collettivi interprofessionali o i contratti collettivi nazionali di categoria potevano porre ulteriori restrizioni all'uso dei contratti di lavoro interinale: dopo questa data è diventato di fatto possibile ricorrere liberamente in questi settori al lavoro interinale nel rispetto delle necessarie misure preventive a tutela della salute e sicurezza conformemente alla normativa vigente in materia. Pur se è evidente l'effetto deregolativo delle nuove disposizioni spagnole che potrebbero essere anche in contrasto con la clausola di non regresso di cui all'art. 9, par. 2, della Direttiva del 2008, mi sembra che la revisione di questi divieti serva a evitare che vi sia una restrizione oggettiva fondata sul presupposto che un certo settore sia presuntivamente più pericoloso di altri e non sulla considerazione dell'esistenza di effettive condizioni di lavoro rischiose per i lavoratori interinali.

Anche in Italia si registra la tendenza a liberalizzare l'uso della somministrazione di lavoro. Mi riferisco in particolare ai recenti interventi che hanno ampliato i casi in cui è possibile concludere contratti di somministrazione a tempo indeterminato⁽³⁴⁴⁾, consentito di stipulare, a determinate condizioni, contratti di somministrazione a termine "acausali"⁽³⁴⁵⁾, e, infine, limitato la portata dei

⁽³⁴¹⁾ Art. 20, co. 3, lett. da a) a i-ter), decreto legislativo n. 276 del 10 settembre 2003.

⁽³⁴²⁾ Si veda § 1b, *Arbeitnehmerüberlassungsgesetz – AÜG*. Sul punto, in particolare, K. AHLBERG, *Germany: "Premature Implementation" of Draft Directive – In spite of Resistance in the Council*, in K. AHLBERG ET AL., *I. Transnational labour regulation. A case study of temporary agency work*, cit., 126.

⁽³⁴³⁾ Si veda § 1(2), n. 3, *Güterkraftverkehrsgesetz*.

⁽³⁴⁴⁾ È ora possibile ricorrervi anche nei casi sanciti dalla contrattazione aziendale, in tutti i settori produttivi, pubblici e privati, per l'esecuzione di servizi di cura e assistenza alla persona e sostegno alla famiglia (art. 20, co. 3, lett. i) e 1bis), d.lgs. n. 276/2003, introdotti dall'art. 2, commi 143 e 142, legge n. 191 del 23 dicembre 2009); in tutti i settori produttivi in caso di utilizzo da parte del somministratore di uno o più lavoratori assunti con contratto di apprendistato (art. 20, co. 3, lett. 1ter), d.lgs. n. 276/2003, introdotto dall'articolo 1, comma 17 bis, legge 28 giugno 2012, n. 92).

⁽³⁴⁵⁾ Nel caso di lavoratori iscritti nelle liste di mobilità (art. 20, comma 5bis, introdotto dall'articolo 2, comma 142, l. n. 191/2009; in tal caso si deroga all'obbligo di giustificazione anche nel caso di contratti di somministrazione a tempo indeterminato), di soggetti disoccupati percettori dell'indennità di disoccupazione o, in generale, di ammortizzatori sociali, anche in deroga, da almeno sei mesi, o nell'ipotesi di lavoratori svantaggiati o molto svantaggiati secondo le disposizioni europee (art. 20, comma 5ter dell'art. 20, d.lgs. n. 276/03, introdotto dall'art. 4, comma 1, lett. c), decreto legislativo n. 24 del 2 marzo 2012); nelle altre ipotesi sancite dai contratti

divieti posti dall'ordinamento italiano a tutela del buon funzionamento del mercato del lavoro e a difesa del lavoro stabile⁽³⁴⁶⁾.

Più delicata è invece la questione se siano da considerarsi "restrizioni" e, come tali, oggetto della revisione da parte degli Stati o delle parti sociali le disposizioni nazionali che impongono limiti temporali alla missione o restrizioni alla successione di missioni. Rinviando la trattazione specifica di questo aspetto nell'ultimo paragrafo, mi limito per adesso a rilevare che si tratta di norme presenti in alcuni Paesi⁽³⁴⁷⁾ in cui si trova sintetizzato e plasticamente espresso il contrasto tra gli opposti obiettivi della Direttiva: la liberalizzazione del lavoro internale per incentivare l'occupazione, la tutela delle condizioni di lavoro e l'operatività di sistemi antielusivi e di lotta agli abusi.

4. La parità di trattamento tra tendenza uniformante e spirito derogatorio.

Il principio di parità di trattamento, secondo cui le condizioni di base e di lavoro e di occupazione dei lavoratori assunti tramite agenzia interinale devono essere almeno identiche a quelle che si applicherebbero loro se fossero direttamente impiegati dalla stessa impresa per svolgere le medesime mansioni (art. 5, par. 1, comma 1 e *considerando* n. 14), rappresenta il cuore della regolamentazione, il fulcro del dibattito e delle divergenze nelle due fasi di adozione del testo, il muro portante delle condizioni di tutela assicurate ai lavoratori. Il contrasto tra le parti sociali e nel seno del Consiglio sussisteva su vari aspetti; in particolare si discuteva se la parità fosse soltanto sul piano del trattamento economico o anche normativo, se dovesse applicarsi dal primo giorno di missione oppure dopo un certo periodo, se le parti collettive potevano stabilire condizioni in deroga al principio di parità e se era possibile derogare alla parità retributiva nel caso di impiego a tempo indeterminato alle dipendenze dell'agenzia. Si trattava di posizioni discordanti che, di fatto, si sono tramutate in altrettante deroghe al principio della parità sancito dalla Direttiva 104/2008/Ce.

Pur se si utilizza la tecnica della regola e dell'eccezione e si tipizzano gli ambiti della comparazione, il principio della parità di trattamento costituisce un'importante conquista sia perché appare sufficientemente ampio e garantista nella sua formulazione sia perché impatta su una situazione complessiva, normativa e fattuale, caratterizzata da una forte discontinuità di cui, come in precedenza ricordato, è ben consapevole il legislatore europeo (si veda *considerando* n. 10).

Si è detto che la parità di trattamento tra lavoratori dell'utilizzatore e lavoratori dell'agenzia, così come concepita nella fonte sovranazionale, appare abbastanza ampia, poiché si riferisce, in

collettivi nazionali, territoriali e aziendali sottoscritti dalle organizzazioni comparativamente più rappresentative dei datori di lavoro e dei lavoratori (art. 20, comma 5^{quater}, introdotto dall'articolo 4, comma 1, lettera c), del d.lgs. n. 24/2012). Infine la c.d. riforma Fornero attuata dalla legge n. 92 del 2012 ha esteso alla somministrazione di lavoro la regola dell'acausalità del primo contratto a termine di durata non superiore a 12 mesi, concluso fra un datore di lavoro o un utilizzatore e un lavoratore, per lo svolgimento di un qualunque tipo di mansione nel caso di prima missione (art. 1^{bis}, decreto legislativo n. 368 del 6 settembre 2001, introdotto dall'art. 1, comma 9, lett. b, l. 92/2012 e richiamato dall'art. 20, co. 4, d.lgs. n. 276/2003). Per una disamina sui conseguenti problemi interpretativi mi si consenta di rinviare a M.D. FERRARA, *Il lavoro tramite agenzia interinale nell'esperienza europea*, cit., 33 e ss.

⁽³⁴⁶⁾ La legge finanziaria 2010 (art. 2, comma 142, l. n. 191/2009), modificando l'art. 20, comma 5, lett. b), d.lgs. n. 276/2003, ha limitato l'estensione del divieto in virtù del quale è vietato ricorrere alla somministrazione di lavoro nelle imprese che nei sei mesi precedenti hanno effettuato licenziamenti collettivi o sospensioni di orario di lavoro, divieto che ora non si applica per sostituire i lavoratori assenti, per assumere lavoratori in mobilità e nel caso di contratti di somministrazione con durata iniziale inferiore a tre mesi.

⁽³⁴⁷⁾ Come Spagna, Francia, Romania. Sul punto I. SCHÖMANN, C. GUEDES, *Temporary agency work in the European Union. Implementation of Directive 2008/104/EC in the Member States*, cit., 33 e ss.

generale, alle condizioni di base di lavoro e di occupazione previste da disposizioni legislative, regolamentari e amministrative, da contratti collettivi e da altre disposizioni vincolanti di portata generale in vigore presso l'utilizzatore (art. 5, par. 1, comma 1) relativamente alla retribuzione, all'orario di lavoro, al lavoro straordinario, alle pause, ai periodi di riposo al lavoro notturno, alle ferie e ai giorni festivi (art. 3, lett. f). Nonostante si dica che la parità di trattamento riguardi le condizioni di base del lavoratore, frettolosamente nell'articolo sulle definizioni (art. 3, lett. f) se ne precisa però il contenuto, di guisa che appare difficile applicare questo principio a trattamenti non espressamente contemplati in questo elenco.

Nel secondo comma del primo paragrafo dell'articolo 5 alcune condizioni e alcuni obiettivi hanno una tutela rafforzata. Quando si deve proteggere le donne in stato di gravidanza o in periodo di allattamento, i bambini e i giovani, oppure bisogna perseguire la parità tra uomini e donne e ogni azione volta a combattere qualsiasi forma di discriminazione fondata su sesso, razza o origine etnica, religione o convinzioni personali, disabilità, età o tendenze sessuali, il principio di parità di trattamento sancito nel primo comma del paragrafo 1 si applica a tutte le condizioni di lavoro e non soltanto a quelle indicate dall'art. 3, par. 1, lett. f). Diversamente, non si comprenderebbe il senso del secondo comma dell'art. 5, par. 1. Ad eccezione di queste ipotesi, in generale il principio di parità di trattamento è delimitato dall'elenco delle condizioni di impiego ivi indicate e così come è formulato parrebbe⁽³⁴⁸⁾ non risolvere le difficoltà interpretative che animano il dibattito dottrinario e giurisprudenziale nei Paesi in cui la parità, oltre all'aspetto economico, è riferita soltanto a determinati istituti del rapporto di lavoro, come accade ad esempio nell'ordinamento francese e spagnolo⁽³⁴⁹⁾.

A stemperare il possibile rigore di questa elencazione intervengono le successive disposizioni. Credo, infatti, che l'intero Capo II contenga la regola generale nelle sue diverse accezioni e declinazioni. Pur se, per certi aspetti, il principio della parità di trattamento sembra avere una conformazione di un divieto di discriminazione, poiché proibisce le differenziazioni fondate sulla diversa natura del modello di assunzione⁽³⁵⁰⁾, da un'interpretazione sistematica dell'intero Capo II mi sembra che la parità di trattamento sia l'estrinsecazione di un generale principio di eguaglianza sostanziale, connotato non solo dall'imposizione di divieti, ma anche da misure promozionali che gli Stati devono adottare per attuare questo obiettivo. La parità di trattamento non si esplica solo sul piano degli istituti contrattuali, ma ai sensi della Direttiva essa è declinata anche come parità di opportunità. Gli ordinamenti nazionali devono assicurare misure idonee affinché ai lavoratori sia assicurata la possibilità di accedere nell'ambito dell'impresa utilizzatrice alle attrezzature e alle

⁽³⁴⁸⁾ Il condizionale è d'obbligo, anche perché secondo quanto invece si legge nel rapporto del gruppo di esperti della Commissione, redatto come guida per gli Stati nella trasposizione della Direttiva, le condizioni di base di lavoro e di occupazione di cui all'art. 3, par. 1, lett. i) e ii) non costituiscono una lista esaustiva. Si veda EUROPEAN COMMISSION, EMPLOYMENT, SOCIAL AFFAIRS & INCLUSION, REPORT EXPERT GROUP, *Transposition of Directive 2008/104/EC on Temporary agency work*, August 2011.

⁽³⁴⁹⁾ Si pensi, per esempio, al regime applicabile in caso di istituti che prevedono termini di preavviso e al trattamento per malattia e infortunio. Con riferimento alla formulazione della normativa italiana persistono le perplessità correttamente avanzate in dottrina su un possibile contrasto con la fonte europea, in quanto l'art. 23, comma 1, d.lgs. n. 276/2003, continua a subordinare la parità di trattamento ad un giudizio complessivo di equivalenza, mentre la Direttiva richiede un giudizio analitico di identità. Così F. PANTANO, *Il lavoro tramite agenzia interinale*, cit., 596 e P. LAMBERTUCCI, *La Direttiva comunitaria n. 104/2008 relativa al lavoro tramite agenzia interinale*, cit., 410 ed ivi le ulteriori questioni concernenti la compatibilità della norma italiana con la Direttiva.

⁽³⁵⁰⁾ Così L. ZAPPALÀ, *La "flessibilità nella sicurezza" alla prova. Il caso del lavoro temporaneo tra soft law e hard law*, cit., 97.

strutture collettive sempre che non vi siano ragioni oggettive⁽³⁵¹⁾ (art. 6, par. 4, quali i servizi di ristorazione, le infrastrutture di accoglienza dell'infanzia, i servizi di trasporto), affinché i lavoratori in missione abbiano le stesse *chance* di accesso all'impiego stabile, attraverso l'imposizione di obblighi di informazione sull'esistenza di posti vacanti (art. 6, par. 1) e il divieto di meccanismi che limitino o impediscano l'assunzione alle dirette dipendenze dell'utilizzatore (art. 6, par. 2 e 3). La promozione di questi obiettivi può essere affidata anche alle parti sociali, quando si tratta di coinvolgere le agenzie di lavoro interinale al fine di garantire ai lavoratori le stesse opportunità di formazione e l'accesso alle strutture di infanzia anche nei periodi che intercorrono tra una missione e l'altra (art. 6, par. 5, lett. a e b). Questa interpretazione ampia è avvalorata dalla considerazione che la parità di trattamento viene anche declinata sotto il profilo collettivo. Nell'impossibilità di trattare separatamente e compiutamente il tema della rappresentanza di interessi come regolata nella Direttiva 2008/104/Ce (art. 7) a causa dei limiti di spazio assegnati, le cui criticità sono state da me già affrontate in altra sede a cui rinvio⁽³⁵²⁾, va detto che, nonostante la complessiva scarsa considerazione delle dinamiche collettive sottese al lavoro tramite agenzia interinale⁽³⁵³⁾, il riconoscimento delle istanze rappresentative costituisce un'importante conquista e un'occasione da non perdere al fine di favorire il radicamento e la diffusione di una cultura delle pari opportunità in favore dei lavoratori in missione. La bontà di queste norme si apprezza non tanto sotto il profilo della promozione degli interessi collettivi, poiché si contemplanò scarni rimedi per colmare il congenito *deficit* di rappresentanza di questa categoria di lavoratori nei luoghi di lavoro, ma piuttosto sul piano della promozione delle istanze paritarie.

Nella lunga gestazione della Direttiva non è stata casuale, a mio avviso, la decisione di mutare la definizione da divieto di non discriminazione, contenuto nell'originaria bozza del 2002, in principio di parità di trattamento, quasi a volere rimarcare una visione più ampia degli obiettivi, repressivi ma allo stesso tempo promozionali, sottesi alle altre norme che traducono nelle diverse accezioni il generale principio di cui all'art. 5, par. 1.

Nella trasposizione interna il contenuto di questi ulteriori obblighi può dare luogo a non poche criticità. Nell'impossibilità di trattare in modo approfondito tutti i profili problematici di cui Capo II della Direttiva, qui mi limito a esaminare alcune criticità. Mi riferisco, in particolare, alla disposizione italiana che consente di derogare al divieto di clausole che vietano o impediscono l'assunzione del lavoratore presso l'utilizzatore al termine della missione se al lavoratore viene corrisposta un'adeguata indennità (art. 23, comma 9, d.lgs. 276/2003)⁽³⁵⁴⁾. Nella Direttiva, infatti, non pare esserci una facoltà di deroga sul punto anche in considerazione della funzione promozionale della parità di accesso al lavoro stabile che questa norma esplica, come ho appena ricordato.

⁽³⁵¹⁾ Le ragioni oggettive possono a mio avviso essere l'anzianità di servizio oppure, come accade nell'ordinamento italiano, anche la condizione dell'affiliazione ad associazioni o a società cooperative (art. 23, co. 4, d.lgs. n. 276/2003), poiché in questa ultima ipotesi si collega il beneficio ad una precisa scelta volontaristica che in assenza fa venire meno anche il beneficio stesso. In senso contrario ossia dell'incompatibilità di questa norma con il diritto europeo si veda P. LAMBERTUCCI, *La Direttiva comunitaria n. 104/2008 relativa al lavoro tramite agenzia interinale*, cit., 414.

⁽³⁵²⁾ M.D. FERRARA, *Il lavoro tramite agenzia interinale nell'esperienza europea*, cit., 160 e ss.

⁽³⁵³⁾ Per una visione critica si veda anche F. PANTANO, *Il lavoro tramite agenzia interinale*, cit., 588 e P. LAMBERTUCCI, *La Direttiva comunitaria n. 104/2008 relativa al lavoro tramite agenzia interinale*, cit., 416.

⁽³⁵⁴⁾ Per un'ampia e particolareggiata ricostruzione in merito rinvio integralmente a P. LAMBERTUCCI, *La Direttiva comunitaria n. 104/2008 relativa al lavoro tramite agenzia interinale*, 413 e ss.

Dubbi di compatibilità con il modello europeo possono essere avanzati anche con riferimento alla disciplina inglese. Nell'ambito delle clausole che l'agenzia e l'utilizzatore possono liberamente concordare spicca il fenomeno del *transfer fee*. Era molto diffusa la prassi secondo cui il datore di lavoro utilizzatore, quando al termine del contratto commerciale assumeva il lavoratore direttamente (*temp-to-perm transfer*) o per mezzo di un'altra agenzia (*temp-to-temp transfer*), doveva pagare un corrispettivo all'agenzia con cui aveva stipulato la prima pattuizione commerciale. Successivamente questo fenomeno è stato disciplinato, stabilendo dei vincoli: all'utilizzatore deve essere data la possibilità di scegliere, alla scadenza del contratto, tra il prolungamento della missione per un periodo predefinito o il pagamento del corrispettivo. L'agenzia può addebitare il *transfer fee* solo se l'utilizzatore riassume il lavoratore entro 8 settimane dalla fine della missione o entro 14 settimane dell'inizio della missione. Trascorso un periodo superiore, possono essere attuate le operazioni di *transfer* senza che all'utilizzatore sia addebitato il costo del corrispettivo. Nonostante l'apprezzabile sforzo del legislatore inglese di regolare questo aspetto della relazione triangolare, si registra l'assenza di qualsivoglia regolamentazione in materia di durata della proroga o di limiti all'ammontare del *transfer fee*: queste questioni sono liberamente concordate dalle parti⁽³⁵⁵⁾. Mi sembra alquanto evidente che le clausole di *transfer fee* hanno l'effetto di scoraggiare l'assunzione di questi lavoratori al termine della missione da parte delle imprese utilizzatrici e, pertanto, potrebbero essere in contrasto con quanto stabilito nella fonte sovranazionale.

4.1. Le deroghe alla parità di trattamento.

La tendenza all'uniformità di trattamento in favore dei lavoratori in missione che complessivamente traspare dal Capo II della Direttiva subisce una drastica battuta d'arresto con l'introduzione di tre tipologie di deroghe al principio di cui all'art. 5, par. 1. Questo aspetto è stato controverso in sede di gestazione e resta tale anche in sede di trasposizione della fonte europea. Ad eccezione di pochi Stati membri⁽³⁵⁶⁾, negli altri Paesi⁽³⁵⁷⁾ esistono deroghe al principio di parità di trattamento oppure sono ancora in corso serrate trattative proprio su questo tema.

Preliminarmente va posto in evidenza che nel testo della Direttiva sono diventate "deroghe" le posizioni dei Paesi che hanno osteggiato il contenuto del principio della parità di trattamento.

La prima deroga è sancita dall'art. 5, par. 2 (in tal senso anche il *considerando* n. 15), in virtù della quale gli Stati membri possono, previa consultazione delle parti sociali, stabilire una deroga al principio di eguale trattamento nel caso in cui i lavoratori impiegati con un contratto a tempo indeterminato da un'agenzia interinale continuino a essere retribuiti nel periodo che intercorre tra una missione e l'altra. Si tratta della c.d. *German derogation*, poiché riproduce la posizione

⁽³⁵⁵⁾ Si veda *regulation 10 Conduct of Employment Agencies and Employment Business Regulations* del 2003.

⁽³⁵⁶⁾ A esempio, Belgio, Polonia, Slovenia, Repubblica Ceca, Spagna, Francia, Lussemburgo. Si veda I. SCHÖMANN, C. GUEDES, *Temporary agency work in the European Union. Implementation of Directive 2008/104/EC in the Member States*, cit., 37.

⁽³⁵⁷⁾ A titolo esemplificativo Regno Unito, Germania, Irlanda, Portogallo, Paesi Bassi, Germania, Austria, Svezia, Italia. Per alcuni ordinamenti le informazioni sono lacunose, poiché, pur se formalmente viene recepito il principio della parità di trattamento, nella pratica esso è di difficile attuazione. Come rilevato nel prezioso studio comparato di I. SCHÖMANN, C. GUEDES, *Temporary agency work in the European Union. Implementation of Directive 2008/104/EC in the Member States*, cit., 41, nelle Repubbliche baltiche l'ammontare della retribuzione è un dato riservato e, quindi, non accessibile alle agenzie di lavoro interinale che di fatto potrebbero trovarsi a non sapere come effettivamente attuare questa regola.

della Germania sostenuta durante le trattative⁽³⁵⁸⁾. Dalla lettera di questa norma mi sembrano chiari due elementi: la deroga si applica solo al trattamento economico e solo se nei periodi di intervallo tra diverse missioni il lavoratore percepisce una retribuzione. In questi periodi resta fermo, a mio avviso, l'obbligo di rispettare la parità di trattamento in relazione agli altri profili delle condizioni di base e di lavoro. È chiaro che se si aderisce all'interpretazione dell'eshaustività della lista di cui all'art. 3, par. 1, lett. f), questa interpretazione potrebbe avere scarsa rilevanza, poiché nei periodi di inattività non si porrebbe il problema di assicurare la parità di trattamento con riferimento all'orario di lavoro, alle ore di lavoro straordinario, alle pause, ai periodi di riposo, al lavoro notturno, alle ferie e ai giorni festivi. La perdurante parità con riferimento alle altre condizioni di lavoro e d'occupazione in assenza missioni potrebbe avere una maggiore rilevanza se si considera non esaustiva l'elencazione delle condizioni indicate nell'art. 3, par. 1, lett. f): in tal caso dovrebbe valere il principio della parità negli intervalli di inattività in relazione a tutte le altre condizioni non contemplate nella lista, ma integranti il trattamento normativo goduto presso l'ultimo utilizzatore. In secondo luogo, si pone il problema dell'eventuale compatibilità con il testo della Direttiva delle norme nazionali che stabiliscono, in luogo della retribuzione, un'indennità o una retribuzione ridotta nell'intervallo tra diverse missioni.

La Direttiva parla di retribuzione e ciò dovrebbe indurre a pensare che la deroga sia possibile solo se al lavoratore inattivo sia corrisposta un trattamento retributivo e non una mera indennità quantitativamente inferiore a quella percepita durante la missione⁽³⁵⁹⁾. Credo, tuttavia, che proprio l'assenza di parametri e la semplice indicazione di una retribuzione, intesa in generale come trattamento economico, possa far pensare che siano compatibili le scelte adottate dalle legislazioni nazionali in cui il lavoratore in attesa di missione percepisce una retribuzione o un'indennità inferiore o in percentuale rispetto al trattamento ricevuto in missione⁽³⁶⁰⁾. Questa interpretazione mi sembra quella che maggiormente considera, da un lato, l'esigenza di non scoraggiare la creazione di lavoro stabile e, dall'altro, l'assenza della prestazione lavorativa in corrispondenza di una controprestazione economica nel periodo di inattività tra successive missioni.

La seconda deroga, nota anche come *Nordic derogation*, sancita dall'art. 5, paragrafi 4 e 5 (ma anche i *consideranda* 16 e 17), contempla la possibilità per gli Stati, previa consultazione delle parti sociali, di affidare ai contratti collettivi o, in assenza di un sistema che conferisca ai contratti efficacia generalizzata, di provvedervi direttamente, la possibilità di individuare modalità alternative al principio di parità di trattamento di cui al paragrafo 1 del medesimo articolo 5. La possibilità di deroga, tuttavia, deve garantire la "protezione globale del lavoratore". La deroga si applica a tutte le condizioni di base e di occupazione sancite dalla Direttiva e non solo al trattamento retributivo come nel caso della *German derogation*. L'ampiezza di questa deroga dipende dalla

⁽³⁵⁸⁾ Questa definizione è usata da T. VAES, T. VANDENBRANDE, *Implementing the new temporary agency work Directive*, cit., 8. Va segnalato che la stessa deroga viene chiamata nel Regno Unito *Swedish derogation*, come anche ho indicato in un altro mio scritto più volte citato in questo contributo.

⁽³⁵⁹⁾ In tal senso F. PANTANO, *Il lavoro tramite agenzia interinale*, cit., 580 e P. LAMBERTUCCI, *La Direttiva comunitaria n. 104/2008 relativa al lavoro tramite agenzia interinale*, cit., 411.

⁽³⁶⁰⁾ Ad esempio Irlanda e Regno Unito. In questo ultimo ordinamento, infatti, è stata recentemente stabilita un'indennità in favore degli *agency workers* che stipulano un *permanent contract* con l'agenzia (reg. 10 (1) (c) (iii), *Agency Workers Regulations* del 2010). Questa indennità non può essere inferiore al 50% del trattamento economico percepito dal lavoratore nelle 12 settimane che precedono la fine della missione, se la sua durata è superiore alle 12 settimane, oppure non può essere inferiore al 50% del trattamento economico percepito durante la missione nel caso in cui questa ultima abbia una durata pari o inferiore a 12 settimane (reg. 11 (2), *Agency Workers Regulations* del 2010).

portata che viene attribuita all'obbligo di garantire una protezione globale dei lavoratori, costituendo, questa ultima precisazione, una "restrizione" alla deroga al fine di arginare prassi abusive.

Da una piana lettura della norma che tenga in debito conto la funzione di questa restrizione e che eviti di confinarla al piano della retorica giuridica, ritengo che le modalità alternative non possano comportare una deroga a tutte le condizioni di base di lavoro e di occupazione, ma si dovrà articolare la disciplina derogatoria nell'ambito dei singoli istituti e profili del contratto o del rapporto di lavoro, dovendo rispettare il livello globale di protezione: resta preclusa, a mio avviso, una deroga *in toto* al trattamento riservato ai lavoratori in missione in virtù del principio di eguale trattamento, prevalendo la dimensione paritaria rispetto a quella derogatoria. Non si ignora, tuttavia, che la formulazione della norma possa prestarsi ad opposte interpretazioni. Nei Paesi in cui manca un sistema che conferisca ai contratti efficacia generalizzata, il funzionamento di questa deroga appare più restrittivo in forza del rinvio ad un accordo con le parti sociali soltanto a livello nazionale⁽³⁶¹⁾. Non si trovano, invece, riferimenti al livello di contrattazione nel paragrafo 3 dell'art. 5, dove anzi si rinvia al "livello appropriato" la scelta degli Stati di demandare la concreta operatività del regime in deroga.

La terza e ultima deroga, la c.d. *British derogation*, contemplata nell'art. 5, par. 4, co. 2, ultimo periodo, consente che le modalità alternative possano consistere in un periodo di attesa per il conseguimento della parità di trattamento.

Da una prima ricognizione dello stato di attuazione delle deroghe al principio di parità di trattamento può rilevarsi che in alcuni Paesi, come la Germania e il Regno Unito, di fatto è attuata soltanto la deroga e non il principio generale con la facoltà di derogare ad esso in talune limitate circostanze.

Pur se per mezzo delle riforme *Hartz* del 2003 si introduce il principio della parità di trattamento in favore dei lavoratori in missione, la legge recepisce dalla bozza di Direttiva del 2002 la possibilità per i contratti collettivi di derogare a questo principio senza limiti, ossia senza sancire meccanismi in grado di salvaguardare il livello globale di protezione dei lavoratori⁽³⁶²⁾. Questa disposizione ha dato avvio in Germania ad una storia di contrattazione collettiva che è stata definita "pietosa"⁽³⁶³⁾, poiché è prevalsa una contrattazione di settore molto deregolativa con riferimento

⁽³⁶¹⁾ Si pone in proposito il problema della compatibilità dell'ordinamento italiano al dettato della Direttiva, laddove sancisce che i contratti collettivi applicati nell'impresa utilizzatrice possono stabilire le modalità ed i criteri per la determinazione e la corresponsione della retribuzione variabile connessa ai risultati produttivi raggiunti, concordati tra le parti o collegati all'andamento economico dell'impresa (art. 23, co. 4, d.lgs. n. 276/2003). Si tratta di una deroga in favore della contrattazione collettiva di qualsiasi livello senza rispettare il vincolo di consultazione e di accordo con le parti sociali a livello nazionale sancito in Direttiva. In tal senso F. PANTANO, *Il lavoro tramite agenzia interinale*, cit., 597 e P. LAMBERTUCCI, *La Direttiva comunitaria n. 104/2008 relativa al lavoro tramite agenzia interinale*, p. 410. È stata abolita, invece, la deroga al principio di parità di trattamento stabilita nei riguardi dei cosiddetti lavoratori "svantaggiati" al fine di incentivare l'assunzione e l'inserimento nel mercato del lavoro di queste categorie (art. 1, comma 10, lett. c), l. n. 92/2012).

⁽³⁶²⁾ Si veda § 3(1) n. 3 e § 9 n. 2, *Arbeitnehmerüberlassungsgesetz – AÜG*. In merito B. WAAS, *A quid pro quo in temporary agency work: abolishing restrictions and establishing equal treatment. Lessons to be learned from European and German labor law?*, in *Comparative Labor Law & Policy Journal*, 2012, n. 1, 47.

⁽³⁶³⁾ L'espressione in virgolette è di M. FUCHS, *Il ruolo del diritto del lavoro e della sicurezza sociale nella crisi economica. L'esperienza tedesca*, Relazione AIDLASS, Bologna 16/17 maggio 2013, in www.aidlass.it.

ai livelli retributivi e alle condizioni di lavoro, a cui tra l'altro anche le grandi Confederazioni si sono adeguate, sicché ad oggi il principio di parità di trattamento resta appunto inattuato.

Parimenti nel Regno Unito nelle *Agency Workers Regulations* del 2010 si stabilisce il diritto degli *agency workers* alla parità di trattamento rispetto ai lavoratori alle dirette dipendenze dell'utilizzatore in relazione alle condizioni di impiego e di lavoro (reg. 5 (1)), ma ciò dal primo giorno di missione soltanto con riferimento al godimento delle strutture e delle attrezzature collettive (quali la mensa, l'asilo nido e i servizi di trasporto, reg. 12) e all'informazione sull'esistenza di posti vacanti nell'impresa utilizzatrice (reg. 13)⁽³⁶⁴⁾. In relazione, invece, al trattamento retributivo e normativo sussiste il diritto dei lavoratori in missione alla parità di trattamento soltanto dopo 12 settimane di lavoro presso lo stesso utilizzatore e nelle stesse mansioni (a *12 week qualifying period*, reg. 7 (1) (2)). La scelta di sottoporre a questa condizione l'operatività del principio dell'eguale trattamento è chiaramente finalizzata ad agevolare la conclusione di contratti di lavoro temporaneo di durata breve, molto diffusi nel Regno Unito, evitando di imporre in questi casi il costoso onere della parità. Sul piano interpretativo non mancano dubbi circa la portata del regime vigente nell'ordinamento inglese⁽³⁶⁵⁾. Il periodo di attesa come disciplinato nelle *Regulations* del 2010 costituisce il principio generale che si applica a tutti gli *agency workers* e non la deroga per alcune ipotesi, sicché può essere un regime che stride con le finalità "antidiscriminatorie" della Direttiva.

Pur non ignorando che i paragrafi 2, 3 e 4 della Direttiva possono essere interpretati non come deroghe ma come differenti declinazioni del principio di parità, ritengo, infatti, che la possibilità concessa agli Stati di fissare modalità alternative alla parità di trattamento resta una facoltà in deroga al principio generale e in quanto tale dovrebbe essere riferita, a mio avviso, ad ipotesi circoscritte.

5. La prevenzione degli abusi e le missioni successive: la sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea *Della Rocca*.

Il tema della prevenzione degli abusi, soprattutto in relazione alle ipotesi di missioni successive, riveste un ruolo apparentemente da comparsa nella Direttiva 2008/104/Ce, ma può, in realtà, assumere in futuro la parte da protagonista.

L'art. 10, paragrafi 1 e 2, impone agli Stati membri l'obbligo, presente in molte direttive, di adottare misure idonee a garantire il corretto adempimento degli obblighi prescritti, attraverso adeguate procedure amministrative e giudiziarie, nonché un regime sanzionatorio che sia effettivo, proporzionato e dissuasivo (si veda anche *considerando* n. 21).

È stato al riguardo detto che l'articolo in questione sanziona l'abusivo utilizzo del lavoro interinale, da parte di soggetti non autorizzati, in deroga alle ipotesi di ricorso all'istituto previste dalla legge e alle norme di garanzia dei diritti dei lavoratori⁽³⁶⁶⁾. In merito, tuttavia, va detto che la Direttiva non disciplina i requisiti in materia di registrazione, autorizzazione, certificazione, garanzia finanziaria o controllo delle agenzie, essendo questi profili anche esclusi dalla disposizione in materia

⁽³⁶⁴⁾ Si veda A. DAVIES, *The implementation of the Directive on temporary agency work in the UK: a missed opportunity*, in *European Labour Law Journal*, 2010, n. 3, 307 e ss.

⁽³⁶⁵⁾ In proposito mi si consenta di rinviare a M.D. FERRARA, *Il lavoro tramite agenzia interinale nell'esperienza europea*, cit., 141 ss.

⁽³⁶⁶⁾ Si confronti P. LAMBERTUCCI, *La Direttiva comunitaria n. 104/2008 relativa al lavoro tramite agenzia interinale*, cit., 419.

di revisione delle restrizioni all'uso del lavoro interinale (art. 4, par. 4). Il regime sanzionatorio e le procedure amministrative/giudiziarie non si riferiscono a questo profilo, ma credo riguardino la parità di trattamento, nella sua ampia accezione come sopra indicata, e il problema della prevenzione degli abusi in relazione alle missioni successive, aspetto questo che, anche se un po' celato nel paragrafo 5 dell'art. 5, costituisce un'importante finalità della fonte sovranazionale. Non credo che questo articolo sia un residuo delle precedenti versioni della Direttiva⁽³⁶⁷⁾, poiché, come già detto, il paragrafo 5 nella sua attuale formulazione è stato inserito *ex novo* in occasione delle trattative tra gli Stati per l'adozione di un testo condiviso culminate con l'approvazione della posizione comune nell'ambito del Consiglio dell'Unione Europea del 9/10 giugno 2008⁽³⁶⁸⁾. Pur se infelice nella sua collocazione, il significato dell'articolo 5, paragrafo 5, mi sembra tutt'altro che oscuro⁽³⁶⁹⁾, soprattutto se letto in combinato con l'art. 10 della Direttiva.

Gli Stati devono sancire strumenti adeguati per prevenire l'abuso nel caso di missioni successive, stabilendo anche idonee sanzioni nel caso di violazione di questo regime restrittivo, al fine non solo di eludere il principio di parità di trattamento attraverso un uso distorto delle deroghe, ma anche al fine di rispettare il regime e le condizioni minime di protezione sancite dalla Direttiva. Ciò ovviamente non vuol dire che si proibisce la successione di missioni, ma si impone che i Paesi membri stabiliscano meccanismi di governo, al fine di evitare che una persona assunta nell'ambito di un rapporto di lavoro interinale sia mantenuta troppo a lungo in una situazione precaria e di maggiore fragilità. Nei Paesi in cui, ad esempio, si deroga al principio di parità imponendo un certo periodo di attesa⁽³⁷⁰⁾ potrebbe essere incompatibile con la Direttiva la mancata previsione di misure che tutelino i lavoratori nel caso di missioni inferiori al periodo di attesa e, dunque, esenti dall'obbligo della parità, ma che si ripetono frequentemente e abitualmente, con l'effetto di non garantire in concreto l'eguale trattamento.

Allo stesso modo difficilmente potrebbero superare il vaglio di compatibilità con l'art. 5, par. 5, le normative nazionali che non regolamentano il fenomeno delle missioni successive. Questo aspetto interessa particolarmente l'Italia, dove, a differenza di altri Paesi⁽³⁷¹⁾, come è noto, non esistono disposizioni legislative disciplinanti la successione di missioni, mancando nel decreto legislativo n. 276/2003 non solo norme che governano la successione di contratti di somministrazione a tempo determinato, intercorrenti tra l'impresa fornitrice e il medesimo utilizzatore, ma anche l'ipotesi, peraltro assai frequente nella pratica, di successione di distinti contratti per prestazioni di lavoro in somministrazione a termine stipulati dall'impresa fornitrice e dal lavoratore.

Né possono essere adattati i principi sanciti per i contratti a tempo determinato. Nell'estendere la disciplina del lavoro a termine ai contratti di lavoro a tempo determinato in somministrazione

⁽³⁶⁷⁾ Così F. PANTANO, *Il lavoro tramite agenzia interinale*, cit., 585.

⁽³⁶⁸⁾ Mette in risalto questa novità il comunicato stampa relativa alla seduta del Consiglio in esame (si veda il comunicato stampa C/08/166 in http://europa.eu/rapid/press-release_PRES-08-166_it.htm?locale=FR).

⁽³⁶⁹⁾ Parla di disposto "oscuro" P. LAMBERTUCCI, *La Direttiva comunitaria n. 104/2008 relativa al lavoro tramite agenzia interinale*, cit., 412.

⁽³⁷⁰⁾ È questo il caso del Regno Unito, anche se nelle *Agency Workers Regulations* del 2010 sono state sancite modalità di calcolo del *qualifying period* a tutela di talune situazioni protette come, ad esempio, la gravidanza o la malattia. Sul punto A. DAVIES, *The implementation of the Directive on temporary agency work in the UK: a missed opportunity*, cit., 314. Più in generale E. MCGAUGHEY, *Should agency workers be treated differently?*, in *Law Society Economy Working Papers*, w.p. n. 7, 2010, in www.lse.ac.uk.

⁽³⁷¹⁾ Ad esempio, Francia, Spagna, Lussemburgo, Romania dove si stabiliscono limiti di durata delle missioni oppure vincoli alle ipotesi di successione. Per una visione generale I. SCHÖMANN, C. GUEDES, *Temporary agency work in the European Union. Implementation of Directive 2008/104/EC in the Member States*, cit., 34.

il legislatore del 2003 ha precisato che sono escluse le norme che regolano la successione di contratti ai sensi dell'art. 5, commi 3 e seguenti del decreto n. 368/2001 (art. 22, co. 2, del d.lgs. n. 276/2003), sempre che il contratto di lavoro in somministrazione non rientra nell'ambito di una successione di contratti a termine. In tal caso è prevista una durata massima complessiva di trentasei mesi riferita, a prescindere dagli intervalli, a tutti i contratti a termine, comprensivi di proroghe e rinnovi, anche se svolti in regime di somministrazione, intercorsi ovviamente con lo stesso datore di lavoro e per lo svolgimento di mansioni equivalenti, a pena di conversione automatica in contratto a tempo indeterminato (art. 5, co. 4bis, d.lgs. n. 368/2001). Affinché si applichi il meccanismo restrittivo del limite massimo di 36 mesi non sono sufficienti solo periodi di somministrazione, ma occorre almeno un periodo di lavoro a termine, poiché questo limite riguarda il lavoro a termine e non anche la somministrazione, permanendo, dunque, una sostanziale carenza di regole per prevenire abusi nel caso di successione di diversi contratti di lavoro in somministrazione.

Né questa lacuna può essere colmata dalle norme della contrattazione collettiva⁽³⁷²⁾, trattandosi di meccanismi sanzionatori che non hanno una portata generale in quanto previsti da fonti collettive e che, pertanto, non risolvono il problema della compatibilità della normativa italiana con quanto prescritto dalla fonte europea.

La regolazione del fenomeno delle missioni successive in funzione antiabusiva conduce a mio avviso anche ad un'altra conclusione. Seppure dal tenore della fonte sovranazionale si può escludere l'esistenza del limite della temporaneità delle esigenze giustificatrici quale elemento caratterizzante della fattispecie⁽³⁷³⁾, la necessità di evitare abusi nella successione di missione inevitabilmente comporta anche che l'esigenza a fondamento del ricorso alla somministrazione di lavoro debba essere temporanea quando riguarda lo stesso lavoratore e le stesse mansioni e quando lo svolgimento della missione coincide per intero con la prestazione lavorativa pattuita nel contratto di lavoro a termine in somministrazione. Ciò vuol dire che il dibattito sulla temporaneità delle esigenze che legittimano la somministrazione di lavoro a tempo determinato, accesosi soprattutto in alcuni Paesi come l'Italia⁽³⁷⁴⁾, potrebbe trovare una soluzione nel senso appena descritto se si tengono in debito conto le norme della Direttiva. Il controllo sulla temporaneità delle giustificazioni è, quindi, compatibile con la normativa europea, poiché è in ogni caso uno strumento di contrasto agli abusi in vista di garantire il buon funzionamento del mercato del lavoro, obiettivo, questo, espressamente tutelato e che anzi eccezionalmente legittima restrizioni nell'uso del contratto (art. 4, par. 1, Direttiva 2008/104/Ce).

La valorizzazione dell'art. 5, par. 5, in funzione antielusiva pare oggi una scelta necessaria data anche la recente posizione assunta dalla Corte di Giustizia dell'Unione europea in materia di applicazione della Direttiva 1999/70/Ce sul contratto a tempo determinato ai lavoratori assunti tramite agenzia interinale. Si tratta della pronuncia dell'11 aprile 2013 relativa alla causa C-290/12, *Della Rocca contro Poste Italiane S.p.A.*

⁽³⁷²⁾ Si veda, ad esempio, i meccanismi di stabilizzazione sanciti dal Contratto Collettivo Nazionale delle Agenzie di somministrazione di lavoro del 24 luglio 2008 (art. 43, co. 2).

⁽³⁷³⁾ In tal senso F. PANTANO, *Il lavoro tramite agenzia interinale*, cit., 595.

⁽³⁷⁴⁾ Sul punto mi permetto di rinviare a M.D. FERRARA, *Il lavoro tramite agenzia interinale nell'esperienza europea*, cit., 17 e ss.

Poiché *ratione temporis* la fattispecie controversa non può essere risolta con i principi della Direttiva del 2008, i giudici di Lussemburgo affermano che i rapporti di lavoro a tempo determinato di un lavoratore interinale messo a disposizione di un'impresa utilizzatrice da un'agenzia di lavoro non rientrano nell'ambito di applicazione della Direttiva 1999/70/Ce e del relativo accordo quadro. La pronuncia origina dalla domanda di pronuncia pregiudiziale proposta alla Corte ai sensi dell'art. 267 TfUE dal Tribunale di Napoli e avente ad oggetto, in primo luogo, la questione dell'estendibilità del campo di applicazione della Direttiva 1999/70/Ce anche ai rapporti di lavoro a termine tra i lavoratori somministrati e l'agenzia di somministrazione ovvero al rapporto tra l'agenzia e l'utilizzatore. Nell'ordinanza di remissione, inoltre, il Tribunale di Napoli rimetteva alla Corte la doppia delicata questione di vagliare la compatibilità con la disciplina europea sul contratto a termine (in particolare con la clausola 5, comma 1, lett. a) della norma che consente l'apposizione del termine e la sua reiterazione sulla base delle esigenze generali dell'utilizzatore, slegate dallo specifico rapporto di lavoro, e del meccanismo secondo cui le conseguenze dell'abuso sono poste a carico dell'utilizzatore che resta soggetto terzo.

Su questi ultimi due aspetti, che rappresentano il cuore del regime restrittivo sotto il profilo causale del contratto di somministrazione a termine e del relativo apparato sanzionatorio, purtroppo, i giudici non si sono pronunciati, avendo statuito che la Direttiva in tema di contratto a termine non si applica al lavoro interinale e ritenendo, dunque, superfluo pronunciarsi sulle altre questioni contenute nell'ordinanza di remissione. Nella sentenza *Della Rocca* traspare un certo *self-restraint* a intervenire sulla materia, non solo in relazione all'esito della decisione ma anche perché, data l'inapplicabilità *rationes temporis* della Direttiva 2008/104/Ce, non vi è in sentenza alcun riferimento, neanche per inciso, agli strumenti antielusivi per contrastare l'abusiva reiterazione di missioni successive, tra cui l'art. 5, par. 5, in essa contenuti.

Nel merito poi la Corte si limita ad applicare una stretta interpretazione letterale della Direttiva del 1999 e del relativo accordo quadro. Sia nel preambolo dell'accordo quadro sul lavoro a termine sia nella clausola 3, punto 1, si afferma che soltanto il rapporto di lavoro concluso direttamente con il datore di lavoro rientra nell'ambito di applicazione di tale accordo quadro. Del resto, osserva la Corte, quando il legislatore ha inteso operare un'estensione delle norme anche ai lavoratori assunti tramite agenzia di lavoro interinale, ciò è stato fatto espressamente (Direttive 96/71/Ce sul distacco dei lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi e 91/383/Cee in materia di salute e sicurezza dei lavoratori aventi un rapporto di lavoro a tempo determinato o un rapporto di lavoro interinale. Nonostante i riferimenti letterali richiamati dalla Corte, qualche considerazione in merito può essere svolta.

Il campo di applicazione dell'accordo quadro (clausola 2, punto 1) viene delimitato solo in relazione ai lavoratori a tempo determinato con un contratto di assunzione o un rapporto di lavoro disciplinato dalla legge, dai contratti collettivi o dalla prassi in vigore di ciascuno Stato membro. Rileva, quindi, solo l'esistenza di un contratto o di un rapporto a termine, non essendoci alcuna espressa esclusione dei lavoratori a tempo determinato dell'agenzia interinale. Quando, invece, al punto 2 della clausola 2, si è voluto dare la possibilità agli Stati di stabilire eccezioni in relazione ad alcune categorie di contratti o di rapporti, ciò è stato fatto espressamente: nell'elenco, infatti, non compaiono i lavoratori a tempo determinato dell'agenzia, ma solo i rapporti di formazione, di inserimento, di riqualificazione professionale e di apprendistato.

Ma vi è di più. L'attrazione del contratto a termine del lavoratore assunto dall'agenzia nella disciplina legale del contratto a tempo determinato *tout court* viene fatta dallo stesso legislatore

italiano che, come è noto, rinvia per la disciplina del contratto di lavoro a tempo determinato alle norme sul contratto a termine di cui al d.lgs. n. 368/2001 in quanto compatibili.

Pur riconoscendo l'oggettiva complessità dei quesiti posti nell'ordinanza di remissione del Tribunale di Napoli sulla legittimità e sul modo per adattare il contenuto dell'accordo quadro sul lavoro a termine alla fattispecie della somministrazione, mi sembra che la Corte abbia scelto la strada meno impegnativa sul piano interpretativo, che tuttavia non tiene in conto che l'ordinamento italiano appresta una disciplina più favorevole con riferimento al campo di applicazione delle norme in materia di contratto a termine, ambito esteso anche al contratto di lavoro in somministrazione. La trasposizione nell'ordinamento interno delle conclusioni a cui sono giunti i giudici in questa pronuncia potrebbe costituire un regresso rispetto alla disciplina vigente nell'ordinamento interno e probabilmente in contrasto con la clausola 8 del più volte menzionato accordo quadro. Ciò a maggiore ragione se si considera che è in atto nell'ordinamento italiano un progressivo processo di osmosi tra le due tipologie contrattuali: si pensi ad esempio all'ipotesi del contratto a termine acausale (art. 1, comma 1bis, d.lgs. n. 368/2001) o, come già ricordato, alla previsione dei limiti alla successione dei contratti a termine (art. 5, comma 4bis, d.lgs. n. 368/2001). Si tenta in questo modo di rendere compatibile la disciplina del contratto a tempo determinato con il rapporto di servizio tra lavoratore somministrato a tempo determinato e l'impresa utilizzatrice⁽³⁷⁵⁾.

Sebbene nella sentenza *Della Rocca* la Corte ridimensioni la portata delle conclusioni espresse nell'ordinanza *Briot* del 15 settembre 2010, C-386/09, i giudici compiono un evidente passo indietro nella definizione delle tutele dei lavoratori a tempo determinato assunti dalle agenzie di lavoro interinale rispetto alle posizioni in precedenza assunte, avendo invece paventato nella citata ordinanza, anche se per inciso, che il lavoratore interinale avrebbe potuto beneficiare di altre disposizioni del diritto dell'Unione contro l'abusivo ricorso a una successione di contratti di lavoro a tempo determinato, tra cui la Direttiva 1999/70/Ce (punto 36 della citata ordinanza *Briot*).

Si tratta di un passo indietro che preoccupa soprattutto in vista della probabile futura chiamata in causa della Corte di Giustizia in merito al contenuto e alla portata vincolante dell'art. 5, par. 5, della Direttiva 2008/104/Ce.

⁽³⁷⁵⁾ In tal senso V. DE MICHELE, *Il contratto a tempo determinato*, in M. CINELLI, G. FERRARO, O. MAZZOTTA (a cura di), *Il nuovo mercato del lavoro. Dalla riforma Fornero alla legge di stabilità 2013*, Giappichelli, Torino, 2013. Sulle relazioni tra le due discipline si veda anche V. DE STEFANO, *La nuova Direttiva sul "lavoro tramite agenzia interinale" e le ragioni giustificatrici del ricorso alla somministrazione di lavoro: una comparazione con la disciplina del lavoro a termine*, in *ADL*, 2010, n. 4-5, 893.

La razionalità pratica dell'art. 19 st. lav. e la democrazia industriale*

Vincenzo Bavaro

1. Il criterio giuridico-costituzionale dell'art. 19 St. lav.: il consenso rappresentativo	143
2. Interpretazione letterale, costituzionalmente orientata, costituzionalmente giusta	145
3. Diritto costituzionale e <i>razionalità pratica</i> delle relazioni industriali	148
4. La <i>razionalità pratica</i> della legislazione sindacale di sostegno: democrazia industriale	150
5. La <i>razionalità pratica</i> della «partecipazione alla negoziazione»	152

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 184/2013

1. Il criterio giuridico-costituzionale dell'art. 19 St. lav.: il consenso rappresentativo

La vicenda giudiziaria che è all'origine della sentenza della Corte costituzionale n. 231/2013 è nota e ampiamente analizzata nel dibattito politico e scientifico in tutti i suoi aspetti, sicché non è il caso di tornare ad analizzarla nei dettagli, pur importanti. Riepilogando in estrema sintesi, accade che a un certo momento l'art. 19 st. lav. (ma anche altre norme legali e contrattuali che utilizzano lo stesso criterio selettivo³⁷⁶) viene applicato in modo tale da non riconoscere la costituzione di r.s.a. ai sindacati che, seppur (maggiormente) rappresentativi, non siano firmatari di contratti collettivi applicati nell'unità produttiva.

Pur pronunciandosi sull'esclusione del sindacato dei metalmeccanici della Cgil dalle aziende del Gruppo Fiat, trattandosi di decine di ordinanze di Tribunale, siamo di fronte a due tendenze giurisprudenziali a carattere generale diametralmente opposte: da una parte, si ritiene che l'art. 19 st. lav. non possa pregiudicare il diritto di costituire r.s.a. a sindacati realmente rappresentativi e che, quindi, vada interpretato forzando la lettera³⁷⁷; dall'altra parte, chi ritiene che il testo dell'art. 19 st. lav., chiaro nella sua formulazione, non lasci alternativa al Giudice di escludere i sindacati non firmatari, a prescindere da ogni valutazione in ordine alla "giustizia" di questa soluzione³⁷⁸.

A ben vedere, c'è poi una terza posizione giurisprudenziale che ha ritenuto né di potersi distaccare dalla lettera della norma né di trascurare il problema pratico di 'giustizia' di rango costituzionale, e ha quindi rimesso la questione alla Corte costituzionale la cui pronuncia ispira questa riflessione³⁷⁹.

Si tratta di una sentenza impegnativa per la giurisprudenza e per la dottrina³⁸⁰. La mia intenzione è guardare non tanto gli effetti di questa decisione quanto la tecnica argomentativa della Consulta

³⁷⁶ Per esempio, l'art. 5, comma 1, d. lgs. n. 112/2012 sull'attuazione della Direttiva 2009/38/CE sulla costituzione dei CAE stabilisce che «per realizzare l'obiettivo indicato dall'articolo 1, comma 1, la direzione centrale avvia la negoziazione per l'istituzione di un CAE o di una procedura per l'informazione e la consultazione, di propria iniziativa o previa richiesta scritta di almeno 100 lavoratori, o dei loro rappresentanti, di almeno due imprese o stabilimenti situati in non meno di due Stati membri diversi o previa richiesta delle organizzazioni sindacali che abbiano stipulato il contratto collettivo nazionale applicato nell'impresa o nel gruppo di imprese interessate». Anche l'Accordo Interconfederale del dicembre 1993 sulla costituzione di RSU stabilisce che il c.d. "terzo riservato" debba essere distribuito solo fra i sindacati firmatari del contratto collettivo nazionale.

³⁷⁷ La più articolata decisione mi sembra quella di Trib. Bari, 13 aprile 2012; in dottrina v. per tutti M.G. GAROFALO, *Rappresentanze aziendali e referendum. Opinione*, in *DLRI*, 1995, p. 665 ss.

³⁷⁸ Per tutte Trib. Milano, 3 aprile 2012; in dottrina v. per tutti P. BELLOCCHI, *Rappresentanza e diritti sindacali in azienda*, in *DLRI*, 2011, p. 543 ss.

³⁷⁹ Sulle ordinanze di rimessione alla Corte costituzionale, in particolare sull'ordinanza del Tribunale di Modena, 4 giugno 2012, ci sono numerosi commenti fra i quali segnalo P. BELLOCCHI, *Il «caso Fiat» davanti alla Corte costituzionale. Osservazioni sull'art. 19 dello Statuto dei lavoratori* e B. CARUSO, *Fiom vs Fiat: hard cases davanti alla Consulta (A proposito dell'art. 19 dello Statuto)*, in *RIDL*, 2012, n. 4; L. IMARISIO, *Rappresentanze sindacali e rappresentatività sindacale: un nodo irrisolto per un diritto costituzionale del lavoro che sappia ascoltare. E farsi ascoltare*, in *GI*, 2012, c. 1476 ss.; V. 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, p. 826 ss. M. PERSIANI, *Ancora sul caso Fiat: eccessiva spericolatezza nel tentativo di soddisfare le aspettative sociali ovvero eccessiva prudenza nella fedeltà alla legge*, in *GI*, 2012, c. 1378 ss.; G. RICCI, *La querelle tra Fiom e Fiat sul riconoscimento dei diritti sindacali: la parola alla Corte costituzionale*, in *FI*, 2012, c. 2533 ss.; A. VALLEBONA, *Ostinazione per le r.s.a. Fiom-CGIL: ora viene riproposta una questione di costituzionalità già rigettata*, in *MGL*, 2012, p. 524 ss.;

³⁸⁰ Al momento di chiusura di questo scritto ho potuto prendere visione solo del contributo di F. CARINCI, *Il buio oltre la siepe: Corte cost. 23 luglio 2013, n. 231*, in *DRI*, 2013 e V. LECCESE, *Partecipazione alla trattativa, dissenso e art. 19 dello statuto dei lavoratori*, in *LD*, 2013.

con la quale tratteggiare il profilo dell'impegno teorico di cui questa sentenza è intrisa. Un impegno che investe il rapporto fra diritto e giurisdizione e che chiama in causa il costituzionalismo sociale³⁸¹.

È dalla sentenza che dobbiamo prendere le mosse; vediamo perciò qual è il principio insito in questa sentenza. Partiamo dal fatto che la sentenza «*dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 19... 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*». La Corte, dunque, ha sostanzialmente accolto il piano interpretativo proposto dall'ordinanza del Tribunale di Modena che per tutelare la libertà sindacale, propone che la legislazione di sostegno sindacale debba essere interpretata alla luce del criterio di effettività della rappresentatività³⁸².

La Corte costituzionale non esita a stigmatizzare l'interpretazione letterale dell'art. 19 st. lav. perché l'effetto di tale interpretazione (cioè non consentire la costituzione di r.s.a.) danneggia i sindacati che non sottoscrivono accordi, non perché esclusi dalla fase negoziale per la loro debolezza rappresentativa, ma «*per ritenuta loro non idoneità a soddisfare gli interessi dei lavoratori*»³⁸³. Negazione del diritto a costituire r.s.a. «*che si traduce... in una forma impropria di sanzione del dissenso, che innegabilmente incide, condizionandola, sulla libertà del sindacato...*».

Ecco un primo elemento caratterizzante questa sentenza: la tutela della libertà sindacale nella disciplina della rappresentanza come tutela della libertà di dissenso sindacale; come a dire che, dal punto di vista della rappresentanza sindacale, il dissenso, in quanto tale, non può essere in alcun modo costretto³⁸⁴.

La sentenza, dunque, aggiorna, ma conferma, la *ratio legis* dello Statuto dei lavoratori: una legge di sostegno e promozione del sindacato maggiormente rappresentativo nei luoghi di lavoro. Essa dichiara che la lettera dell'art. 19 st. lav. è ostativa di associazioni che, «*pur connotate da una azione sindacale sorretta da ampio consenso dei lavoratori*», vengono private del sostegno che la legge concede proprio ai sindacati che, invece, hanno consenso fra i lavoratori.

La Consulta parla di «*aporia*» della norma «*indotta dalla esclusione dal godimento dei diritti in azienda del sindacato non firmatario di alcun contratto, ma dotato dell'effettivo consenso da parte dei lavoratori*». Viene richiamato ancora il consenso effettivo fra i lavoratori come criterio

³⁸¹ Utilizzo la formula «costituzionalismo sociale» proprio perché credo sia chiamata in causa la forma storica delle Costituzioni c.d. sociali, quelle storicamente caratterizzate dalla costituzionalizzazione dei diritti sociali e dal diritto del/al lavoro. Sul valore del lavoro nella Costituzione rinvio a M. LUCIANI, *Radici e conseguenze della scelta costituzionale di fondare la Repubblica democratica sul lavoro*, in *ADL*, 2010, p. 642 ss.; G. U. RESCIGNO, *Lavoro e Costituzione*, in *DPubb.*, 2009, p. 38 ss.; C. PINELLI, «Lavoro» e «progresso» nella Costituzione, in *DLRI*, 2009, p. 410 ss.; L. MONTUSCHI, *La Costituzione e i lavori*, in *RIDL*, 2009, I, p. 159 ss.; A. CANTARO, *Il diritto dimenticato. Il lavoro nella costituzione europea*, Giappichelli, Torino, 2008; C. SMURAGLIA, *Il lavoro nella Costituzione*, in *RGL*, 2007, I, p. 429 ss.; L. MENGONI, *Fondata sul lavoro: la Repubblica tra diritti inviolabili e doveri inderogabili di solidarietà*, in *JUS*, 1998, p. 47 ss.

³⁸² Effettività che ha animato la prima sentenza sul caso Fiat del Trib. Torino, 14 settembre 2011 sulla quale cfr. i commenti curati da F. MODUGNO (a cura di) *Effettività vs diritto costituzionale positivo? Il singolare caso della sentenza Fiat/Fiom nell'affaire Pomigliano d'Arco*, in *GI*, 2012, c. 1453 ss.

³⁸³ Cfr. da ultimo G. SANTORO PASSARELLI, *Note per un discorso sulla giustizia del lavoro*, in *RIDL*, 2013, I, p. 522.

³⁸⁴ Ciò non vuol dire che non vi possa essere un criterio di selezione della rappresentanza sindacale (com'è per la nozione di rappresentatività) né che il dissenso non possa essere rilevante quand'è di una minoranza ai fini del calcolo deliberativo (per esempio, per approvare un'ipotesi di contratto). In questo senso, il dissenso sindacale, maggioritario o minoritario, *di per sé*, non può influenzare il riconoscimento della rappresentanza sindacale.

per godere della promozione legislativa, che non corrisponde al criterio letterale dall'essere firmatari di contratti collettivi applicati nell'unità produttiva qualora «*nella concretezza della fattispecie... [fosse] derivata la negazione di una rappresentatività che esiste, invece, nei fatti e nel contesto dei lavoratori addetti all'unità produttiva*».

Dunque, secondo Corte Cost. n. 231/2013, è il consenso fra i lavoratori a rendere un sindacato rappresentativo e perciò meritevole del sostegno e della promozione forniti dalla legge, fra cui la costituzione di r.s.a.

Altro problema è quello della verifica del consenso, cioè della «tecnica» di misurazione di tale consenso. In questa prospettiva, la Corte mostra finanche un eccesso di auto-restrizione quando afferma che «*non potrebbe farlo*» perché ciò «*compete al legislatore*». Come proverò ad argomentare, la Consulta ha *posto* il criterio generale per costituire r.s.a., cioè ha sancito che è il consenso effettivo fra i lavoratori a essere il criterio fondamentale di selezione del sindacato, ritenendo di lasciare al legislatore il compito di individuare la modalità tecnica. La Consulta, però e in fin dei conti, dichiarando l'illegittimità parziale dell'art. 19 st. lav., non fa altro che limitare e indirizzare il potere del legislatore avendo sostituito un criterio selettivo formale con un altro. Ciò che non dovrebbe più essere messo in questione è che tale criterio non è più la firma di un contratto collettivo ma il *consenso rappresentativo* del sindacato, testimoniato dalla *partecipazione alla trattativa negoziale*. Il Legislatore potrà anche successivamente intervenire a precisare tecnicamente tale criterio, senza poterlo contraddire.

Ebbene, la questione di massima importanza sollevata da questa sentenza (anche da questa!) sta proprio nel rapporto fra giurisdizione (costituzionale) e legislazione, qui mediato dal rapporto fra *jus positum* e interpretazione.

2. Interpretazione letterale, costituzionalmente orientata, costituzionalmente giusta

Sulla *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*³⁸⁵, in questi mesi, si è rianimato il dibattito sul metodo nell'interpretazione giurisdizionale. In uno dei primi interventi - non a caso di un teorico generale del diritto – si è ricordato che è ormai un dato acquisito alla teoria generale contemporanea che «il diritto non è formato da meri enunciati normativi i quali, spesso, si rivelano equivoci o anche contraddittori, ma dalle norme che sono il risultato dell'interpretazione di quegli enunciati, dell'attribuzione di un significato che non può ritenersi ad essi immanente, come per lungo tempo hanno ritenuto teoriche di stampo cognitivista»³⁸⁶. La norma, dunque, è il precetto normativo per come esso “viene detto” (*iuris dictio*): come sostiene Habermas, la teoria del diritto è una teoria della giurisdizione³⁸⁷ nella quale il «ruolo ordinatore»³⁸⁸ del Giudice è essenziale per costituire il precetto normativo.

³⁸⁵ Cfr. la rubrica *Agorà*, nei numeri di *RIDL* a partire dal n. 3 del 2012.

³⁸⁶ A. ABIGNENTE, *Note a margine ad un interessante dibattito*, in *RIDL*, 2012, I, p. 730.

³⁸⁷ J. HABERMAS, *Fatti e norme*, Guerini e Associati, Milano, 1996, p. 234: «nondimeno la teoria del diritto resta sempre in primo luogo teoria della giurisdizione e del discorso giuridico in senso stretto».

³⁸⁸ G. MELIADÒ, *Il Giudice del lavoro fra ordine giuridico e criticità sociale*, in *RIDL*, 2013, I, p. 490.

Naturalmente, guai a pensare che il testo della legge sia del tutto trascurabile perché il processo interpretativo non può che partire dal testo, essendo proprio questo l'oggetto dell'interpretazione³⁸⁹; ed è proprio al testo che occorre poi tornare per formalizzare (nel senso di dare forma) alla scelta normativa. Ma se è vero che dal testo si parte e al testo si torna, nel mezzo c'è la «domanda che il caso concreto rivolge all'interprete-giudice» e «la scelta della normativa (eventualmente alla luce di un principio-valore) ritenuta necessaria e sufficiente alla risposta, alla soluzione del caso». In conclusione del processo interpretativo, appunto, si dovrà verificare se il testo normativo risponde al principio-valore; solo così «il circolo ermeneutico è completo»³⁹⁰.

Nel caso dell'art. 19 st. lav., a onore del vero, non c'è un problema di «qualità della normazione» che possa dare origine a una frizione fra giurisdizione e legislazione³⁹¹. Perlomeno, non c'è un problema di chiarezza e precisione del testo (le r.s.a. possono costituirle solo i sindacati firmatari). Il problema esiste se ci poniamo nella prospettiva di far sì che la norma sia in relazione con la complessità sociale che deve regolare; tanto più se la complessità sociale da regolare evoca rapporti sociali direttamente costituzionalizzati (penso ai rapporti collettivi di lavoro regolati dall'art. 39, 1° comma Cost. e – non si dimentichi - dall'art. 40 Cost.).

Orbene, chi ha sostenuto la necessità di restare fedele alla lettera della norma, o l'ha fatto perché non ha rilevato alcun problema fra norma e principio, nessuna incrinatura nella funzione di governo dei rapporti sociali³⁹², oppure ha ritenuto che quand'anche il fatto pratico possa produrre «effettivamente una soluzione “ingiusta”» ha ritenuto che «è la mancanza di un criterio legale, in tema di rappresentanza e di contrattazione, che determina questo risultato... [posto che] la ragione dell'ingiustizia è di relazioni sindacali, non di stretto diritto»³⁹³.

Qual è l'approccio metodologico assunto dalla Corte costituzionale in questo caso?

La Corte certamente rileva l'*ingiustizia in diritto* (e non già nelle relazioni industriali che, come sistema, non sono mai ingiuste) come violazione della libertà del sindacato dotato di consenso rappresentativo in quanto – come anticipato in dottrina - «ci si trova dinanzi ad un congegno destinato ad incidere sulla libertà sindacale (nel senso, quanto meno, di libertà nell'autodeterminazione delle scelte negoziali del sindacato) che finisce per essere sostanzialmente rimesso al soggetto che quella libertà è *costituzionalmente* destinato a subire»³⁹⁴.

Il problema riguarda proprio la *giustizia* nell'applicazione del principio di libertà sindacale che deve essere ricercata, appunto, nell'applicazione al caso pratico. Una qualunque disciplina legale esprime la sua capacità regolativa quando si applica al fatto che è destinato a regolare. È dunque

³⁸⁹ Questa è l'accusa che C. TRIPODINA, *Travolto da un insolito destino: l'articolo 19 dello statuto dei lavoratori come leva per escludere dal diritto di costituire rsa (uno dei) sindacati maggiormente rappresentativi. Oscillazioni giurisprudenziali e dubbi di legittimità costituzionale*, in *Costituzionalismo.it*, fasc. n. 3/2012, 13 novembre 2012, muove al Trib. Bari, 13 aprile 2012, che è una delle più complete pronunce di merito favorevole all'interpretazione costituzionalmente orientata.

³⁹⁰ F. MODUGNO, *Interpretazione costituzionale e interpretazione per valori*, in *Costituzionalismo.it*, fasc. n. 3/2005, 8 luglio 2005, p. 21.

³⁹¹ M. MAGNANI, *Il giudice e la legge*, in *RIDL*, 2013, I, p. 782.

³⁹² A. VALLEBONA, *Magia per le r.s.a. Fiom-Cgil: “firmatarie” significa “non firmatarie”*, in *MGL*, 2012, p. 339 ss.

³⁹³ P. BELLOCCHI, *Rappresentanza e diritti sindacali in azienda*, in *DLRI*, 2011, p. 579.

³⁹⁴ U. GARGIULO, *Tensioni e distorsioni nella crisi del modello “statutario” di rappresentanza sindacale in azienda*, in *RIDL*, 2013, I, p. 125.

al *discorso pratico* (la giurisdizione) che si deve fare appello per verificare la razionalità della norma. Ciò vale già nei processi di interpretazione e di integrazione della legge ordinaria in cui «l'argomentare dell'interprete si avvale degli schemi del *discorso pratico*, e in particolare di argomenti empirici»; quando poi si tratta di legge costituzionale, poiché «le strutture dell'ermeneutica costituzionale assumono connotazioni peculiari derivanti dall'allentamento dei vincoli che specificano l'argomentazione giuridica nel genere del *discorso pratico*»³⁹⁵ allora il testo della norma è all'inizio, è alla fine, ma non esaurisce tutto il discorso giuridico.

In questa prospettiva, a me pare che il principale limite di dottrina e giurisprudenza favorevoli all'interpretazione letterale sia quello di aver del tutto trascurato il livello costituzionale dell'interpretazione che è impregnato di *normatività giusta*, cioè di sanzione formale dei principi e valori cui rapportare il discorso pratico, seppur attraverso la mediazione della norma di legge. Vero è che si può porre un problema di certezza del diritto cui l'interpretazione letterale sembrerebbe dare più garanzia; ma anche la teoria formalista del diritto riconosce che «il problema della razionalità giurisdizionale dipende da come l'applicazione d'un diritto contingentemente formatosi possa essere internamente intrapresa in maniera compatibile ed esternamente motivata in maniera razionale, sì da garantire simultaneamente *certezza giuridica* e [questo è il punto] *giustezza*»³⁹⁶.

Sappiamo che ci sono tre tipi di approcci interpretativi: l'ermeneutica, il realismo e il giuspositivismo. La Corte costituzionale italiana, in questa sentenza sull'art. 19 st. lav., come nelle precedenti (prima fra tutte la sentenza n. 244/1996), si colloca nel filone dell'ermeneutica. Sperando di non semplificare troppo il pensiero, diciamo che la Corte alimenta il discorso giuridico sistematico con la pulsione reale, concreta, materialista, del discorso problematico raccordando il caso concreto, già regolato dalla norma legale, al principio sancito nella Carta fondamentale.

Con la sentenza n. 231/13 la Corte esercita fino in fondo la sua funzione di Giudice dei diritti fondamentali, acconsentendo a un'argomentazione basata sulla giuridicità del "giusto" commisurato al caso concreto. Anzi – richiamando l'ultimo Alexy - «poiché l'argomentazione dei diritti fondamentali è determinata solo in modo incompleto dalla sua base, l'*argomentazione pratico-generale* è un fattore necessario del discorso dei diritti fondamentali»; perciò, «che una corte costituzionale non solo argomenti ma anche decida non ha nulla di irrazionale. Vale del tutto in generale che la *ragion pratica* può giungere a realizzarsi solo nella cornice di un sistema giuridico che connetta in modo razionale argomentazione e decisione»³⁹⁷. È proprio questa «opera di concretizzazione» dei principii fondamentali che «rivela il carattere pratico del diritto che interviene in un contesto definito nella sua particolarità contingente»³⁹⁸.

Al fondo del discorso della Corte sta il grumo di "ingiustizia" del caso concreto perché è proprio alla concretezza dei rapporti materiali che è funzionale la *razionalità pratica* del Giudice. L'interpretazione 'costituzionalmente giusta', l'unica possibile dinanzi a principi costituzionali, esige la

³⁹⁵ L. MENGONI, *L'argomentazione nel diritto costituzionale*, in *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Giuffrè, Milano, 1996, p. 120.

³⁹⁶ J. HABERMAS, *Fatti e norme... cit.*, p. 237.

³⁹⁷ R. ALEXY, *Teoria dei diritti fondamentali*, il Mulino, Bologna, 2012, pp. 605-606.

³⁹⁸ A. ABIGNENTE, *Note a margine ad un interessante dibattito... cit.*, p. 731.

razionalità pratica per commisurare la norma al fatto; non per diventarne mero riflesso (realismo giuridico) bensì per conformare il fatto al principio, attraverso il *medium* della norma posta.

3. Diritto costituzionale e *razionalità pratica* delle relazioni industriali

Allora è proprio la *razionalità pratica* la chiave del metodo interpretativo sull'art. 19 st. lav. La *razionalità pratica* è il legame fra questa sentenza e la n. 244/1996 (e la n. 30/90)³⁹⁹. Il passaggio argomentativo della precedente sentenza è ben noto, ma conviene rileggerlo: «*avere tenuto fermo, come unico indice giuridicamente rilevante di rappresentatività effettiva, il criterio della lettera b) [cioè la firma di contratti], esteso però all'intera gamma della contrattazione collettiva, si giustifica, in linea storico-sociologica e quindi di razionalità pratica, per la corrispondenza di tale criterio allo strumento di misurazione della forza di un sindacato, e di riflesso della sua rappresentatività, tipicamente proprio dell'ordinamento sindacale*». Quindi, era il dato storico-sociologico ad attribuire alla firma di un contratto collettivo la funzione *pratica* di criterio selettivo dei sindacati rappresentativi alla stregua di controparte negoziale. In quella circostanza, la ragione pratica, ha indotto la Corte a sminuire – senza escludere – il valore della firma perché il caso concreto riguardava un sindacato firmatario ma senza alcuna significativa rappresentatività. È la *razionalità pratica* che ha portato la Corte nel 1996 a ritenere necessario non già negare valore alla firma ma che la firma fosse l'approdo di una genuina azione di controparte negoziale.

Corte Cost. n. 231/2013 applica lo stesso principio ma ad un caso concreto diverso: come allora, essa svaluta il dato della mera firma per valorizzare, invece, l'azione negoziale del sindacato come indice effettivo di consenso rappresentativo. Anche oggi si svaluta la mera firma per valorizzare la medesima azione negoziale. La differenza non è nel principio sancito dalla Consulta, bensì nel caso pratico, perché oggi il caso è esattamente opposto a quello: non un sindacato poco rappresentativo che firma ma un sindacato rappresentativo che non firma.

Più in generale, la *razionalità pratica* impone di tenere in considerazione il mutamento nelle relazioni industriali e ciò che esso provoca⁴⁰⁰. Considerazione necessaria per garantire efficienza alla funzione di controllo sociale del diritto di modo che «lo spirito sistematico della scienza giuridica sia pronto a rivedere, per correggerle e sostituirle, le proprie concettualizzazioni nella misura necessaria per conservare la comunicazione del sistema con la dinamica sociale»⁴⁰¹. Non si tratta di contaminare l'autonomia e la purezza della logica giuridica privatistico-contrattuale con fattori extra-normativi⁴⁰² e forse neanche di collegare il Diritto alle Relazioni Industriali⁴⁰³. Si tratta più profondamente di concepire il Diritto stesso attraverso il Fatto (nel nostro caso le Relazioni Industriali).

Nel caso concreto, si discetta problematicamente su cosa debba intendersi per sindacato rappresentativo, o meglio su come selezionare il sindacato rappresentativo alla luce del criterio dato

³⁹⁹ U. ROMAGNOLI, *Se il sindacato si tinge di giallo*, in www.eguaglianzaliberta.org, 25.8.2013.

⁴⁰⁰ C. Cost. n. 231/13, par. 6.5: «nell'attuale mutato scenario delle relazioni sindacali e delle strategie imprenditoriali, quale diffusamente descritto ed analizzato dai giudici a quibus...».

⁴⁰¹ L. MENGONI, *Problema e sistema nella controversia sul metodo giuridico*, in *Diritto e valori*, il Mulino, Bologna, 1985, p. 58.

⁴⁰² M. PERSIANI, *Diritto del lavoro e autorità del punto di vista giuridico*, in *ADL*, 2000, p. 1 ss.

⁴⁰³ U. ROMAGNOLI, *La Costituzione delegittimata*, in *RTDPC*, 2003, p. 829 ss.

dall'essere effettiva controparte contrattuale, agente negoziale. Sotto questa specie di ansia dell'interprete provocata dal dover creare un significato normativo sembra intravedersi un rassicurante rigurgito normativista come antidoto all'incertezza del diritto. Questa vicenda giudiziaria, invece, dimostra che «le norme giuridiche sono significati sociali sanzionati in un modo specifico, ma non differiscono strutturalmente e morfologicamente dal processo di creazione sociale dei significati»⁴⁰⁴.

La Consulta ha sancito costituzionalmente, attraverso il caso concreto, il valore della rappresentatività come significato socialmente creato. Tanto più che proprio le relazioni industriali sono un sistema di produzione di significati sociali, spesso giuridificati con la contrattazione collettiva. Come detto in precedenza, il rapporto fra diritto statale e diritto intersindacale è un formidabile banco di prova dell'ermeneutica e del Diritto costituzionale come fucina per la creazione sociale di significati normativi: così è accaduto per la nozione giuridica di «maggiore rappresentatività», senza alcun indice normativo posto dalla legge ma col significato normativo istituito dalle relazioni industriali.

Quest'ambito sociale, concreto, materiale, in cui si creano i significati normativi, è un punto di vista esterno alla fondazione dei diritti costituzionali dal quale non si può prescindere se non si vuole cadere nell'errore di pensare ai diritti costituzionali come astrazione concettuale generale e asettica. La Costituzione, al contrario, è diritto impregnato di storia e prodotto da rapporti materiali presenti della società, necessari per inquadrare correttamente ciò che quei diritti sanciscono. Poiché la creazione sociale dei significati normativi è il punto di vista esterno alla fondazione dei diritti costituzionali, della società, «la costituzione incorpora tensioni, conflitti, identità differenti, facendoli convivere in un quadro di integrazione»⁴⁰⁵. Tensioni e conflitti di cui le relazioni industriali sono espressione viva e costante, espressione dei rapporti di produzione.

In questa lettura non c'è la razionalità formale del diritto che si contrappone alla razionalità materiale delle relazioni industriali⁴⁰⁶; queste relazioni, con la loro incessante dinamica evolutiva, sono la proiezione della razionalità pratica nel diritto sindacale costituzionale. Una proiezione che con-forma la razionalità del diritto positivizzato sui rapporti collettivi.

Perciò sorprende la ritrosia di buona parte della dottrina, autorevole, che ha ritenuto quasi impossibile che la Corte costituzionale, sul punto, potesse “manipolare” la lettera della norma perché – scrive – così facendo «la Corte si assumerebbe un compito di supplenza del legislatore difficilmente giustificabile in materia di rapporti sindacali» configurando addirittura «il rischio di una violazione dell'art. 39, co. 1 Cost.»⁴⁰⁷.

Secondo questa lettura, dovremmo presumere che la Corte abbia invaso la competenza legislativa e dell'autonomia collettiva. Mi sembra che questa posizione critica trascuri del tutto la

⁴⁰⁴ P. BARCELLONA, *Diritto senza società. Dal disincanto all'indifferenza*, Dedalo, Bari, 2003, p. 188.

⁴⁰⁵ P. RIDOLA, *Diritti di libertà e costituzionalismo*, Giappichelli, Torino, 1997, p. 34.

⁴⁰⁶ G. VARDARO, *Contrattazione collettiva e sistema giuridico*, Jovene, Napoli, 1984, p. 64.

⁴⁰⁷ E. GHERA, *L'art. 19 dello Statuto, una norma da cambiare?*, in *Il contributo di Mario Rusciano all'evoluzione teorica del diritto del lavoro. Studi in onore*, Giappichelli, Torino, 2013, pp. 164-165. V. nello stesso senso critico F. LISO, *La Fiom e la rappresentanza in azienda*, in *Il contributo di Mario Rusciano all'evoluzione teorica del diritto del lavoro. Studi in onore*, Giappichelli, Torino, 2013, p. 178.

peculiarità della funzione giurisdizionale costituzionale, della sua *iuris dictio*, come ho detto in precedenza. Invece, questa sentenza manipolativa, additiva, o comunque si voglia qualificare⁴⁰⁸, in linea con l'ermeneutica, adotta un approccio razionalmente pratico, alla luce delle relazioni industriali, per sancire il principio costituzionale che governa il diritto sindacale italiano.

4. La razionalità pratica della legislazione sindacale di sostegno: democrazia industriale

Al fondo della questione c'è la configurazione di questo principio costituzionale che ha guidato la Consulta. A me pare che il legame fra la sentenza n. 231/13 e la sentenza n. 244/96 non sia tanto nel dispositivo – diverso perché diverso è il caso concreto disciplinato con razionalità pratica – quanto l'argomentazione di fondo: è come se entrambe le sentenze dicano che non è la firma di un contratto collettivo, in quanto tale, ad essere il requisito per la costituzione della r.s.a. ma l'essere effettiva controparte. È dunque, l'effettiva, cioè la fattuale, materiale, condizione di controparte collettiva nella contrattazione collettiva a legittimare il beneficio del sostegno legislativo e perciò a costituire una rappresentanza sindacale in azienda.

La Consulta respinge l'argomento letterale perché esso finisce per ignorare la precisa *scelta politica* costituzionale di riequilibrio dei poteri in azienda. In funzione di ciò, la legge ha istituito un organismo di rappresentanza sindacale capace effettivamente di esercitare questo riequilibrio di potere. Si tratta di un'opzione che rimanda agli art. 39 e 40 Cost., diritti costituzionali per rimuovere gli «ostacoli di ordine economico e sociale che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese» (art. 3, 2° comma, Cost.).

Sanzionando l'effetto pratico derivante dall'interpretazione letterale, la Corte non ha fatto altro che adottare un approccio correttamente pratico-materialista al diritto costituzionale, intravedendovi il pregiudizio alla libertà sindacale e, più al fondo, al modello di democrazia industriale fatto proprio dalla Costituzione.

La razionalità pratica della Consulta recupera il «progetto politico»⁴⁰⁹ della Costituzione atteso che «solo il principio politico può porsi come qualità individuante di una Costituzione»⁴¹⁰. Essa giustamente respinge una visione del diritto costituzionale «privato della sua storia e della realtà materiale che l'ha generato, disperso nello spazio indeterminato del "sociale", analizzato in chiave esclusivamente logico-formale, senza alcun principio morale o ragione critica che sovrintenda la sistematica e i principi della conoscenza»⁴¹¹. Il recupero di un approccio pratico-materialista al diritto costituzionale, significa accettare - con le parole di Kelsen - che «il problema dell'interpretazione giusta è un problema di politica del diritto».

⁴⁰⁸ V. in proposito le precisazioni di F. CARINCI, *Il buio oltre la siepe...* cit.

⁴⁰⁹ Secondo I. MASSA PINTO, *Costituzione e lavoro, totem e tabù*, in *Costituzionalismo.it*, fasc. n. 3/2012, 7 novembre 2012, p. 8, «La costituzione non è un figurino giuridico astratto da calare sulle leggi come un modello predefinito in modo rigido: è innanzitutto un progetto politico dal svolgere che ha la sua base materiale nelle forze politiche che fecero quel compromesso».

⁴¹⁰ G. FERRARA, *La Costituzione. Dal pensiero politico alla norma giuridica*, Feltrinelli, Milano, 2006, p. 242.

⁴¹¹ G. AZZARITI, *Il costituzionalismo moderno può sopravvivere?*, Laterza, Bari-Roma, 2013, p. 168.

Questa lettura pratico-materialista della Costituzione e della sua giurisdizione contrasta con la tesi secondo la quale, invece, il diritto costituzionale post-moderno sarebbe dato da un reticolo normativo a «neutralità assiologica in ragione del pluralismo istituzionale e di principi»⁴¹². Sappiamo bene che il diritto *costituente* europeo e il diritto costituzionale nazionale non originano da progetti politici coerenti; essi confliggono proprio per la base materiale; ma quest'opposizione di principi politici non si elide in un unicum integrato e neutrale. Essi coesistono e confliggono, irriducibilmente, nell'interpretazione giurisdizionale: ecco la politica del diritto⁴¹³.

Eppure secondo la cultura post-moderna di buona parte della dottrina giuslavoristica, si tratta semplicemente di atteggiamenti «ideologici» di Giudici che «trovandosi a fare i conti con le nuove esigenze di conciliazione fra istanze sociali e istanze economiche» non tengono conto che «nuovi aneliti sistematici» dovrebbero indurre a cambiare «tratti unilaterali e ideologici»⁴¹⁴ e dovrebbe spingerli a mitigare il «mantra di tanta cultura giuridica», rappresentato dal principio di uguaglianza *ex art. 3, comma 2, Cost.*, svalutando così il principio di «libertà di iniziativa economica, del quale non è dato di disconoscere il rilievo sol perché non è collocato nei primi articoli di cui sopra»⁴¹⁵.

Questo discorso giuridico post-ideologico si basa sulla retorica del pluralismo dei valori costituzionali. Infatti, nello scritto da cui ha preso le mosse il recente dibattito fra i giuslavoristi italiani, si legge che «il giudice non possa limitarsi... ad un onnicomprensivo riferimento ai valori della Costituzione, dovendo egli farsi garante del *complesso dei valori* incarnati, nelle varie stagioni, dall'ordinamento giuridico, a partire da quelli espressi dalla legislazione ordinaria»⁴¹⁶. Si badi bene: il pluralismo non deriverebbe solo (tanto) dalla Costituzione repubblicana ma anche (quanto) dalla legislazione ordinaria prodotta nelle varie stagioni.

Orbene, che ci sia pluralità di valori, di principi politici, nell'ordinamento giuridico multilivello è certamente vero. Il problema è se la Giurisdizione deve limitarsi a presidiare la regolarità procedurale del diritto o se deve vigilare su un ordine giuridico e stabilire una gerarchia; discorsivamente, razionalmente; ma comunque una gerarchia⁴¹⁷. C'è la Carta fondamentale; anche se questa Carta oggi rimanda anche ad altre Carte, è «nella legge fondamentale la conferma di una missione»; nella legge fondamentale italiana la missione è «(quella del superamento della disuguaglianza giuridica e del perseguimento della coesione sociale) ampiamente scritta nelle radici del diritto del lavoro»⁴¹⁸.

⁴¹² Così B. CARUSO, *Giudici, giuristi e legislatori davanti al lavoro e alla crisi. Per un «manifesto ermeneutico»*, in *RIDL*, 2013, I, p. 261.

⁴¹³ Cfr. G. LOMBARDI VALLAURI, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Giuffrè, Milano, 1975.

⁴¹⁴ R. DEL PUNTA, *Il giudice del lavoro tra pressioni legislative e aperture di sistema*, in *RIDL*, 2012, I, p. 478.

⁴¹⁵ Questa è la precisazione di R. DEL PUNTA, *Il giudice e la costituzione: una replica ai giudici del lavoro di Magistratura Democratica*, in *RIDL*, 2012, I, p. 725 nella risposta alla replica di R. RIVERSO e C. PONTERIO, *Quale giudice del lavoro?*, in *RIDL*, 2012, I, p. 720 all'articolo citato in nota precedente.

⁴¹⁶ R. DEL PUNTA, *Il giudice e la costituzione... cit.*, p. 726.

⁴¹⁷ Mi sembra questa la principale obiezione mossa da O. MAZZOTTA, *Il Giudice del lavoro, la Costituzione e il sistema giuridico: fra metodo e merito*, in *RIDL*, I, p. 235, in particolare p. 242, a DEL PUNTA, *op. ult. cit.*

⁴¹⁸ G. MELIADÒ, *Il Giudice del lavoro fra ordine giuridico e criticità sociale*, in *RIDL*, 2013, I, p. 495.

Missione alla quale non è ancora consentito rinunciare. Perlomeno, per la storia del costituzionalismo moderno, le Carte fondamentali non possono risolversi in una “procedura” dove, al fondo, governano i rapporti di forza⁴¹⁹. Di questa missione, la legge n. 300/70 è una delle migliori espressioni; una legge di sostegno alla presenza del “potere collettivo” nei luoghi di lavoro per promuovere l’uguaglianza degli attori industriali, preconditione essenziale per la democrazia nelle relazioni industriali e quindi per la democrazia industriale.

La democrazia industriale che non è una mera ipotesi dentro una varietà di soluzioni per il governo dei rapporti economici di origine costituzionale (*ex art. 46 Cost.*)⁴²⁰. Piuttosto, la democrazia industriale può essere ben configurata come una declinazione del principio di uguaglianza, relativa ai rapporti collettivi, sancito in una Costituzione “sociale” e “lavorista”⁴²¹. Per questa ragione sociale e politica, tale sostegno legislativo deve garantire che la rappresentanza sindacale sia *effettivamente* in grado di svolgere la funzione di riequilibrio politico-sociale. Per la stessa ragione non si può determinare un “qualsiasi” criterio legale, ma un criterio che assicuri al massimo grado possibile l’effettività della funzione del potere collettivo. In questo preciso senso il consenso rappresentativo del sindacato è criterio funzionale alla democrazia industriale.

5. La razionalità pratica della «partecipazione alla negoziazione»

In conclusione, e alla luce di quanto si è detto finora, possiamo anche sdrammatizzare il problema su cui – presumibilmente – s’impegnerà la dottrina⁴²² e la giurisprudenza, cioè sull’interpretazione del criterio che la Corte ha disposto dichiarando incostituzionale l’art. 19 st. lav. «nella parte in cui prevede che la r.s.a. 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».

Anche per questa formula, così come per «firmatario di contratti collettivi», può valere la stessa domanda: è la partecipazione alla trattativa a qualificare un sindacato come dotato di consenso rappresentativo – e quindi legittimare a costituire r.s.a. - oppure è il consenso rappresentativo ad attribuire il diritto di partecipare alle trattative e quindi di costituire r.s.a.? Non credo che la rappresentatività di un sindacato attribuisca un “diritto” alla contrattazione perché, in assenza di una legge attuativa della seconda parte dell’art. 39 Cost. per la quale il diritto spetta ai sindacati dotati di personalità giuridica, «rappresentati unitariamente in proporzione al numero degli iscritti», un tale diritto è legalmente garantito solo ai sindacati del pubblico impiego quando superano la soglia di rappresentatività del 5%.

Credo, piuttosto, che occorra leggere il dispositivo della sentenza alla luce del principio che l’ha ispirata: il diritto negato su cui si è pronunciata non è alla negoziazione bensì alla costituzione di r.s.a. Che poi il sindacato cui è stato negato tale diritto aveva rappresentatività dimostrata anche dalla partecipazione alla trattativa, è un dato di fatto derivante dal fatto che il sindacato in questione era «controparte contrattuale» (per usare le parole di C. Cost. n. 244/96) pur non

⁴¹⁹ Cfr. G. AZZARITI, *Il costituzionalismo moderno può sopravvivere?* prima citato.

⁴²⁰ Si veda il dialogo fra Wedderburn, Giugni, Ghera, Mancini, Romagnoli, Minervini e Trentin pubblicato in *Democrazia politica e democrazia industriale*, a cura di S. Sciarra, De Donato, Bari, 1978.

⁴²¹ V. M. DOGLIANI, *La parola Lavoro. La costituzione come nefas alle razionalità aggressive nei confronti del lavoro perché sistematicamente autodistruttive*, in *Spaziiofilosofico.it*, n. 1/2011, p. 43 ss.

⁴²² Cfr. già F. CARINCI, *Il buio oltre la siepe... cit.*

partecipando concretamente al tavolo negoziale; era controparte proprio mediante la non partecipazione conflittuale agli incontri negoziali. Sono proprio le relazioni industriali che ci possono dire che spesso si può essere presenti a tutti gli incontri negoziali e non essere effettivamente «controparte contrattuale» mentre lo si è non partecipando.

Un processo interpretativo della formula «partecipazione al negoziato» significa verificare caso per caso se sussiste il consenso rappresentativo di un sindacato tale da renderlo effettivamente (cioè *socialmente*) contro-potere negoziale. La partecipazione alla negoziazione è indice della capacità del sindacato di essere un potere collettivo contrapposto al potere aziendale (singolo o individuale) se quella partecipazione deriva dalla propria capacità rappresentativa e non dalla concessione ottriata padronale.

Altrimenti, quale decisione assumere nel caso in cui - per esempio - un sindacato abbandoni al primo incontro il tavolo negoziale? Configura una mancata partecipazione alla trattativa? Se così fosse, non terremmo conto del fatto che di frequente l'impresa o l'associazione datoriale si presenti al primo incontro con proposte ritenute irricevibili dal sindacato tali da indurlo ad "alzarsi dal tavolo negoziale". Allo stesso modo, se considerassimo sufficiente a misurare la capacità di controparte negoziale la mera partecipazione al negoziato, dovremmo dire che quando un'impresa decide di convocare al tavolo tutte le organizzazioni sindacali presenti in azienda, anche quelle dotate di minore o scarsa rappresentatività, al fine di avviare un negoziato coinvolgendo tutti, dovrebbe poi essere costretto a riconoscere le r.s.a. a tutte le associazioni sindacali, anche a quelle scarsamente rappresentative. Ebbene, in entrambi questi esempi, sarebbe obliterata la razionalità pratica del consenso rappresentativo sancito dalla Corte.

È la capacità di rappresentare il contropotere collettivo, concretamente desumibile dai rapporti collettivi, la chiave d'interpretazione dell'art. 19 st. lav.; certo, caso per caso, perché solo attraverso una valutazione di razionalità pratica e materiale è possibile conformare la norma alla razionalità assiologica del diritto costituzionale.

Decentramento contrattuale e incentivi retributivi nel quadro delle politiche di sostegno alla produttività del lavoro*

Piera Campanella

1. Brevi osservazioni introduttive: decentramento contrattuale e «retribuzione di produttività» tra problemi di complessità delle fonti e questioni di effettività della disciplina.	155
2. Decentramento contrattuale e struttura retributiva nell'Accordo interconfederale del 21 novembre 2012.	157
3. L'intervento statale: sgravio contributivo, regime fiscale agevolato e nozione di «retribuzione di produttività» nella legge e nella disciplina regolamentare	159
4. L'interesse sottostante all'intervento statale: competitività dell'impresa, produttività del lavoro, nuova occupazione	161
5. Quali garanzie di realizzazione del risultato?	162
6. Produttività, miglioramenti organizzativi del lavoro, modello di relazioni sindacali: rilievi conclusivi.	167
7. Riferimenti bibliografici	172

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 185/2013

«(...) Bisognerebbe che i capi comprendessero qual è esattamente la sorte degli uomini ch'essi impiegano come manodopera. E bisognerebbe che la loro preoccupazione dominante fosse non già quella di aumentare sempre il rendimento al massimo ma di organizzare le condizioni del lavoro più umane compatibili con il rendimento indispensabile all'esistenza della fabbrica. Occorrerebbe, d'altra parte, che gli operai conoscessero e comprendessero le necessità cui è sottoposta la vita della fabbrica. Potrebbero così controllare e apprezzare la buona volontà dei capi. Perderebbero il senso d'esser sottoposti ad ordini arbitrari e le inevitabili sofferenze diverrebbero forse meno amare a sopportarsi. (...).»

(S. WEIL, *La condizione operaia*, SE, Milano, 1994, Traduzione di F. FORTINI)

1. Brevi osservazioni introduttive: decentramento contrattuale e «retribuzione di produttività» tra problemi di complessità delle fonti e questioni di effettività della disciplina.

Negli ultimi anni una serie di atti di diversa natura si è mossa nel senso di valorizzare e incentivare la negoziazione a livello collettivo decentrato della c.d. retribuzione di produttività (Lassandari, 2012, p. 194; Lassandari, 2009, p. 299; Villa, 2012, p. 45; Ferrante, 2008, p. 413).

Sul versante della struttura contrattuale sono intervenuti diversi accordi interconfederali⁴²³, sovente “separati” per la mancata firma della CGIL⁴²⁴. Tali accordi hanno operato in direzione di un progressivo decentramento degli assetti negoziali.

⁴²³Si parte dal Protocollo del 23 luglio 1993, che ha rappresentato «la carta fondativa del nostro sistema di relazioni industriali, destinata a regolarne gli assetti per quasi due decenni» (Treu, 2010, p. 640). Il Protocollo, pur nell'ambito di una centralizzazione della struttura negoziale, ha per la prima volta formalmente assegnato alla contrattazione collettiva decentrata «il compito essenziale, se non esclusivo, di collegare la retribuzione agli andamenti della produttività e redditività, variamente misurati» (Treu, 2010, p. 640). Si prosegue, poi, con l'Accordo quadro di riforma degli assetti contrattuali del 22 gennaio 2009 (su cui v. Carinci, 2009, p. 1 e, per i profili applicativi, Bellardi, 2010, p. 79), nonché con l'Accordo interconfederale attuativo dello stesso, del 15 aprile 2009. A questi seguono, infine, l'Accordo interconfederale del 28 giugno 2011 (cfr. Carinci, 2011b, p. 1; Treu, 2011, p. 613; Magnani *et al.*, 2011, p. 642) e l'Accordo interconfederale del 21 novembre 2012, contenente «Linee programmatiche per la crescita della produttività e della competitività in Italia». Da ultimo, il Protocollo d'intesa del 31 maggio 2013, firmato da CONFINDUSTRIA e CGIL, CISL, UIL introduce regole *ad hoc* su rappresentanza e rappresentatività sindacale in applicazione dello stesso Accordo interconfederale del 28 giugno 2011 (cfr. Carinci, 2013a, p. 598; Del Conte, 2013, p. 618; Marazza, 2013, p. 621; Potestio, 2013, p. 633; Tosi, 2013b, p. 638; Tursi, 2013, p. 642; Vallebona, 2013, p. 649; Senatori, 2013, p. 1; Massagli, Tomassetti, 2013, p. 1; Lai, 2013, p. 1); per analoghe intese v. anche il Protocollo d'intesa tra CONFINDUSTRIA e UGL del 6 giugno 2013, il Protocollo d'intesa tra CONF SERVIZI, CGIL, CISL, UIL del 1° agosto 2013 e l'Accordo interconfederale tra A.G.C.I., CONF COOPERATIVE, LEGACOOP e CGIL, CISL, UIL del 18 settembre 2013. Per un quadro d'insieme, fino almeno all'Accordo interconfederale del novembre 2012, specie con riferimento all'utilizzo, in combinazione tra loro, degli strumenti della delega e della deroga nei rapporti tra primo e secondo livello di contrattazione, v. Lunardon, 2013, in corso di pubblicazione.

⁴²⁴ Dei menzionati testi negoziali sono stati, infatti, stipulati unitariamente solo il Protocollo del luglio del 1993, l'Accordo interconfederale del giugno 2011, il Protocollo d'intesa del maggio 2013 e l'Accordo interconfederale del settembre 2013.

Sul versante, invece, degli incentivi al c.d. salario di produttività hanno operato vari provvedimenti – di fonte legislativa, regolamentare, amministrativa – volti a realizzare, su sollecitazione delle stesse parti sociali, forme di parziale detassazione e di sgravio contributivo a favore di tale tipologia di retribuzione⁴²⁵, se negoziata tramite accordi collettivi decentrati⁴²⁶ (Ferraro, 2009, p. 439; Ferraro, 2008, p. 245; Ferrante, 2008, p. 407).

Da ultimo, i provvedimenti di detassazione hanno ricevuto l'avallo della stessa CGIL, che, insieme a CISL e UIL, ha firmato, in data 24 aprile 2013, un Accordo interconfederale con CONFINDUSTRIA e, in data 1° agosto 2013, un Accordo interconfederale con Confimi Impresa⁴²⁷, finalizzati entrambi a predisporre un modello di «accordo quadro territoriale» utilizzabile, nell'industria, dalle strutture sindacali dei territori per consentire alle imprese associate alle menzionate sigle, prive di rappresentanze sindacali in azienda, di stipulare accordi aziendali sul salario di produttività con le organizzazioni territoriali di categoria di CGIL-CISL-UIL ovvero di godere comunque dell'agevolazione fiscale (anche in assenza di contratto aziendale) per retribuzioni connesse a regimi di flessibilità oraria diversi da quelli normalmente applicati in azienda⁴²⁸. Ulteriori accordi sono stati, poi, sottoscritti a livello nazionale di categoria: per il settore socio-assistenziale e sanitario con

⁴²⁵ Il meccanismo ha, per la verità, origini lontane: a partire dal 1997, sono stati numerosi gli interventi normativi succedutisi in materia seppur con qualche ritardo rispetto a quella prima previsione del Protocollo del 23 luglio 1993 (Treu, 2010, p. 660), la quale già preannunciava l'emanazione di un provvedimento legislativo d'iniziativa governativa volto a definire «le caratteristiche e il regime contributivo-previdenziale» degli «istituti della contrattazione aziendale», in ragione della loro «funzione specifica ed innovativa e dei vantaggi che da essi possono derivare all'intero sistema produttivo»: da ultimo, però, con riguardo alle misure di sgravio contributivo, v., sulla scia del Protocollo del 23 luglio 2007, l'art. 1, c. 67 e 68, L. n. 247 del 2007, come modificati dall'art. 4, c. 28, L. n. 92 del 2012 (c.d. riforma Fornero), nonché il D.M. del 27 dicembre 2012 e la circolare INPS n. 73 del 3 maggio 2013; relativamente, invece, agli interventi di detassazione, cfr., sulla scia dell'Accordo interconfederale del 21 novembre 2012 (v. *Premessa*), l'art. 1, c. 481, L. n. 228 del 2012 (Legge di stabilità 2013), il D.P.C.M. 22 gennaio 2013, la circolare INPS n. 15 del 3 aprile 2013 e la circolare dell'Agenzia delle entrate n. 11/E del 30 aprile 2013, mentre per l'esperienza precedente, a partire dal D.L. n. 93 del 2008 conv. in L. n. 126 del 2008 v. Treu, 2010, p. 662 e Putaturo Donati, 2009, p. 335 ss.

⁴²⁶ Nel succedersi dei diversi interventi normativi, è rimasta una costante che le erogazioni oggetto di sgravio contributivo dovessero essere negoziate «a livello aziendale, territoriale o di secondo livello» (v. art. 1, c. 67, L. n. 247 del 2007); non è stato lo stesso, però, per le misure di detassazione, che sono state estese, non di rado, anche a favore dei premi erogati unilateralmente dal datore (Treu, 2010, p. 662); da ultimo, però, il D.P.C.M. 22 gennaio 2013, per il periodo 1° gennaio – 31 dicembre 2013, e in aderenza alla stessa richiesta delle parti sindacali (v. Accordo interconfederale del 21 novembre 2012), ha chiaramente riservato le misure di detassazione - genericamente destinate dall'art. 1, c. 481, L. n. 228 del 2012 «a politiche per l'incremento della produttività» - alle sole retribuzioni (di produttività) erogate «in esecuzione di contratti collettivi di lavoro sottoscritti a livello aziendale o territoriale, ai sensi della normativa di legge e degli accordi interconfederali vigenti, da associazioni dei lavoratori comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, ovvero dalle loro rappresentanze sindacali operanti in azienda», peraltro, con una sostanziale riproduzione della formula di cui all'art. 8, D.L. n. 138 del 2011, sia pur depurata dal riferimento al principio maggioritario e, dunque, aperta a ipotetici accordi separati non supportati da una sottoscrizione a maggioranza delle rappresentanze predette (secondo Tomassetti, 2013, p. 2): ma v., tuttavia, le previsioni in tema di rappresentanza e rappresentatività sindacale del Protocollo d'intesa del 31 maggio 2013, attuative dell'Accordo interconfederale del 28 giugno 2011, a temperamento di tale ultima ipotesi.

⁴²⁷ V. anche, con riguardo alle medesime parti, l'Accordo interconfederale sulle Relazioni industriali stipulato nella stessa data.

⁴²⁸ Quanto agli accordi aziendali, essi sono forniti di efficacia *erga omnes*, per espressa previsione del modello di intesa quadro territoriale (punto 1) allegata all'Accordo del 24 aprile 2013, che non a caso fa esplicito richiamo all'Accordo interconfederale del 28 giugno 2011, sì da confermarne i relativi contenuti, tra cui evidentemente quello della stipulazione dei contratti collettivi d'impresa nel rispetto del criterio maggioritario. Al menzionato richiamo, taluno ha anche attribuito il senso di «un impegno formale» delle parti «a non ricondurre alla detassazione le intese in deroga di cui all'art. 8 D.L. n. 138/2011» (Fazio, 2013, p. 67): ciò potrebbe essere plausibile se si guarda al modello di intesa quadro territoriale, specie ove afferma che le imprese, le quali «non si avvalgono della procedura di cui al punto 1, potranno applicare l'agevolazione fiscale prevista dal D.P.C.M. 22 gennaio 2013, in relazione alle voci retributive (...) erogate a fronte di prestazioni lavorative diverse da quelle rese in osservanza degli orari di lavoro applicati in azienda», «fermo», però, «il contenuto dell'accordo interconfederale del 28 giugno 2011» (punto 2); sull'art. 8 D.L. n. 138 del 2011 conv. in L. n. 148 del 2011 v. anche, Lunardon, 2013, in corso di pubblicazione.

ANFFSAS ONLUS, in data 10 giugno 2013; per il personale dipendente degli studi professionali, con CONFPROFESSIONI, in data 13 giugno 2013; per il settore Terziario, Distribuzione e Servizi con CONFCOMMERCIO IMPRESE PER L'ITALIA in data 20 giugno 2013; per il settore Turismo con FEDERALBERGHI, FIPE, FAITA, FIAVET e con la partecipazione di CONFCOMMERCIO IMPRESE PER L'ITALIA, in data 25 giugno 2013.

Talora, gli accordi di detassazione sono stati sottoscritti in ambito locale anche nell'assenza di una cornice unitaria a livello nazionale: è quanto accaduto, ad esempio, in alcune province, ove sono state sottoscritte specifiche intese tra CGIL-CISL-UIL e CONFCOMMERCIO ben prima che quest'ultima associazione divenisse parte dei sopramenzionati accordi nazionali⁴²⁹.

Come si può agevolmente percepire, la materia riesce complessa già sul piano ricostruttivo della disciplina giuridica, effettivamente non facile da ricomporre e tantomeno da interpretare, per l'intrecciarsi di una serie ampia e diversificata di fonti: leggi; regolamenti; circolari amministrative - ministeriali, dell'INPS o dell'Agenzia dell'Entrate -; accordi collettivi di diverso di livello - interconfederale, di categoria, territoriale, aziendale -⁴³⁰.

Preoccupa, poi, la questione della reale efficacia di simili interventi, che a una singola misura, come quella dell'agevolazione fiscale e contributiva, affidano l'arduo e quanto mai articolato compito di incidere positivamente su un fattore, la produttività, il cui tasso di crescita, in Italia, è ormai il più basso dei Paesi OCSE (OECD, 2012, p. 7). Si tratta di un *trend* negativo avviatosi da tempo, tanto da sollecitare, ben prima dell'ultima crisi finanziaria, l'elaborazione di specifiche proposte in materia (cfr. *Per un nuovo Patto Sociale sulla produttività e la crescita*, settembre 2006, a firma di numerosi economisti, sociologi e giuristi). Un tale *trend* rischia ora di minare irreversibilmente la già fragile competitività della nazione, se è vero che proprio alla progressiva stasi della produttività va ascritto in larga parte il relativo declino del PIL italiano *procapite* registrato a partire dal 1995 (OECD, 2012, p. 7; Travaglini, 2013b, p. 169 e Id., 2013a, in corso di pubblicazione).

Del resto, quella della reale efficacia di certe misure rispetto al fine perseguito è questione generale, che neppure il giurista può eludere, come ben si comprende, essendo egli chiamato ad affrontarla dal punto di vista del diritto. Nel caso di specie, si tratterà, pertanto, non solo di ricostruire, in sintesi, la disciplina giuridica delle misure di sostegno alla produttività del lavoro, dipanandone il complesso intreccio delle fonti, ma anche di verificare la sussistenza, all'interno di questa stessa disciplina, di previsioni idonee a garantire la realizzazione dell'obiettivo. Ciò è, dunque, quanto si tenterà di fare nel prosieguo di queste pagine.

⁴²⁹ V. ad esempio, l'intesa sottoscritta nel maggio 2013 per la provincia di Imperia o il "contratto collettivo territoriale di produttività per la provincia di Pesaro-Urbino detassazione 2013" stipulato il 29 marzo 2013, su cui v. Balestrieri, 2013, in corso di pubblicazione.

⁴³⁰ Per i numerosi problemi – oggetto di diversi chiarimenti ministeriali - emersi già in applicazione della previgente legislazione sulla detassazione, causa la sua «capziosa formulazione» e le «difficoltà connesse alla individuazione degli adempimenti del sostituto d'imposta», v. Putaturo Donati, 2009, p. 336; con riguardo, invece, ai problemi applicativi del D.P.C.M. 22 gennaio 2013 v. ora la risposta a interpello Ministero del lavoro n. 21 del 1° luglio 2013.

2. Decentramento contrattuale e struttura retributiva nell'Accordo interconfederale del 21 novembre 2012.

L'Accordo interconfederale "separato" del 21 novembre del 2012 recante *Linee programmatiche per la crescita della produttività e della competitività in Italia*, pur nel quadro di una conferma della struttura contrattuale a due livelli, con un sistema di decentramento controllato "dall'alto", mira a rafforzare oltremodo la contrattazione decentrata in funzione di incrementi di produttività⁴³¹, la cui bassa crescita «comporta un aumento del costo del lavoro per unità di prodotto (CLUP) e, quindi, una perdita di competitività (...)» (punto 1 – *Considerazioni introduttive* - dell'Accordo).

A tale scopo l'Accordo stabilisce, tra le altre regole, quella secondo cui «i CCNL possono definire che una quota degli aumenti economici derivanti dai rinnovi contrattuali sia destinata alla pattuizione di elementi retributivi da collegarsi ad incrementi di produttività e redditività definiti dalla contrattazione di secondo livello» (punto 2 – *Relazioni industriali e contrattazione collettiva* - dell'Accordo)⁴³². Si autorizza, in tal modo, uno scivolamento della struttura retributiva in direzione di una valorizzazione del salario variabile. Un tale scivolamento, realizzandosi inevitabilmente a scapito della parte fissa della retribuzione, comporta la possibilità di un alleggerimento del costo del lavoro, con una chiara erosione della «funzione solidaristica» del CCNL (su cui v. Cairo, 2013, p. 29), il quale, tanto più in assenza di una legislazione sindacale sui minimi retributivi (sul tema Magnani, 2010, p. 769), dovrebbe continuare effettivamente a «garantire la *certezza* (corsivo nostro) dei trattamenti economici e normativi comuni per *tutti* (corsivo nostro) i lavoratori rientranti

⁴³¹ In generale, sull'Accordo interconfederale del 21 novembre 2012 cfr. Giugni, 2013, p. 21; Tosi, 2013a, p. 538; Lassandari, 2013, p. 243; Antonioli, Pini, 2012, p. 9 e i contributi raccolti in Redazione ADAPT, 2012 e in AREL, europa, lavoro, economia, 2012, 6, p. 23 ss. nonché Lunardon, 2013, in corso di pubblicazione.

⁴³² A testimonianza dell'investimento sindacale sulla contrattazione decentrata in funzione di incrementi della produttività v. anche la previsione secondo cui «le Parti, tenuto conto delle specificità dei diversi comparti produttivi, consolideranno un modello contrattuale nel quale (...) la contrattazione di secondo livello, facilitata da idonee e strutturali politiche di vantaggio, operi per aumentare la produttività attraverso un migliore impiego dei fattori di produzione e dell'organizzazione del lavoro, correlando a tale aspetto la crescita delle retribuzioni dei lavoratori», nonché quella in forza della quale «le Parti si danno atto della necessità di favorire, soprattutto attraverso la contrattazione di secondo livello, soluzioni coerenti con i principi enunciati negli Accordi Interconfederali e in quelli di settore, al fine di agevolare la definizione di intese modificative delle norme contrattuali più mirate alle esigenze degli specifici contesti produttivi. Queste soluzioni contrattuali di secondo livello, peraltro, possono anche rappresentare un'alternativa a processi di delocalizzazione, divenire un elemento importante di attrazione di nuovi investimenti anche dall'estero, concorrere alla gestione di situazioni di crisi per la salvaguardia dell'occupazione, favorire lo sviluppo delle attività esistenti, lo *start up* di nuove imprese, il mantenimento della competitività, contribuendo così anche alla crescita territoriale e alla coesione sociale. In questo quadro è opportuno che i CCNL, tenendo conto delle specificità dei diversi settori, affidino alla contrattazione di secondo livello il compito di definire condizioni di gestione flessibile dell'orario di lavoro, al fine di rispondere alle diverse dinamiche temporali della produzione e dei mercati, nel rispetto della vigente normativa comunitaria oltre che dei diritti e delle esigenze delle persone»; e infatti «il contratto collettivo nazionale di lavoro (...) deve (...) prevedere una chiara delega al secondo livello di contrattazione delle materie e delle modalità che possono incidere positivamente sulla crescita della produttività, quali gli istituti contrattuali che disciplinano la prestazione lavorativa, gli orari e l'organizzazione del lavoro»: in tema Bavaro, 2013, p. 220, per il quale «l'Accordo sulla produttività ha legittimato del tutto le deroghe al contratto nazionale, anche come semplice contropartita per evitare delocalizzazioni o avviare nuovi investimenti, a prescindere da qualsiasi esigenza di specializzazione normativo-organizzativa»; Lassandari, 2013, p. 254-255, che ha interpretato tali previsioni come significative di «una chiarissima opzione preferenziale per la disciplina collettiva aziendale» e ha letto il riferimento a «intese modificative delle norme contrattuali più mirate alle esigenze degli specifici contesti produttivi» nel senso di un'apertura verso deroghe anche indipendenti da esigenze di specializzazione normativo-organizzativa; per una lettura meno radicale v. invece Lunardon, 2013, in corso di pubblicazione.

nel settore di applicazione del contratto» senza distinzione alcuna (punto 2 – *Relazioni industriali e contrattazione collettiva* - dell'Accordo).

A nulla vale affermare che la quota di incremento economico, siccome spostata sul terreno della negoziazione decentrata e qui collegata a indici di produttività e redditività, potrà poi beneficiare della riduzione del carico fiscale e contributivo, con ogni vantaggio per il lavoratore. A nulla vale affermarlo, perché quell'incremento economico, una volta imputato a parte "variabile" e non più "fissa" della retribuzione, diventerà comunque un incremento aleatorio (Lassandari, 2013, *passim*)⁴³³. Si pensi all'ipotesi, tutt'altro che remota nel contesto di gravissima crisi economica del Paese, dei dipendenti di un'impresa, la quale, pur avendo stipulato un contratto collettivo aziendale in materia di salario di produttività, registri poi un andamento negativo della produttività medesima: è evidente che detti dipendenti «perderebbero il diritto alla "quota" retributiva definita dal CCNL e il salario di produttività negoziato in tal sede potrebbe anche essere inferiore a questa o, addirittura, nullo» (Giugni, 2013, p. 21), con la conseguente riduzione della retribuzione percepita dai medesimi e la messa in discussione della certezza di minimi tariffari uniformi per tutto il settore produttivo⁴³⁴.

Del resto, l'erosione del tradizionale ruolo del CCNL è implicita anche nella previsione secondo cui «il contratto collettivo nazionale – superato definitivamente con il Protocollo del 1993 il sistema di indicizzazione dei salari» – mantiene sì «l'obiettivo mirato di tutelare il potere d'acquisto delle retribuzioni», ma «deve» farlo, rendendo «la dinamica degli effetti economici, definita entro i limiti fissati dai principi vigenti, coerente con le tendenze generali dell'economia, del mercato del lavoro, del raffronto competitivo internazionale e gli andamenti specifici del settore»: «come a dire che il recupero del potere d'acquisto – se queste condizioni sono negative – può non essere totale» (Giugni, 2013, p. 20).

3. L'intervento statale: sgravio contributivo, regime fiscale agevolato e nozione di «retribuzione di produttività» nella legge e nella disciplina regolamentare.

Che il prospettato slittamento di una quota degli incrementi economici dalla parte fissa – quella contrattata a livello nazionale - alla parte variabile della retribuzione – quella negoziata al secondo

⁴³³ Per l'esigibilità dei premi *ex art.* 1359 cod. civ. anche qualora l'obiettivo di produttività, redditività e qualità non sia stato conseguito, ma per cause non imputabili al prestatore v. Villa 2013, p. 451.

⁴³⁴ Per Lassandari, 2013, p. 251-252 il prospettato slittamento di una quota degli incrementi economici dal livello nazionale a quello aziendale introduce «seri dubbi pure sul concreto rispetto della funzione di garanzia della "certezza" dei trattamenti economici, attribuita appunto al contratto nazionale», ponendo problemi di conformità con l'art. 36 Cost. qualora l'entità di quella quota dovesse essere considerevole o comunque non insignificante; l'A. ritiene, inoltre, che a tale innovativo disposto si ispiri ora il nuovo CCNL ("separato") per l'industria metalmeccanica del 5 dicembre 2012, per quanto concerne quella clausola retributiva, introdotta in esplicita attuazione dell'Accordo del 2011, la quale stabilisce che «mediante accordo aziendale, per aderire alle esigenze degli specifici contesti produttivi, per far fronte a situazioni di crisi e per agevolare gli *start-up*, per favorire accordi per l'incremento della produttività ed eventualmente fruire dei benefici fiscali e contributivi che saranno definiti dal Governo (...) potrà essere stabilita una diversa decorrenza della seconda e della terza *tranche* di aumento dei minimi con spostamento in avanti fino a dodici mesi. Al termine di ciascun periodo di differimento i minimi dovranno in ogni caso essere incrementati degli importi previsti dalla tabella precedente»; diversamente, però, Lunardon, 2013, in corso di pubblicazione, secondo cui «l'Accordo Interconfederale sulla produttività sembra finora non aver avuto alcun seguito sotto il profilo della nuova gestione comune, tra contratto nazionale e aziendale/territoriale, degli aumenti economici derivanti dai rinnovi contrattuali»; in generale, per le preoccupazioni espresse dagli stessi documenti sindacali europei in merito a surrettizi blocchi salariali effetto del legame tra retribuzioni e andamento della produttività in tempo di crisi, v. Treu, 2013, p. 41.

livello – comporti, dunque, possibili sacrifici - ossia ricadute negative sul reddito - per almeno una parte dei lavoratori dipendenti dei diversi settori produttivi è, dunque, acclarato. Altrettanto chiara è, però, la ragione posta a sostegno di una tale ipotesi e cioè la necessità di realizzare in ogni modo recuperi significativi di produttività nel sistema delle imprese del nostro Paese, così da rilanciarne la competitività⁴³⁵.

A tale scopo, su richiesta delle stesse parti sociali⁴³⁶, è intervenuto l'art. 1, c. 481, L. n. 228/2012, che ha introdotto una speciale agevolazione, applicabile nel limite massimo di onere di 950 milioni di euro per l'anno 2013 e di 400 milioni di euro per l'anno 2014, diretta a sostenere misure sperimentali per l'incremento della produttività. In attuazione della legge, il D.P.C.M. del 22 gennaio 2013 ha stabilito che nel limite delle menzionate risorse, «le somme erogate» nel corrente anno (e nel limite massimo di 2.500 euro lordi) «a titolo di retribuzione di produttività, in esecuzione di contratti collettivi di lavoro sottoscritti a livello aziendale o territoriale (di seguito denominati ... "contratti"), ai sensi della normativa di legge e degli accordi interconfederali vigenti, da associazioni dei lavoratori comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, ovvero dalle loro rappresentanze sindacali operanti in azienda, sono soggette a un'imposta sostitutiva dell'imposta sul reddito delle persone fisiche e delle addizionali regionali e comunali pari al 10%» (in tema Tomassetti, 2013, p. 1 ss., nonché, Lunardon, 2013, in corso di pubblicazione).

Come si vede, lo Stato, nel detassare parzialmente la retribuzione di produttività, compie uno sforzo finanziario non certo trascurabile, tanto più se lo si affianca a quello derivante dallo sgravio contributivo (da ultimo, Malandrini, 2013, p. 141), concesso da altra normativa (L. n. 247/2007, L. n. 92/2012, D.M. 27 dicembre 2012, circolare INPS n. 73 del 2012; per le modalità di concreta fruizione dello sgravio v. il messaggio INPS del 20 settembre 2013, n. 14855), in misura totale per il lavoratore e nel limite massimo di 25 punti dell'aliquota per il datore - entro i limiti di copertura delle risorse assegnate all'apposito Fondo istituito presso il Ministero del Lavoro, pari a 650 milioni di euro annui - a fronte di erogazioni, di cui ai contratti collettivi aziendali e territoriali, «correlate a incrementi di produttività, qualità redditività, innovazione ed efficienza organizzativa, oltre che collegate ai risultati riferiti all'andamento economico o agli utili della impresa o a ogni altro elemento rilevante ai fini del miglioramento della competitività aziendale».

Quanto all'applicazione del regime fiscale agevolato, è, peraltro, interessante notare come il D.P.C.M. introduca una nozione di "retribuzione di produttività" peculiare e articolata, costruita

⁴³⁵ Come ben si comprende, il contenimento del costo del lavoro è, in quest'ottica, concepito quale presupposto necessario, esso stesso, per l'implementazione di politiche di incremento della produttività. Eppure, secondo quanto affermato nelle considerazioni introduttive dell'Accordo, sarebbe la bassa crescita della produttività a causare un aumento del costo del lavoro per unità di prodotto (CLUP), sicché – a mantener ferme tali premesse - basterebbe intervenire positivamente sulla sola produttività per ottenere effetti di riduzione del CLUP, senza alcun bisogno di ricorrere a misure di compressione salariale, le quali, riducendo lo *standard* di vita dei lavoratori dipendenti, finiscono inevitabilmente per deprimerne anche la propensione al consumo: si tratterebbe di imboccare, in altri termini, quella che gli studiosi indicano come la «via "alta" alla competitività» (Costabile, 2009, p. 181); una via, al contrario, accantonata, in questo caso, dalle parti contraenti.

⁴³⁶ Cfr. la *Premessa* dell'Accordo interconfederale del 21 novembre 2012, laddove «le Parti chiedono al Governo e al Parlamento di rendere stabili e certe le misure previste dalle disposizioni di legge per applicare, sui redditi da lavoro dipendente fino a 40 mila euro lordi annui, la detassazione del salario di produttività attraverso la determinazione di un'imposta, sostitutiva dell'IRPEF e delle addizionali, al 10%»; cfr. pure il punto 2. *Relazioni industriali e contrattazione collettiva* dell'Accordo, ove si afferma che «è necessario, altresì, incrementare e rendere strutturali, certe e facilmente accessibili tutte le misure fiscali e contributive volte ad incentivare la contrattazione di secondo livello che collega parte della retribuzione al raggiungimento di obiettivi di produttività, di qualità, di redditività, di efficacia, di innovazione, di valorizzazione del lavoro, di efficienza organizzativa e altri elementi rilevanti ai fini del miglioramento della competitività del settore produttivo».

su indicatori quantitativi, ma anche qualitativi e organizzativi, si da ritenere, nella specie, incentivabili:

- 1) «le voci retributive erogate, in esecuzione di contratti, con espresso riferimento ad indicatori quantitativi di produttività/redditività/qualità/efficienza/innovazione»;
- 2) «le voci retributive erogate, in esecuzione di contratti, che prevedano l'attivazione di almeno una misura in almeno tre delle aree di intervento di seguito indicate: a) ridefinizione dei sistemi di orari e della loro distribuzione con modelli flessibili, anche in rapporto agli investimenti, all'innovazione tecnologica e alla fluttuazione dei mercati finalizzati ad un più efficiente utilizzo delle strutture produttive idoneo a raggiungere gli obiettivi di produttività convenuti mediante una programmazione mensile della quantità e della collocazione oraria della prestazione; b) introduzione di una distribuzione flessibile delle ferie mediante una programmazione aziendale anche non continuativa delle giornate di ferie eccedenti le due settimane; c) adozione di misure volte a rendere compatibile l'impiego di nuove tecnologie con la tutela dei diritti fondamentali dei lavoratori, per facilitare l'attivazione di strumenti informatici, indispensabili per lo svolgimento delle attività lavorative; d) attivazione di interventi in materia di fungibilità delle mansioni e di integrazione delle competenze, anche funzionali a processi di innovazione tecnologica» (art. 2)⁴³⁷.

4. L'interesse sottostante all'intervento statale: competitività dell'impresa, produttività del lavoro, nuova occupazione.

Sopraffacciamo in merito alle tante obiezioni cui si presta un intervento normativo di tal fatta, che declina la produttività in riferimento al solo fattore "lavoro", e ne affida la crescita a meri meccanismi di incentivazione dello sforzo lavorativo⁴³⁸, funzionalizzando il decentramento contrattuale strettamente a questo fine, sovente con richiamo a indicatori di produttività/redditività poco realistici (Gragnoli, 2012, p. 17), difficili da valutare⁴³⁹ e «il cui raggiungimento dipende in larga

⁴³⁷ In tema cfr. Tomassetti, 2013, p. 1 ss.; cfr. pure, Lunardon, 2013, in corso di pubblicazione, secondo cui il raccordo tra incentivi retributivi e flessibilità organizzative prospettato dal D.P.C.M. «realizza direttamente ed in forma del tutto inedita una sorta di monetizzazione del valore della flessibilità» in ordine a materie che sono poi le stesse di cui al punto 7 dell'Accordo Interconfederale del novembre 2012, esprimendo, così «in chiari termini quella equazione flessibilità-produttività che nell'A.I. del 16 novembre 2012 restava comunque implicita». L'operazione, osserva l'A., è affidata peraltro direttamente alla competenza del contratto di secondo livello, non, invece, del primo, come desumibile dal punto 7 dell'Accordo Interconfederale del novembre 2012.

⁴³⁸ Nell'ambito dell'ampia letteratura sui fattori che condizionano la produttività, v., per considerazioni critiche, Costabile, 2009, p. 182 ss., la quale osserva come la produttività oraria del lavoro sarà tanto maggiore quanto maggiori sono l'intensità capitalistica del processo produttivo e la produttività totale dei fattori, entro cui «rientrano in particolare fattori relativi alle *caratteristiche qualitative* del lavoro e del capitale, e fattori di natura tecnologica, istituzionale e organizzativa» (p. 184); sicché ogni intervento che affidi «le *chances* di ripresa della produttività» a un «solo fattore (il "premio")» finisce per apparire quantomeno «"unidimensionale"» (p. 186); cfr. anche Pini, 2012, p. 1 ss.; Travaglini, 2013b, p. 163 ss., specie per la tesi che collega il declino della produttività all'incapacità delle imprese, che non hanno saputo approfittare dell'accresciuta flessibilità del lavoro, dunque, dell'abbassamento del suo costo, per realizzare investimenti finalizzati alla riqualificazione dei processi produttivi; Bavaro, 2009, p. 213; per una declinazione della produttività in rapporto soprattutto agli aspetti qualitativi del lavoro, viepiù rilevanti a seguito dei mutamenti dei processi produttivi, v. Farina, 2007; D'Onglia, 2009, p. 257; v. anche Pantano, 2012, per il quale tali mutamenti hanno ricadute sulle stesse «ricostruzioni tradizionali» in materia di rendimento del lavoratore, «inteso soltanto come parametro quantitativo». La valutazione del prestatore non può, invece, più separare «la qualità dalla quantità, perché il giudizio dell'imprenditore attinge alla corrispondenza tra gli obiettivi realizzati e le sue aspettative» (p. 102).

⁴³⁹ La scelta di indicatori certi e misurabili è essenziale ai fini della configurazione e dell'efficacia dei premi, ma la prassi contrattuale italiana segnala significative criticità in proposito, con una pluralità spesso troppo accentuata di parametri di riferimento, che «rischia di complicare il funzionamento del sistema senza necessariamente raggiungere l'obiettivo dichiarato di precisare il nesso salario-

misura da scelte strategiche» dell'impresa, «che esulano dall'impegno dei lavoratori» (Carinci, De Luca Tamajo, Tosi, Treu, 2013, p. 327). Soprassediamo su questo e guardiamo all'intervento normativo per quel che è, sì da individuarne almeno con più precisione la *ratio*.

Su questa strada, ci si potrà chiedere come mai lo Stato – in presenza di forti problemi finanziari, che lo inducono a selezionare tra le diverse aree di intervento – abbia deciso, con tali provvedimenti, di stanziare risorse economiche per incentivare un utilizzo più intensivo o comunque più proficuo della manodopera già occupata nell'impresa, invece di focalizzare tutti i suoi sforzi sul sostegno all'occupazione di inoccupati e disoccupati in cerca di lavoro – sostegno pur non assente dal più recente orizzonte normativo⁴⁴⁰ – a prima vista dando l'impressione di voler concentrarsi più, come si dice, sugli *insider* che sugli *outsider*.

La risposta è che si tratta, in questo caso, di interventi non tanto di tutela dei lavoratori, quanto di sostegno al sistema produttivo nel suo complesso; interventi, dunque, di politica economica, fondati sulla consapevolezza che finché quel sistema non recupererà competitività non sarà in grado di mantenere l'occupazione, né tantomeno di crearne della nuova.

Possiamo affermare, pertanto, che la produttività assurga, in questa logica, a interesse pubblico generale, siccome funzionale al rilancio della competitività dell'impresa, ma anche al mantenimento dei livelli occupazionali, nonché indirettamente, e in un'ottica di più lungo periodo, alla creazione di nuovi posti di lavoro⁴⁴¹. La mancata realizzazione di tale interesse sarà, pertanto, in grado non solo di vanificare simili obiettivi, ma anche di creare disparità di trattamento intollerabili, se è vero che chi irragionevolmente gode del sostegno economico statale, è destinatario di privilegi ingiustificati, quindi, illegittimi.

5. Quali garanzie di realizzazione del risultato?

A fronte di un tale interesse generale e a uno Stato che, per perseguirlo, è disposto a investire danaro pur a fronte di una grave penuria delle risorse, ci si aspetterebbe la presenza di misure e meccanismi rigorosi, capaci di garantire l'accesso alle risorse stesse solo in presenza di seri e fondati programmi imprenditoriali, improntati a recuperi di competitività reali, in cui abbia una parte fondamentale l'elemento della produttività del lavoro, declinato mediante collegamento della

produttività»: Treu, 2010, p. 649, v. anche Lassandari, 2009, p. 329, per il quale «occorrerebbe effettuare un salto di qualità nella configurazione tecnica degli indicatori di produttività» e «soffermarsi sull'impiego di parametri di bilancio, i quali solo in parte paiono correttamente registrare incrementi di produttività»; Ghezzi, 1994, p. 13, che parla a riguardo di «indici (...) decisamente affidati (...) all'arte di arrangiare il bilancio aziendale ("l'andamento economico dell'impresa", ancorché lo si voglia, e lo si riesca, a interpretare con esclusione della componente finanziaria)»: non vidi, ma riportato in Lassandari, 2009, p. 329, nota 66.

⁴⁴⁰ V. il D.L. n. 76 del 2013 conv. in L. n. 99 del 2013, recante "Primi interventi urgenti per la promozione dell'occupazione, in particolare giovanile, della coesione sociale, nonché in materia di Imposta sul valore aggiunto (IVA) e altre misure finanziarie urgenti".

⁴⁴¹ Per Treu, 2010, p. 659, «l'impiego di risorse pubbliche si giustifica (...) non per un generico favore della contrattazione ma per il suo carattere innovativo e per i vantaggi che da essa possono derivare al sistema aziendale e produttivo. In altre parole, uno scambio virtuoso fra retribuzione e produttività concordato e regolato collettivamente è considerato di utilità generale, assume cioè il carattere di bene pubblico»; in tal senso già Dell'Aringa, 2009, p. 3, non vidi, ma riportato in Treu, 2010, p. 659; Bordogna, 2012, 24; per una particolare lettura v. Bavaro, 2013, p. 222 e *passim*, che nei provvedimenti normativi volti a incrementare la produttività tramite contrattazione aziendale – specie quelli fondati sul meccanismo della "deroga" – pare ravvisare il segno di una concezione delle relazioni di lavoro tutta centrata sulla ragione tecnico-produttiva aziendale, come se l'impresa, in quanto luogo di produzione della ricchezza, rappresentasse essa stessa un'utilità sociale, giacché strumento per la realizzazione del benessere e dell'occupazione (art. 4 Cost.), invece che il mero oggetto di una libertà assoggettata al limite dell'utilità sociale (art. 41, comma 2, Cost.).

retribuzione a indicatori quantitativi di produttività/redditività/qualità/efficienza/innovazione o a significative innovazioni organizzative.

Se si guarda, per la verità, alla passata esperienza, i risultati sono tutt'altro che incoraggianti. Come osservato, «il sostegno alla contrattazione decentrata via defiscalizzazione e decontribuzione si è tradotto non raramente in una distribuzione poco selettiva di incentivi» (Bordogna, 2012, p. 27), quindi in uno stimolo alla tenuta di comportamenti tutt'altro che dinamici e virtuosi ad opera delle parti.

Le normative di agevolazione fiscale e contributiva, invece di alimentare veri e propri incrementi di produttività concordati a livello territoriale o aziendale, hanno per lo più generato “accordi fotocopia”, mentre «eccellenti accordi aziendali (Zf, Italiana Assicurazioni, Endress-Hauser, Luxottica, Zanussi, Nestlè, Ferrero ed altri)» (Pero, Ponzellini, 2012, p. 429)⁴⁴² sono stati sottoscritti al di fuori di quelle normative, alla loro stipulazione concorrendo evidentemente altri fattori tra cui, probabilmente, la dimensione, la collocazione geografica e la vocazione internazionale delle imprese, la maturità delle relazioni sindacali, la propensione del *management* allo sviluppo di più attente e moderne politiche di gestione del personale. Tali accordi, non di rado, hanno puntato sullo sviluppo di complessi e sofisticati sistemi di *welfare aziendale* - assistenza sanitaria e sociale, servizi di cura adatti alle diverse età delle persone, disponibilità di tempo libero per attività di formazione e di *wellness* (emblematico il caso Luxottica, su cui v. Di Stani, Zucaro, 2013, p. 1) - «variamente configurati e combinati in forme standard o più spesso personalizzati e flessibili a seconda delle preferenze di singoli e di gruppo», così contribuendo «a relativizzare se non a svalutare l'efficacia della (mera) leva retributiva come strumento di motivazione» del personale (Treu, 2010, p. 659)⁴⁴³.

I citati “accordi fotocopia” sono apparsi, invece, avulsi da disegni strategici di innalzamento della capacità produttiva dell'impresa ovvero di maggiore efficienza nell'organizzazione del lavoro, avendo finito per ruotare, pressoché indistintamente, sulle medesime “innovazioni” di produttività: il lavoro straordinario o supplementare, le clausole elastiche e flessibili, il lavoro notturno, il premio di risultato, il lavoro a turno, il lavoro *part-time*, le ferie non godute, l'indennità di pronta disponibilità, l'indennità di coordinamento». Si tratta di voci, che, salvo qualche rara seppur importante eccezione, erano già state negoziate in sede di contrattazione collettiva nazionale e a cui, pertanto, le intese aziendali o territoriali si limitano semplicemente «a dare formale copertura» (Fazio, Tiraboschi, 2012, p. 2).

Oggi, non sembra che Governo e parti sociali abbiano fatto tesoro di una simile lezione dei fatti. Quanto al Governo, ne dà una significativa riprova soprattutto la circolare n. 15 del 2013,

⁴⁴² Per alcune ulteriori *best practices* negoziali a livello decentrato v. Cisl, 2012.

⁴⁴³ Come emerge dal *report* sulla contrattazione di secondo livello dell'Osservatorio Cisl (Ocsel) – cfr. Sbarra, Stendardi, Munno (a cura di), 2012 – nell'attuale contesto di crisi economica, a fronte di una diminuzione della contrattazione del salario, c'è stato persino un aumento degli accordi sulle prestazioni sociali e sanitarie, meno onerose per le aziende e comunque apprezzate dai lavoratori. Per un esempio di accordi, che, al di là del caso più noto di Luxottica, pongono l'accento (anche) sul tema del *welfare* aziendale, v. l'Accordo Abi del 19 aprile 2013 in tema di conciliazione dei tempi di lavoro, pari opportunità e responsabilità sociale d'impresa (su cui cfr. Zucaro, 2013, p. 822), il Protocollo per la Competitività del Gruppo Finmeccanica e per un Nuovo Modello di Relazioni Industriali del 16 aprile 2013, l'Accordo Sea Aeroporti Milano, del settembre 2011, su cui cfr. Mallone, 2012.

Per una valutazione positiva delle politiche di *welfare* aziendale, quale possibile «modalità con cui le imprese» garantiscono «coperture di rischio e servizi alla comunità di cui fanno parte, chiedendo in cambio un impegno nello stesso senso dei *partners* co-interessati» v. Rullani, 2012, p. 25; riscontra, tuttavia, l'assenza, nella legge e nei CCNL, di un indirizzo legislativo promozionale di accordi di secondo livello in materia di *welfare* aziendale Malandrini, 2013, p. 141.

evidentemente ispirata all'obiettivo di arginare eventuali strette sulle voci retributive per effetto del D.P.C.M. del 22 gennaio 2013. Come visto (cfr. *retro* § 3), l'art. 2 del decreto ha fornito una "doppia nozione", per così dire, di «retribuzione di produttività» negoziata ai sensi dell'art. 1: la prima, collegata a determinati *indicatori quantitativi* (di produttività/redditività/qualità/efficienza/innovazione); la seconda, connessa all'attivazione di almeno «una misura in almeno tre» delle quattro «aree di intervento» indicate dal medesimo decreto (flessibilità oraria, distribuzione flessibile delle ferie, adozione di misure dirette all'impiego di nuove tecnologie compatibilmente con la tutela dei diritti fondamentali dei lavoratori, fungibilità delle mansioni e integrazione delle competenze). Deve essere stata soprattutto tale seconda nozione – nel suo tentativo di indirizzare il sostegno statale verso interventi di flessibilizzazione ad ampio raggio dell'organizzazione di lavoro – a destare timori di un'eccessiva selettività, sì da suggerire una lettura estensiva del concetto di «indicatore quantitativo» di cui alla prima nozione, con la conseguenza di ricondurre qualsivoglia indicatore volto «a remunerare un apporto lavorativo finalizzato ad un miglioramento della produttività *in senso lato* e quindi anche ad una "efficientazione" aziendale (corsi nostri)» (circ. n. 15 del 2013, p. 3, par. intitolato alla *Retribuzione di produttività*).

Si tratta di erogazioni economiche, corrisposte anche in misura fissa e continuativa, giacché, per esplicita previsione, esse «*possono* (corsivo nostro)», e non devono⁴⁴⁴, essere incerte «nella loro corresponsione e nel loro ammontare» (circ. n. 15 del 2013, p. 3, par. intitolato alla *Retribuzione di produttività*). Vi rientrano «a titolo (...) esemplificativo» non solo voci retributive collegate a indicatori puramente quantitativi – l'«andamento del fatturato», la «maggior soddisfazione della clientela rilevabile dal numero dei clienti cui si dà riscontro», i «minori costi di produzione a seguito dell'utilizzo di nuove tecnologie», la «lavorazione di periodi di riposo di origine pattizia (ad es. ROL), le «prestazioni lavorative aggiuntive rispetto a quanto previsto dal CCNL», i «premi di rendimento o produttività (quelli ad es. che già fruiscono dello sgravio contributivo ai sensi dell'art. 1, comma 67, della L. n. 247/2007)» – ma anche altri emolumenti non propriamente misurabili o quantificabili attraverso indici – le «quote retributive ed eventuali maggiorazioni corrisposte in funzione di particolari sistemi orari (...) a ciclo continuo, sistemi di "banca delle ore", indennità di reperibilità, di turno o di presenza, clausole flessibili o elastiche», i «ristorni ai soci delle cooperative nella misura in cui siano collegati ad un miglioramento della produttività», le «modifiche alla distribuzione degli orari (...) in azienda, le «modifiche orientate alla gestione di turnazioni o giornate aggiuntive (ad es. lavoro domenicale o festivo), e/o orari a scorrimento su giornate non lavorative e/o alla gestione delle modalità attuative dei regimi di flessibilità previsti dai CCNL», nonché, a mo' di formula di chiusura, ogni altro analogo intervento teso «al miglioramento dell'utilizzo degli impianti e dell'organizzazione del lavoro» (circ. n. 15 del 2013, p. 3, par. intitolato alla *Retribuzione di produttività*) –.

La prima nozione di retribuzione di produttività, quella collegata a indicatori quantitativi, è stata, così, ampliata a dismisura, con l'effetto di oscurare persino il senso e l'utilità della seconda e più rigorosa nozione (per tale rischio, v. già Tomassetti, 2013, p. 1). Nulla pare essere cambiato, dunque, rispetto al passato, quando – sempre in forza di appositi chiarimenti ministeriali – erano state ammesse al beneficio fiscale esattamente tutte le voci retributive finora menzionate (Putaturo Donati, 2009, p. 338 ss.). Se così stanno le cose, permane a tutt'oggi intatta l'eventualità di

⁴⁴⁴ Eppure secondo Treu, 2010, p. 660 e *passim*, è coesistente alla natura dei premi la caratteristica della loro variabilità, sì da potersi dubitare che vi siano comprese erogazioni economiche collegate, ad esempio, alla presenza del lavoratore.

c.d. accordi cosmetici (Pini, 2012, p. 5; Lassandari, 2013, p. 252), destinati a premiare «una “maggiore” produttività che, nella quasi totalità dei casi, non esiste», ovvero di intese volte a incentivare flessibilità già contrattate e remunerate «a livello nazionale nell’ambito dei periodici rinnovi contrattuali e retributivi» (Fazio, Tiraboschi, 2012, p. 2).

Le cose non mutano se dal versante del Governo si passa a quello delle parti sociali. Le prassi contrattuali continuano, infatti, a rappresentare, a tutt’oggi, un «terreno arido» per la ricerca di soluzioni innovative di accrescimento della competitività dell’impresa (Fazio, 2013, p. 67).

Come già visto, le organizzazioni sindacali hanno concluso, in alcuni settori produttivi, specifici accordi quadro, con lo scopo di agevolare l’accesso alla detassazione (v. *retro*, § 1). Detti accordi, nel definire modelli negoziali standard, utili alla successiva stipulazione di contratti territoriali o aziendali, hanno predisposto elencazioni esemplificative degli istituti ammessi a beneficiare dell’aliquota fiscale ridotta. Tali elencazioni tendono, tuttavia, anch’esse a comprendere la solita innumerevole gamma di voci retributive, senza alcuna spinta verso la ricerca di un più nitido e stringente collegamento tra retribuzione e risultati d’impresa, né particolare attenzione all’incentivazione di schemi e soluzioni nuove sul piano del cambiamento tecnologico e organizzativo, dell’innovazione di prodotto e della sua qualità (come, al contrario, auspicato in letteratura: v. Carrieri, 2012, p. 30). Le parti sindacali – fermo l’assoluto silenzio sulla seconda nozione di retribuzione di produttività (quella più rigorosa e selettiva) – hanno finito, invece, per richiamare – alla stregua della prima nozione – voci, che, sulla falsariga di quanto già previsto dalla circolare ministeriale, mirano tendenzialmente a premiare, a spese dello Stato, nulla più di quei regimi di flessibilità oraria utili al proficuo impiego della struttura produttiva da parte dell’impresa o comunque alla garanzia di quel minimo di elasticità organizzativa necessaria per far fronte alle variabilità del mercato⁴⁴⁵.

Nel punto 2 dell’Accordo interconfederale per l’industria del 24 aprile 2013, come pure nel punto 2 dell’Accordo interconfederale stipulato il 1° agosto 2013 con Confimi Impresa, detti regimi di flessibilità oraria diventano, anzi, persino le uniche voci detassabili, almeno per quelle imprese che decidano di non avvalersi della procedura di stipulazione di contratti aziendali ai sensi del precedente punto 1. L’Accordo parla, più precisamente, di «voci retributive – così come previste nella circolare n. 15/2013 – erogate a fronte di prestazioni lavorative diverse da quelle rese in osservanza degli orari di lavoro applicati in azienda», ove il termine «diverse» è da intendere nel senso dell’introduzione di misure nuove per le aziende che le applicano, ma non necessariamente con riferimento al CCNL applicato in azienda (cfr. interpello n. 21 del 2013 del Ministero del Lavoro).

Nell’ambito dei regimi di flessibilità oraria rispunta, poi, immancabile, la detassabilità dei compensi per lavoro straordinario⁴⁴⁶, benché, dal punto di vista degli innalzamenti di produttività,

⁴⁴⁵ Si tratta, peraltro, di flessibilità generalmente contrattate per iniziativa della dirigenza aziendale – come dimostrano alcuni studi di caso svolti a livello europeo e raccolti nel *report* di Eurofound, 2012 – e che per ciò stesso costituiscono massima espressione della «razionalità aziendale», per dirla con le parole di Bavaro, 2013, *passim*.

⁴⁴⁶ In tal senso v. espressamente il “Contratto collettivo territoriale di produttività per la provincia di Pesaro-Urbino detassazione 2013” del 29 marzo 2013.

bisognerebbe piuttosto incentivare la capacità di produrre con meno ore lavorate⁴⁴⁷, in contrasto con la tendenza delle aziende italiane al ricorso strutturale a lavoro eccedente il regime orario ordinario (Bavaro, 2009, p. 217). Si è rilevato, in letteratura, che «il dilagare delle ore straordinarie combina la scarsa capacità di pianificazione e razionalizzazione dei processi da parte delle imprese (...) con la fame di retribuzione aggiuntiva da parte dei lavoratori la cui dinamica salariale reale è stata notoriamente negativa – almeno per il settore privato – per tutto l'ultimo decennio. Lo straordinario è una risposta organizzativamente “povera” alle esigenze sempre meno eccezionali di flessibilità della produzione e al contempo rappresenta un costo altamente improduttivo per le aziende perché spesso aumenta anziché ridurre i problemi di efficienza organizzativa (...), tanto che, com'è noto, le aziende più efficienti ed organizzate lo usano poco» (Pero, Ponzellini, 2012, p. 40).

E per finire, casomai qualcosa fosse sfuggito, gli accordi quadro non escludono neppure il ricorso a formule di chiusura come quella – elaborata sulla falsariga della circolare ministeriale – relativa a «ogni altra voce retributiva finalizzata a incrementare la produttività aziendale, la qualità, la competitività, la redditività, l'innovazione e l'efficienza organizzativa»⁴⁴⁸ (sul punto, già con riferimento alla passata esperienza, Fazio, Tiraboschi, 2012, p. 47).

I provvedimenti governativi condizionano, altresì, l'attuazione dei benefici fiscali all'adempimento, da parte del datore, dell'obbligo di deposito, presso la Direzione Territoriale del Lavoro competente per territorio (DTL), dei contratti collettivi decentrati, entro un mese dalla loro sottoscrizione, con allegata autodichiarazione di conformità dei contratti stessi alle disposizioni del D.P.C.M. 22 gennaio 2013. Fermo restando che il Ministero del lavoro provvederà alla raccolta di questi contratti, è contemplato, infine, un impegno del Governo, espresso, tuttavia, in forma alquanto vaga, ad aprire un confronto con le parti sociali entro il 30 novembre 2013 «per acquisire elementi conoscitivi in ordine all'applicazione dei contratti e all'effettiva idoneità delle previsioni (menzionate) (...) a conseguire gli obiettivi di incremento della produttività, anche al fine di orientare le successive determinazioni in materia».

Tali disposizioni, dettate con finalità di monitoraggio della disciplina sinora tratteggiata, appaiono tuttavia, deboli. E d'altronde, è la stessa circolare ministeriale n. 15 del 2013 a stabilire «che la rispondenza delle voci retributive introdotte alle finalità volute dal Legislatore rappresenta un elemento di esclusiva valutazione da parte della contrattazione collettiva, cosicché *l'agevolazione non può ritenersi condizionata ai risultati effettivamente conseguiti* (corsivo nostro)». La previsione, ribadita nell'interpello n. 21 del 2013, sorprende non poco, perché, certo, l'autonomia collettiva è sacrosanta per Costituzione, ma elevarla, come qui accade, a schermo dietro cui

⁴⁴⁷ Come osserva Bavaro, 2009, p. 217, «dal punto di vista della produttività, all'aumento di ore lavorate può conseguire un aumento dell'indice di produttività del lavoro solo se a esso consegue un aumento percentuale della produzione superiore a quello delle ore lavorate. Al contrario, produrre un medesimo valore con meno ore lavorate comporta un incremento della produttività». Non a caso, la L. n. 549/1995 (art. 2, commi 18-21) penalizzava lo straordinario sul piano contributivo, con un duplice obiettivo: indurre le imprese «ad aumentare le ore lavorate mediante nuove assunzioni» oppure incentivarle «a produrre con meno ore lavorate»: v. Bavaro, 2009, p. 217; cfr. pure Putaturo Donati, 2009, p. 347, secondo cui l'incentivazione dello straordinario «rischia di risolversi in un disincentivo occupazionale».

⁴⁴⁸ In tal senso il “Contratto collettivo territoriale di produttività per la provincia di Pesaro-Urbino detassazione 2013” del 29 marzo 2013, benché nella parte iniziale del testo contrattuale si cerchi quantomeno di ordinare e sistematizzare le voci retributive in rapporto ai diversi indici di produttività, qualità, efficienza, redditività e innovazione.

trincerarsi per esimersi ancora una volta da una stretta verifica di conformità degli strumenti utilizzati agli obiettivi perseguiti sembra eccessivo⁴⁴⁹. Stando così le cose, non vi sarà evidentemente modo per perseguire esperienze di contrattazione finalizzate a recuperi di produttività solo fittizi⁴⁵⁰. Forse un'eccezione potrebbe esservi per i soli accordi collettivi di prossimità, che pure godono del regime di decontribuzione e di detassazione sinora descritto, ma che l'art. 8 D.L. n. 138/2011 conv. in L. n. 148/2011 vuole strettamente funzionalizzati agli obiettivi, per quanto ampiamente indicati, del suo comma 1 e alle materie elencate nel suo comma 2, cosicché il giudice ben potrà statuirne la nullità in sede giudiziale ove il rispetto di tali commi manchi, con conseguente obbligo per i datori di lavoro che abbiano fruito delle agevolazioni fiscali e contributive di restituire allo Stato il relativo *quantum*⁴⁵¹.

6. Produttività, miglioramenti organizzativi del lavoro, modello di relazioni sindacali: rilievi conclusivi.

Alla luce di quanto emerso finora, v'è da chiedersi quali spazi residuino per un ragionamento sulla *produttività* presa sul serio e quali sarebbero i termini corretti per impostare un tale ragionamento. A voler riflettere con rigore sulla questione, vi sarebbe quantomeno da domandarsi quanto la produttività aziendale possa dipendere da quella del lavoro, e quali fattori organizzativi del lavoro stesso siano comunque in grado di influenzare detta produttività.

L'Accordo interconfederale del 21 novembre 2012 non manca di prendere atto del fatto che sulla «produttività (...) incidono, oltre al lavoro, molte altre voci sia materiali (energia, logistica, trasporti) sia immateriali (ad esempio burocrazia, sicurezza, legalità, istruzione)» e che «diviene altresì centrale l'investimento nell'ammodernamento dei macchinari e in ricerca e sviluppo per l'introduzione di innovazioni di prodotto e di processo». Da ciò, tuttavia, non deduce nulla più se non una devoluzione allo Stato di ogni competenza e responsabilità a riguardo, trattandosi di «temi programmatici», i quali «debbono trovare adeguato rilievo nella Agenda di Governo del Paese» (cfr. punto 1. *Considerazioni introduttive* dell'Accordo).

A propria volta, le politiche di agevolazione fiscale e contributiva della c.d. retribuzione di produttività negoziata al secondo livello non hanno dato finora i frutti sperati. In letteratura, si è anzi

⁴⁴⁹ Osserva Pini, 2012, p. 5, che «l'introduzione del vantaggio fiscale, nelle varie fasi, mai è stata accompagnata da una attività di verifica e di controllo di quanto variabile sia effettivamente il salario che gode di tale vantaggio. (...) Nessuna verifica congiunta o unilaterale di un organo istituzionale viene prevista. Anzi, se un ricercatore fosse interessato a prendere visione di tali accordi, per farne appunto un'analisi di coerenza rispetto a quanto previsto dalla legislazione, nella maggior parte dei casi si trova di fronte ad un diniego della istituzione per ragioni di *privacy*. Il Cnel, che possiede l'archivio dei contratti nazionali di lavoro dalla sua istituzione, non è mai stato coinvolto nella raccolta e monitoraggio della contrattazione aziendale (...)»; v. anche Tomassetti, 2012, p. 3-4, che rimprovera all'Accordo interconfederale del 21 novembre 2012 di non aver disegnato, a fronte dell'esperienza negativa degli accordi fotocopia, «un sistema per rendere detassabili soltanto le retribuzioni derivanti dall'«effettiva implementazione» di misure aziendali finalizzate all'aumento della produttività, della competitività, della qualità del lavoro e della tutela dell'occupazione. Con la «effettiva implementazione» da certificare nell'ambito di una commissione paritetica nazionale composta dalle organizzazioni firmatarie del Ccnl (anche in sede di enti bilaterali), sulla base di indicatori definiti a livello di settore».

⁴⁵⁰ Le cose non vanno meglio, poi, se si guarda all'obbligo di deposito dei contratti collettivi ai fini dell'ottenimento di sgravi contributivi, rispetto a cui è stata concessa persino una sorta di «sanatoria», con l'emersione, peraltro, di non pochi dubbi interpretativi, su cui v. Tuttobene, 2013, p. 815.

⁴⁵¹ Sull'art. 8 D.L. n. 138 del 2011 conv. in L. n. 148 del 2011, v. Carinci (a cura di), 2012, p. 1 ss.; Liso, 2012, p. 1 ss.; Carinci, 2011a, p. 1 ss.

imputato a tali politiche la colpa di aver stimolato comportamenti opportunistici, se non addirittura «collusivi», degli attori sociali (Bordogna, 2012, p. 27; Pini, 2012, p. 13), finalizzati a «una mera ripartizione» tra di essi «dei benefici pubblici» (Carrieri, 2012, p. 30). L'esperienza concreta neppure è in grado di confermare effetti positivi delle misure di detassazione e decontribuzione sulla diffusione della contrattazione decentrata, la quale negli ultimi anni è piuttosto «diminuita» (Pini, 2012, p. 13; v. anche Ferraro, 2008, p. 246; Treu, 2010, p. 661). Si può, quindi, obiettivamente ritenere che tali politiche siano servite, piuttosto, a «introdurre una prima e significativa riduzione del cuneo fiscale» (Fazio, Tiraboschi, 2012, 47; v. anche Antonioli, Pini, 2012, p. 20; Fazio, 2012, p. 1; Ferrante, 2008, p. 408). La produttività è, invece, rimasta «al palo».

Le cose non cambiano, come detto, se si guarda ai più recenti provvedimenti normativi. Questi, muovendosi in direzione non dissimile dai precedenti, ripropongono stancamente misure e ricette già sconfessate dalla lezione dei fatti⁴⁵² e ciò sebbene tra gli studiosi esista un dibattito particolarmente avanzato in materia e non manchino le proposte (v. Tronti, 2013, p. 1, e Antonioli, Pini, 2013a, in corso di pubblicazione). È, dunque, tutt'altro che peregrino chiedersi se simili interventi normativi siano per caso dettati da un mero interesse «propagandistico» (in tal senso Gagnoli, 2012, p. 17), «di cattura del consenso politico-elettorale (...), piuttosto che da una logica di tipo produttivistico, della quale si avverte prioritariamente l'esigenza nell'attuale contesto di ristagno o declino della produttività del lavoro e dei fattori» (Costabile, 2009, p. 187).

Anche gli accordi quadro stipulati all'indomani del D.P.C.M. del 22 gennaio 2013, con lo scopo di favorirne la più ampia applicazione, non hanno brillato, lo si è visto, per capacità innovativa. Dal punto di vista dei contenuti, l'attenzione si è concentrata prevalentemente, se non addirittura in via esclusiva, sulla gestione variabile dei tempi di lavoro, quindi sui regimi di flessibilità oraria variamente intesi. Recenti ricerche dimostrano, tuttavia, l'estrema difficoltà di «stimare con precisione il livello dell'impatto» di tali iniziative, mentre «altre misure di flessibilità, come pure la qualità delle competenze dei dirigenti (per esempio la capacità di dialogo e pianificazione), possono favorire il rapporto tra la flessibilità dell'orario di lavoro e la produttività» (AREL europa lavoro economia, 2012, p. 12 con riferimento ai risultati della ricerca Eurofound, 2012, p. 29 ss.)⁴⁵³. Nessuna particolare attenzione traspare, poi, per la gestione dei possibili effetti collaterali, sulla salute psico-fisica del lavoratore, di una produttività ricercata solo tramite misure di tal fatta (Putaturo Donati, 2008, p. 256). Eppure, a voler tener fede ai principi costituzionali, il miglioramento delle performance aziendali andrebbe pur sempre perseguito nel rispetto della «utilità sociale» e della «sicurezza», oltre che della «libertà» e della «dignità umana» (art. 41, comma 2, Cost.)⁴⁵⁴.

Tutto quanto rilevato finora induce ad auspicare un cambio di passo in materia. Se è vero che le attuali politiche di sostegno alla retribuzione di produttività non hanno sortito altro effetto se non

⁴⁵² Per l'ennesima, acritica riproposizione di tali misure e ricette, v., purtroppo, anche la nota Relazione dei «Saggi»: cfr., sul punto, Antonioli, Pini, 2013b, p. 1.

⁴⁵³ «However, some studies indicate that employer-friendly flexibility (both internal and external) has no positive effects on productivity»: Eurofound, 2012, p. 29.

⁴⁵⁴ Sui limiti alla libertà di iniziativa economica derivanti dal richiamo costituzionale alla «utilità sociale» v. Bavaro, 2013, *passim*; per la tendenza ad obliterare il richiamo all'art. 41 Cost. v. Corte Cost. 9 maggio 2013, n. 85, pronunciatasi nel senso della costituzionalità del c.d. «decreto salva llva» sulla scorta di un bilanciamento tra diritto alla salute e diritto al lavoro: in tema Pascucci, 2013, in corso di pubblicazione.

quello (improprio, anche se non certo disprezzabile in sé) di una riduzione, più o meno generalizzata, del carico contributivo e fiscale sul lavoro, occorrerebbe a questo punto puntare più in alto e affiancare a tali politiche interventi mirati, orientati allo sviluppo di una contrattazione collettiva decentrata (territoriale, di distretto/filiera produttiva, aziendale) di qualità⁴⁵⁵. Da tal punto vista, una parte importante potrebbero recitarla le stesse strutture orizzontali delle organizzazioni sindacali nazionali, chiamate a svolgere un'azione di stimolo e supporto sul piano locale della negoziazione di secondo livello, in vista del possibile sviluppo di esperienze contrattuali "pilota". L'iniziativa potrebbe godere del favore delle stesse istituzioni locali, con una spendita della leva dell'incentivo pubblico ai fini del sostegno alla progettazione di specifici piani aziendali di produttività (v. Ponzellini, 2013, p. 7, sulla scorta, in particolare, dell'esperienza tedesca e di quella francese)⁴⁵⁶. Si tratterebbe di sollecitare, tramite accordi territoriali – contenenti linee guida e menù di indicatori semplificati e aperti, a disposizione dei contraenti ai livelli inferiori (di azienda o di filiera produttiva), nonché precipue procedure di validazione – prassi contrattuali sperimentali di sostegno alla produttività⁴⁵⁷, che, in rapporto alle peculiarità del contesto di riferimento, potrebbero tentare di introdurre, sul versante, ad esempio, della gestione variabile dei tempi di lavoro, una «flessibilità oraria "di sistema"» (Pero, Ponzellini, 2012, p. 42). Si potrebbe pensare, altresì, a

⁴⁵⁵ Come osservato, in generale, da Rullani, 2012, p. 27 «è proprio sul terreno della produttività che occorre mobilitare le energie e i capitali disponibili. Vale per lo Stato (...), ma vale anche per le imprese e le persone. (...) Dunque, la questione chiave (...) è la scelta di un percorso che sia capace di *fare aumentare, e di molto, la produttività* (...). La leva produttivistica può essere vista in tanti modi diversi. Chi crede che si possa soltanto razionalizzare l'esistente, pensa ad una *riduzione dei costi* (...). Sappiamo già che una soluzione del genere non basta: nel mercato globale c'è chi, in termini di costi, potrà fare molto meglio di noi, avendo accesso a fattori (lavoro, energia, servizi, tassazione, normativa ecc.) che costano molto meno di quelli che sono accessibili nel nostro paese (...).

⁴⁵⁶ Un primo tentativo in tal senso, per quanto ancora generico, embrionale e, forse, discutibile per certi profili, è quello della regione Lombardia, che, con l'art. 6 della legge regionale n. 7 del 18 aprile 2012, contenente «Misure per la crescita, lo sviluppo e l'occupazione», ha inserito, nella legge regionale n. 22 del 28 settembre 2006, l'art. 23ter, rubricato «Contrattazione di secondo livello per lo sviluppo e l'occupazione». Vi si legge che «la Regione promuove la crescita competitiva e l'attrattività del sistema produttivo lombardo anche agevolando la contrattazione collettiva di secondo livello, in coerenza con i diversi livelli previsti dai CCNL, con le previsioni dell'Accordo interconfederale del 28 giugno 2011 e dell'articolo 8 del decreto-legge 13 agosto 2011, n. 138 (...), convertito (...) dalla legge 14 settembre 2011, n. 148» (comma 1). «Ferma restando l'autonomia delle parti sociali in materia di contrattazione collettiva, la Giunta regionale sostiene accordi o intese sul territorio regionale, coerenti con il comma 1, tra le organizzazioni di rappresentanza dei lavoratori e delle imprese comparativamente più rappresentative sul piano nazionale o loro articolazioni a livello regionale e territoriale o aziendale che, anche attraverso il concorso responsabile e partecipato dell'impresa e degli enti bilaterali e dei lavoratori e loro rappresentanze, ed escludendo ulteriori livelli di contrattazione, introducano modelli virtuosi ed innovativi finalizzati a: a) favorire l'accesso al mondo del lavoro dei giovani; b) favorire la ricollocazione dei lavoratori espulsi dal mondo del lavoro; c) realizzare forme organiche e stabili di *welfare* aziendale; d) incrementare la produttività e i salari attraverso forme innovative di flessibilità organizzativa del lavoro» (comma 2). «Nell'ambito e per le finalità di cui alle lettere a), b), c) e d), la Regione destina una quota non inferiore al 20 per cento degli stanziamenti annuali previsti a sostegno dello sviluppo dell'occupazione» (comma 3). V., poi, anche il Protocollo di intesa tra la Provincia autonoma di Trento, le parti sociali ed economiche del 5 dicembre 2012 su «Nuove azioni per promuovere la produttività e la competitività del Trentino», con cui «la Provincia si impegna ad introdurre un'agevolazione IRAP a favore delle imprese (...) nella forma della deduzione dalla base imponibile delle somme erogate ai lavoratori, correlate ad incrementi di produttività in attuazione degli accordi di (produttività territoriali e aziendali) (...). Con la manovra finanziaria 2013 la Provincia introduce ulteriori agevolazioni IRAP per i soggetti "virtuosi" prevedendo una riduzione d'aliquota dello 0,46% per i soggetti che aumentano del 5% rispetto al triennio precedente il valore della produzione o le ULA di personale a tempo indeterminato o, ancora, per i soggetti che aderiscono a contratti di rete o a consorzi e società consortili (...).

⁴⁵⁷ Per qualche esempio in tal senso v. il "Protocollo 13 gennaio 2012 per la definizione di uno schema tipo di accordo aziendale e per la procedura di validazione e sottoscrizione" firmato da CGIL, CISL, UIL e CONFINDUSTRIA della provincia di Treviso, nonché l' "Avviso comune delle parti sociali della provincia di Pordenone per lo sviluppo della contrattazione di secondo livello", firmato il 26 settembre 2012 da UNINDUSTRIA, CGIL, CISL, UIL provinciali.

«pacchetti integrati» (Leoni, 2012, p. 38) di misure in qualche modo complementari⁴⁵⁸, con la ricerca di un più preciso nesso tra salario e produttività e una marcata attenzione all'aspetto del cambiamento organizzativo (Ponzellini, 2013, p. 4)⁴⁵⁹. Questo aspetto appare particolarmente importante, in ragione del mutamento dei modelli organizzativi d'impresa e della necessità di sperimentare nuovi modi di lavorare (Del Punta, 2011, p. 113; Farina, 2007; sui cambiamenti organizzativi, v. anche la ricerca condotta da Biliotti, 2012; sulla centralità del lavoro di squadra v. Ponzellini, 2013, p. 5), e, pur tuttavia, risulta al momento trascurato dalle imprese italiane (v. anche Ricci S., 2013, in corso di pubblicazione), come dimostrano recenti ricerche comparate, condotte a livello europeo (Eurofound, 2011, su cui v. Ricci M., 2013a, p. 1; Pini, 2013, p. 1).

Al tempo stesso, occorrerebbe comunque sempre tenere a mente che la costruzione di sistemi premianti rappresenta operazione estremamente complessa, per la difficoltà sia di operare una seria analisi del processo produttivo e dei fattori di cambiamento da introdurre⁴⁶⁰, sia di individuare indicatori trasparenti ed efficaci, adeguati alle peculiarità della struttura imprenditoriale di riferimento, nonché assistiti dal consapevole consenso dei destinatari delle singole misure incentivanti. Tutto ciò, oltre a sconsigliare facili generalizzazioni, induce a considerare ogni regime di incentivi come un *work in progress* e, prima ancora, sollecita le strutture orizzontali delle organizzazioni sindacali impegnate nell'operazione a promuovere forme di assistenza tecnica e di accompagnamento, incluso momenti formativi, se necessario, quantomeno per rafforzare le competenze tecniche dei negozianti (per la loro attuale «incerta attrezzatura» v. Treu, 2010, p. 654; Valente, 2012, p. 9). Se si guarda, sotto tal profilo, al ruolo dei sindacati imprenditoriali, sarebbe probabilmente necessario, da parte loro, anzitutto un investimento culturale in favore delle imprese associate, specie quelle medio-piccole, per rompere il muro di chiusura, di diffidenza e di resistenza al cambiamento – sul versante delle relazioni sindacali, ma non solo⁴⁶¹ – che tradizio-

⁴⁵⁸ In letteratura si osserva come sia «l'impiego congiunto di più pratiche, non la promozione isolata di una di esse, ad avere effetti benefici»: Bordogna, 2012, 27.

⁴⁵⁹ Sull'aspetto del cambiamento organizzativo, v. anche quanto osservato da Treu, 2010, p. 687, per il quale «le ricerche empiriche indicano che gli effetti incentivanti di questi sistemi retributivi sono incerti, specie se considerati isolatamente, fuori da contesti aziendali innovativi».

⁴⁶⁰ L'analisi della struttura imprenditoriale e del processo produttivo è propedeutica all'introduzione di qualsivoglia sistema premiante, come sottolinea Ponzellini, 2013, p. 2 quando afferma che «definire semplicemente degli obiettivi di produttività, di redditività o di qualità, come a volte si fa volenterosamente, se tutto resta come prima – il *layout*, la tecnologia, il sistema di qualità, l'organizzazione delle pause, la rigidità degli orari, il sistema gerarchico – serve assai poco. Al contrario, è l'intero processo di produzione (...) che va vagliato e ottimizzato fase per fase. Le parti sociali devono seguire tutto il percorso, condividerlo e misurarlo. Ogni azienda deve pianificare il proprio sistema». Insomma, «aumentare la produttività non può prescindere da un'analisi seria che deve per forza farsi azienda per azienda (...). Il problema è che spesso le aziende o non hanno gli strumenti di analisi o non sono in grado di fare gli investimenti necessari, o trovano nel sindacato un ostacolo a mettere in atto gli interventi che sarebbero utili» (p. 8).

⁴⁶¹ Sul possibile ruolo che le stesse associazioni imprenditoriali locali potrebbero giocare nella promozione di un cambiamento culturale, v. le interessanti riflessioni compiute, nell'ambito di una ricerca sul sistema imprenditoriale della provincia di Pesaro-Urbino, da Rullani, 2012 a partire, sostanzialmente, da una domanda di fondo: «Come si fa a modernizzare il capitalismo italiano di piccola impresa e dei distretti industriali, che ha girato finora facendo leva sulle capacità pratiche e le relazioni informali di sei milioni di piccoli e piccolissimi imprenditori, ma che dal 2000 in poi ha urgente bisogno di adottare nuovi modi di pensare al futuro e di organizzarsi?» (p. 60). Dalle interviste ad alcune imprese locali, emerge, a un certo punto, la consapevolezza del fatto «che i problemi del sistema produttivo locale sono in primo luogo legati alla qualità, abbastanza tradizionale, della cultura imprenditoriale espressa dal territorio. Questo disegna anche un ruolo per l'Associazione industriali: occorre tenere gli imprenditori in un circuito dialettico di idee e di stimoli innovativi, in modo da fare crescere la loro competenza in campi non tradizionali e (...) poco presidati (...). Bisogna (inoltre) lavorare sulla successione imprenditoriale (...)» (p. 41). Occorrerebbe, poi, promuovere iniziative «che superino l'individualismo e attivino reti tra imprese, per le mete di interesse condiviso» (p. 50): «un circuito», insomma, «di incontri e relazioni tra i protagonisti della vita

nalmente le contraddistingue⁴⁶².

Infine, va considerato che la costruzione di credibili sistemi incentivanti richiede la contestuale messa a punto di idonee iniziative di accompagnamento, tra cui si segnala l'adozione di prassi di coinvolgimento dei lavoratori e dei propri rappresentanti sindacali «nei vari elementi rilevanti per l'operatività del sistema, dalla organizzazione del lavoro fino all'andamento generale dell'impresa» (Treu, 2010, p. 656). Per quanto il tema della partecipazione dei lavoratori alla gestione aziendale⁴⁶³ esuli dall'economia del presente lavoro (sul punto v. invece Carrieri, 2013, in corso di pubblicazione), non si può fare a meno di sottolineare che quanto più s'accresce la spinta verso forme di retribuzione variabile, in connessione a indicatori di produttività, redditività, qualità, efficienza, innovazione, tanto più lo sviluppo di prassi partecipative diviene centrale per il sindacato, non solo per poter sottrarre alcune fondamentali scelte aziendali all'unilateralità del comando manageriale, ma anche per poter riaffermare il proprio ruolo, sul terreno della dinamica salariale e della stessa organizzazione del lavoro⁴⁶⁴ (in tema v. anche Rossi, 2013, in corso di pubblicazione).

Sotto tal profilo, sarebbe auspicabile che (quantomeno) si provasse a riflettere con atteggiamento non preconcepito sulla possibilità di una transizione verso più moderne e incisive forme di partecipazione sindacale nelle aziende. Una tale riflessione andrebbe impostata nella logica di una

economica e sociale della provincia, in modo da favorire lo sviluppo di una visione comune dei problemi» (p. 53), capace di tradursi, su certi temi (ad es. quello del *credit crunch*, «affrontato con ritardo» in provincia, secondo l'A.) «in qualcosa di pratico e operativo» (p. 107). Le imprese intervistate sono parse tutte «sensibili al delicato rapporto che la loro attività ha con le altre imprese (...) presenti sul territorio. E, in molti casi, hanno preso iniziative che riguardano i processi formativi, connessi con l'assunzione di giovani, o sostengono progetti finalizzati alla cultura e al sistema delle relazioni sociali. Ma si tratta, nella maggior parte dei casi, di iniziative che nascono da decisioni e sensibilità individuali, prive di una cornice sistemica che favorisca lo sviluppo di una cultura della condivisione e della corresponsabilità, a scala territoriale» (p. 108). Sarebbe, infine, opportuno adoperarsi per rinsaldare il legame con il territorio – in particolare con la scuola (pp. 50, 71 e 106) e l'Università (p. 66) - e rinsaldare il rapporto con le stesse istituzioni locali (p. 106), finora rimaste abbastanza distanti: da qui la conseguenza di «una ulteriore difficoltà di realizzazione delle idee innovative maturate insieme» (p. 107).

⁴⁶² Cfr. Carnazza, Giubileo, 2013, p. 1, i quali, con riferimento a una recente indagine promossa dal Sole 24 Ore su 103 distretti industriali del Paese, osservano come l'indagine medesima confermi «la nota diffidenza dell'imprenditore (anche) nel creare rapporti (sia formali che informali) con altri imprenditori: tale diffidenza è espressione, a sua volta, di una mentalità atavica che appartiene al DNA di molte nostre imprese, soprattutto di micro e piccole dimensioni, e che trova conferma in altri studi e ricerche»; cfr. anche Ricci M., 2013b, p. 1, secondo cui «se si facesse una scansione delle preoccupazioni (...) di lungo periodo dei vertici delle aziende italiane, si vedrebbe che l'incubo non è, come all'estero, l'innovazione o i mercati lontani, ma il passaggio dalla prima alla seconda generazione o, ancor più, dalla seconda alla terza»; per un'analisi impietosa del capitalismo nostrano v., Astone, 2009, il quale osserva che «pochi hanno cavalcato l'innovazione, costruendo aziende» per cui «è possibile immaginare un futuro importante». Eppure, «solo l'innovazione (nuovi prodotti, mercati, sistemi organizzativi) permette alle aziende e al tessuto economico che ruota loro intorno di continuare a vivere. Chi non cresce in questo modo, chi resta fermo sulle sue posizioni prima declina e poi muore. (...) Molti dei Tesori di papà qui raccontati, anzi quasi tutti, hanno un'idea fissa: la flessibilità del lavoro, magari abbinata al contenimento dei salari reali dei lavoratori. Un totem che in qualche modo compensa l'assenza di visione, la mancanza di idee e prospettive per il futuro» (p. 316).

⁴⁶³ Su cui v. Pedrazzoli, 1991, p. 1.

⁴⁶⁴ L'Accordo interconfederale del 21 novembre 2012, nel punto 4, riguardante *La partecipazione dei lavoratori nell'impresa*, omette, per la verità, riferimenti circostanziati alla partecipazione dei lavoratori al governo dell'impresa, al di là di un generico richiamo all'informazione e consultazione, insistendo piuttosto sul modello degli enti bilaterali e sull'attuazione di forme di democrazia economica; cfr. Lassandari, 2013, p. 260 ss.; da questo punto di vista, esso compie un passo indietro rispetto al Protocollo del luglio del 1993, alla cui stregua la negoziazione degli incentivi retributivi «avrebbe dovuto essere parte di un più ampio disegno di coinvolgimento dei lavoratori nell'organizzazione del lavoro e nelle vicende dell'impresa»: cfr. Treu, 2010, p. 656-657; sul necessario raccordo tra democrazia economica e partecipazione sindacale alla gestione dell'impresa, v. Comito, Grazzini, 2013, p. 1; per il tentativo di inaugurare un modello partecipativo evoluto di relazioni tra le parti v., da ultimo, il Protocollo per la Competitività del Gruppo Finmeccanica e per un Nuovo Modello di Relazioni Industriali del 16 aprile 2013.

naturale evoluzione – alla luce dei rilevanti mutamenti dell'economia, del mercato e dell'impresa – dei modelli di sindacalismo tradizionalmente invalsi nell'esperienza del nostro Paese (su tali modelli, Giugni, 1997, p. 794 ss.). Del resto, una più ampia e aperta riflessione sulle forme e le modalità di rappresentanza dei lavoratori nei luoghi di lavoro potrebbe apparire, oggi, non solo più agevole – dopo la convergenza sul tema ad opera della triplice confederale⁴⁶⁵ – ma anche doverosa, per il problematico intreccio tra le regole del sistema sindacale e quelle dell'ordinamento giuridico statale, reso viepiù complesso dalla «riformulazione “costituzionale”» dell'art. 19 St. lav. (Carinci, 2013a, p. 598 ss.; Id., 2013b).

7. Riferimenti bibliografici

Antonioli D., Pini P. (2013a). *Retribuzioni e produttività: un nuovo modello di contrattazione per fermare il declino*. PRISMA Economia Società Lavoro, 1: in corso di pubblicazione.

Antonioli D., Pini, P. (2013b). *Le relazioni industriali nella relazione dei “Saggi”*. <http://www.sbilanciamoci.info>, 16 aprile, consultato il 28 agosto 2013

Antonioli D., Pini, P. (2012). *Un accordo sulla produttività pieno di nulla (di buono)*. Quaderni di rassegna sindacale, 4: 9-24

AREL – Europa, Lavoro, Economia (2012). *Eurofound, l'orario flessibile solo se promosso dalla dirigenza*. Newsletter, 6: 11-12

Astone F. (2009). *Gli affari di famiglia. Fatti e misfatti della nuova generazione di padroni*. Longanesi, Milano

Balestrieri A. (2013). *La contrattazione collettiva territoriale di produttività nella Provincia di Pesaro-Urbino: Settore Terziario*. PRISMA Economia Società Lavoro, 1: in corso di pubblicazione.

Bavaro V. (2013). *L'aziendalizzazione nell'ordine giuridico-politico del lavoro*. Lavoro e diritto, 2: 213-242

Bavaro V. (2009). *Un itinerario sui tempi del lavoro*. Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale, 2, 1: 213-256

Bellardi L. (2010). *L'Accordo quadro e la sua applicazione nel settore privato: un modello contrattuale «comune»?.* Andreoni A. (a cura di), *Nuove regole per la rappresentanza sindacale. Ricordando Massimo D'Antona*, Ediesse, Roma, 79-128

Biliotti E. (2012). *Come cambia il lavoro. Innovazioni organizzative, condizioni di lavoro e aspettative delle persone: da una ricerca del Centro Studi Nazionale Cisl alcune indicazioni per orientare la contrattazione decentrata*, Ausili didattici per la formazione sindacale, Centro Studi Nazionale Cisl, Roma, 1-40

Bordogna L. (2012). *Ecco perché occorre monitorare l'applicazione dell'accordo*. AREL europa, lavoro, economia, 6: 23-28

⁴⁶⁵ V. il Protocollo d'intesa del 31 maggio 2013 sulla rappresentanza e la rappresentatività sindacale e l'analogo Accordo interconfederale del 18 settembre 2013: cfr. *retro* nota 1.

- Cairo I. (2013). *I rapporti tra contratti collettivi di diverso livello nel settore privato*. Tesi in Diritto del Lavoro, Alma Mater Studiorum – Università di Bologna. Dottorato di Ricerca in Diritto dell'economia e delle relazioni industriali indirizzo Diritto del Lavoro "Marco Biagi", Ciclo XXIV, Bologna
- Carinci F. (2013a). *Adelante Pedro, con juicio: dall'accordo interconfederale 28 giugno 2011 al Protocollo d'intesa 31 maggio 2013 (passando per la riformulazione "costituzionale" dell'art. 19, lett. b) St.)*. Diritto delle Relazioni Industriali, 3: 598-641
- Carinci F. (2013b). *Il buio oltre la siepe: Corte cost. 23 luglio 2013, n. 231*, in Bollettino Adapt, 33: 1-52
- Carinci F. (a cura di) (2012). *Contrattazione in deroga. Accordo interconfederale del 28 giugno 2011 e art. 8 del D.L. n. 138/2011*, Ipsoa, Milano
- Carinci F. (2011a). *Al capezzale del sistema contrattuale: il giudice, il sindacato, il legislatore*. WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT, 133: 1-81
- Carinci F. (2011b). *L'accordo interconfederale del 28 giugno 2011: armistizio o pace?* WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT, 125: 1-28
- Carinci F. (2009). *Una dichiarazione d'intenti: l'Accordo quadro 22 gennaio 2009 sulla riforma degli assetti contrattuali*". WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT, 86: 1-23
- Carinci F., De Luca Tamajo R., Tosi P., Treu T. (2013). *Diritto del lavoro. 2. Il rapporto di lavoro subordinato*, ottava edizione, UTET, Torino
- Carnazza P., Giubileo G. (2013). *Parte ancora dai distretti la risposta vincente alla crisi*. <http://www.nelmerito.com>, 29 marzo, consultato il 28 agosto 2013
- Carrieri M. (2012). *Come ridisegnare la produttività*. AREL europa, lavoro, economia, 6: 28-32
- CISL (2012). *1° Rapporto sulla Contrattazione di Secondo Livello. OCSEL. 5 Novembre 2012. Alcuni esempi di Buone Pratiche segnalate dai nostri Referenti*, Cisl, Roma, <http://www.cisl.it/sitoindustria.nsf/a8d42a61633378eac12576bd0036f7f5/523a059d7ee983b7c1257aad00526b52?OpenDocument>, consultato il 27 agosto 2013
- Comito V., Grazzini E. (2013). *Appello-manifesto per la democrazia economica*. <http://sbilanciamenti.info>, 2 marzo, consultato il 29 agosto 2013
- Costabile L. (2009). *Glossario dell'economista per il giuslavorista*. Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale, 2, I: 175-212
- Dell'Aringa C. (2009). *Editoriale*. AREL europa, lavoro, economia: 3
- Del Conte M. (2013). *Lavoro, relazioni sindacali e politica industriale dopo l'accordo sulla rappresentanza*. Diritto delle relazioni industriali, 3: 618-633
- Del Punta R. (2011). *Modelli organizzativi d'impresa e diritto del lavoro*. Sociologia del diritto, 3: 113-121
- Di Stani I., Zucaro R. (2013). *Il nuovo accordo Luxottica: welfare, alternanza e benessere*. <http://www.fareconciliazione.it>, 24 giugno, 1-2
- D'Onghia M. (2009). *Un itinerario sulla qualità del lavoro*. Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale, 2, I: 257-298

- Eurofound (2012). *Organisation of working time: Implications for productivity and working conditions*. Overview Report, Eurofound, Dublin, 1-68
- Eurofound (2011). *HRM practices and establishment performance: an analysis using the European Company Survey 2009*, Eurofound, Dublin, 1-30
- Farina F. (2007). *Della produttività. Discorso sulla qualità del lavoro*, Ediesse, Roma
- Fazio F. (2013). *Il muro delle relazioni industriali*. Imprenditori, giugno, 67
- Fazio F. (2012). *Taglio drastico alla (detassazione di) produttività*. Boll. ADAPT, 12 giugno, 1.
- Fazio F., Tiraboschi M. (2012). *Una occasione mancata per la crescita. Brevi considerazioni a proposito della misura di detassazione del salario di produttività*. Bollettino Adapt, *Annuario del lavoro 2012*, ADAPT University Press, Modena, 45-48
- Ferrante V. (2008). *Misure per la competitività e per la riduzione del costo del lavoro*. In Magnani M., Pandolfo A., Varesi P.A. (a cura di), *Previdenza, mercato del lavoro, competitività*, Giappichelli, Torino, 407-421
- Ferraro G. (2009). *Gli sgravi contributivi sulla contrattazione di secondo livello*. In Cinelli M., Ferraro G., *Lavoro, competitività, welfare. Dal d.l. n. 112/2008 alla riforma del lavoro pubblico*, tomo secondo, Utet, Torino, 439-445
- Ferraro G. (2008). *Sgravi per incentivare la produttività*. Cinelli M., Ferraro G., *Lavoro, competitività, welfare. Commentario alla legge 24 dicembre 2007, n. 247 e riforme correlate*, Utet, Torino, 245-251
- Ghezzi G. (1994). *Considerazioni sull'accordo tra governo e parti sociali del 23 luglio 1993*, *Politica del diritto*, n. 1: 3-21
- Giugni G. (2013). *Diritto sindacale*, Cacucci, Bari, 2010. *Appendice di aggiornamento 2013*, Cacucci, Bari
- Giugni G. (1997). *Sindacato*. Enciclopedia delle scienze sociali, VII, Istituto della Enciclopedia italiana, Roma, 793-802
- Gragnoli E. (2012). *La retribuzione e i criteri della sua determinazione*. Gragnoli E., Palladini S. (a cura di), *La retribuzione*, UTET, Torino, 1-24
- Lai M. (2013). *L'accordo sulla rappresentanza del 31 maggio 2013 e la giurisprudenza costituzionale sull'art. 19, Stat. Lav.* Bollettino Adapt, 27 agosto, 28: 1-5
- Lassandari A. (2013). *Divisione sindacale e "crescita di produttività e competitività"*. *Lavoro e diritto*, 2: 243-267
- Lassandari A. (2012). *La retribuzione e i contratti collettivi aziendali*. Gragnoli E., Palladini S. (a cura di), *La retribuzione*, Utet, Torino, 194-217
- Lassandari A. (2009). *Contrattazione collettiva e produttività: cronaca di evocazioni (ripetute) e incontri (mancati)*. *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 2, I: 299-333
- Leoni R. (2012). *Accordo sulla produttività: un esercizio gattopardesco per una manciata di euro*. *AREL europa, lavoro, economia*, 6: 36-39

- Liso F. (2012). *Osservazioni sull'accordo interconfederale del 28 giugno 2011 e sulla legge in materia di «contrattazione collettiva di prossimità»*. WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT, 157: 1-42
- Lunardon F. (2013). *I contenuti della contrattazione collettiva di secondo livello negli Accordi Interconfederali 2009-2013*. PRISMA Economia Società Lavoro, 1: in corso di pubblicazione.
- Magnani M. (2010). *Il salario minimo legale*. Rivista italiana di diritto del lavoro, 4, I: 769-795
- Magnani M., Del Conte M., Pessi R., Proia G., Martone M., Tiraboschi M., Dell'Aringa C., Tria G., Santini G., Pirani P., Sbarra L. (2011). *28 giugno 2011: come cambiano le relazioni industriali italiane?*. Diritto delle Relazioni Industriali, 3: 642-672
- Malandrini S. (2013). *Contrattazione di prossimità e welfare aziendale*. Rivista italiana di diritto del lavoro, 3, I: 141-149
- Mallone G. (2012). *Il secondo welfare in Italia: esperienze di welfare aziendale a confronto*. Paper for the Espanet Conference "Risposte alla crisi. Esperienze, proposte e politiche di welfare in Italia e in Europa", Roma, 20-22 settembre 2012, 1-21. http://www.secondowelfare.it/alle-gati/2w_mallone_wp3-2013.pdf
- Marazza M. (2013). *Il Protocollo d'intesa 31 maggio 2013 c'è, ma la volontà delle parti?*. Diritto delle relazioni industriali, 3: 621-633
- Massagli E., Tomassetti P. (a cura di) (2013). *Rappresentanza: prime valutazioni dell'accordo Confindustria e Cgil, Cisl e Uil del 31 maggio 2013*. Bollettino Adapt, 6 giugno, 1
- OECD (2012). *Italia. Dare slancio alla crescita e alla produttività*. <http://www.oecd.org/about/publishing/ItalyBrochureIT.pdf>, 1-45, consultato l'8 luglio 2013
- Pantano F. (2012). *Il rendimento e la valutazione del lavoratore subordinato nell'impresa*, Cedam, Padova
- Pascucci P. (2013). *La salvaguardia dell'occupazione nel decreto "salva Ilva". Diritto alla salute vs diritto al lavoro?* Working Papers Olympus: in corso di pubblicazione
- Pedrazzoli M. (1991). *Alternative italiane sulla partecipazione nel quadro europeo: la cogestione*. Giornale di diritto del lavoro e relazioni industriali, 1: 1-29
- Pero L., Ponzellini A. M. (2012). *Ecco quali flessibilità è meglio incentivare per la produttività*. AREL europa, lavoro, economia, 6: 39-42
- Pini P. (2013). *Quell'organizzazione del lavoro che non cambia*. <http://www.lavoce.info>, 15 febbraio, consultato il 28 agosto 2013
- Pini P. (2012). *Salario di produttività o di redditività nell'agenda Monti, non ancora di partecipazione*. <http://www.sbilanciamoci.info>, 27 dicembre, 1-13
- Ponzellini A. M. (2013). *La strada giusta per la contrattazione della produttività*. Nuovi lavori Newsletter. <http://www.nuovi-lavori.it/index.php/sezioni/61-contrattazione/127-la-strada-giusta-per-la-contrattazione-della-produttivita>
- Potestio M. P. (2013). *Rappresentatività e contrattazione: l'approdo del protocollo del 31 maggio 2013*. Diritto delle relazioni industriali, 3: 633-637

- Putaturo Donati F. M. (2009). *Misure sperimentali per l'incremento della produttività del lavoro*. Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale, 2, I: 335-351
- Putaturo Donati F. M. (2008). *La decontribuzione dello straordinario*. Cinelli M., Ferraro G. *Lavoro, competitività, welfare. Commentario alla legge 24 dicembre 2007, n. 247 e riforme correlate*, Utet, Torino, 253-259
- Redazione ADAPT (2012). (a cura di) *C'è intesa, manca coraggio (edizione aggiornata)*. Bollettino speciale ADAPT, 29 novembre, 22
- Ricci M. (2013a). *Ecco le regole d'oro della produttività (ma in Italia metà delle imprese le ignora)*. <http://www.ildiardellavoro.it>, 22 febbraio, consultato il 29 agosto 2013
- Ricci M. (2013b). *Il problema delle imprese familiari italiane? Troppa famiglia*. <http://www.ildiardellavoro.it>, 15 luglio, consultato il 28 agosto 2013
- Ricci S. (2013). *Una contrattazione integrativa di qualità: nuove e moderne relazioni industriali per crescere e agire sulla redistribuzione dei redditi*. PRISMA Economia Società Lavoro, 1: in corso di pubblicazione.
- Rullani E. (2012). *Industria in transizione. Sfide e possibilità per la provincia di Pesaro-Urbino*.
- Sbarra L., Stendardi U., Munno A. R. (a cura di) (2013). *1° Rapporto sulla Contrattazione collettiva di Secondo livello. OCSEL. 5 Novembre 2012*, CISL, Roma
- Senatori I. (2013). *Rappresentanza sindacale e contrattazione collettiva dopo il Protocollo del 31 maggio 2013*. QFMB Saggi/Ricerche, 1: 1-17
- Tomassetti P. (2013). *La produttività secondo Monti*. <http://www.farecontrattazione.it>, 28 gennaio
- Tomassetti P. (2012). *Produttività: passi in avanti e occasioni perse*. Bollettino ADAPT, 19 novembre: 1-4
- Tosi P. (2013a). *Gli assetti contrattuali fra tradizione e innovazione*. Argomenti di diritto del lavoro, 3: 506-549
- Tosi P. (2013b). *Il protocollo Confindustria, Cgil, Cisl e Uil del 31 maggio 2013*. Diritto delle relazioni industriali, 3: 638-641
- Travaglini G. (2013a). *Crisi economica, flessibilità del lavoro e produttività*. PRISMA Economia Società Lavoro, 1: in corso di pubblicazione.
- Travaglini G. (2013b). *Il rallentamento della produttività del lavoro in Italia: cause e soluzioni*. Quaderni rassegna sindacale, 1: 163-178
- Treu T. (2013). *Le istituzioni del lavoro nell'Europa della crisi*. Relazione alle Giornate di Studio A.I.D.La.S.S. "La crisi e i fondamenti del diritto del lavoro, Bologna, 16-17 maggio 2013, dattiloscritto, 1-88
- Treu T. (2011). *L'accordo del 28 giugno e oltre*. Diritto delle Relazioni Industriali, 3: 613-641
- Treu T. (2010). *Le forme retributive incentivanti*. Rivista italiana di diritto del lavoro, 4, I: 637-692

Tronti L. (2013). *Più produttività, per contratto*. <http://sbilanciamoci.info>, 9 luglio, consultato il 28 agosto

Tursi A. (2013). *L'accordo del 31 maggio su rappresentanza e rappresentatività per la stipula dei Ccnl: appunti in tema di rappresentatività, legittimazione negoziale, efficacia soggettiva e contrasto agli "accordi separati"*. *Diritto delle relazioni industriali*, 3: 642-649

Tuttobene M. (2013). *Decontribuzione dei salari di produttività 2012: perplessità circa i termini per il deposito dei contratti di secondo livello. Valutazioni giuridiche e gestionali*. *Diritto delle relazioni industriali*, 3: 815-821

Valente L. (2012). *I negoziatori d'azienda non sono pronti a trattare la produttività*. *Bollettino Adapt, Annuario del lavoro 2012*, ADAPT University Press, Modena, 8-9

Vallebona A. (2013). *Rappresentanza: prime osservazioni sul protocollo d'intesa del 31 maggio 2013 tra Confindustria e Cgil, Cisl, Uil*. *Diritto delle relazioni industriali*, 3: 649-650

Villa E. (2013). *La retribuzione di risultato nel lavoro privato e pubblico: regolazione ed esigibilità*. *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2, 1: 451-487

Villa E. (2012). *Retribuzione flessibile e contrattazione collettiva*, Alma Mater Studiorum – Università degli Studi di Bologna, Dottorato di ricerca in Diritto del Lavoro, XXIV ciclo, Tesi in diritto del lavoro, 1-206

Zucaro R. (2013). *La responsabilità sociale di impresa nell'accordo ABI del 19 aprile 2013*. *Diritto delle relazioni industriali*, 3: 822-828.

Tendenze della contrattazione nazionale in materia di contratto a termine, *part-time* e apprendistato professionalizzante*

Marco Lozito

1. Premessa	179
2. Contrattazione collettiva e contratto a termine	180
3. Contrattazione collettiva e <i>part-time</i>	191
4. Contrattazione collettiva e apprendistato professionalizzante	199
4.1 <i>segue</i> : la formazione	199
4.2 <i>segue</i> : gli altri profili del rapporto di lavoro	206
5. Osservazioni finali	212

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 186/2013

1. Premessa

Il presente studio si prefigge l'obiettivo di ricostruire criticamente le principali tendenze regolative dei contratti collettivi nazionali di lavoro del settore privato concernenti tre fattispecie contrattuali che, per profili diversi, si discostano dal 'tradizionale' rapporto di lavoro subordinato e che sono usualmente definite 'flessibili'⁴⁶⁶. Si è ritenuto opportuno, fra i diversi contratti flessibili, concentrare l'indagine sul contratto a termine, a tempo parziale e di apprendistato professionalizzante, poiché l'intervento dell'autonomia collettiva in materia risulta più diffuso, consistente e significativo.

Attraverso la ricostruzione critica delle tendenze principali della contrattazione nazionale, si tratterà, pertanto, un quadro che - integrato con l'attuale assetto normativo, che spesso è il risultato di convulse e contraddittorie modifiche e riforme⁴⁶⁷ - può consentire una valutazione complessiva

⁴⁶⁶ Per una panoramica delle innumerevoli questioni connesse ai contratti flessibili (denominati anche, in senso atecnico, 'contratti atipici') e, più in generale, alla cosiddetta flessibilità del lavoro (che può realizzarsi anche all'interno del 'tradizionale' contratto di lavoro subordinato o ricorrendo a contratti di lavoro non subordinato), si rinvia, fra gli altri, ad AA. VV., *Interessi e tecniche nella disciplina del lavoro flessibile. Atti delle giornate di studio di diritto del lavoro - Pesaro-Urbino*, 24-25 maggio 2002, Milano, 2003, M.G. GAROFALO-G. LEONE, a cura di, *La flessibilità del lavoro: un'analisi funzionale dei nuovi strumenti contrattuali*, Bari, Cacucci, 2009, L. MARIUCCI, a cura di, *Dopo la flessibilità, cosa? Le nuove politiche del lavoro*, Bologna, Il Mulino, 2006, e M. RUSCIANO-C. ZOPPOLI-L. ZOPPOLI L., *Istituzioni e regole del lavoro flessibile*, Napoli, Esi, 2006, ove si trovano altri ampi riferimenti in materia.

⁴⁶⁷ La mole degli studi dedicati alla disciplina legale degli istituti considerati è sterminata; in ragione dell'oggetto del presente contributo, nel corso della successiva trattazione verranno richiamati contributi dottrinali relativi alla disciplina negoziale di volta in volta analizzata. Sui profili generali degli istituti considerati in questa ricerca si rinvia, senza pretesa di esaustività e anche per ulteriori richiami, con riferimento al contratto a tempo determinato, a M. BIAGI, a cura di, *Il nuovo lavoro a termine*, Milano, Giuffrè, 2002; S. CIUCCIOVINO, *Il contratto a tempo determinato: la prima stagione applicativa*, in *DLRI*, 2007, 455; G. FRANZA, *Il lavoro a termine nell'evoluzione dell'ordinamento*, Milano, Giuffrè, 2010; L. MENGHINI, *Il lavoro a termine*, in A. Vallebona, a cura di, *I contratti di lavoro*, Torino, Utet, 2009, 959; L. MENGHINI, *Contratto a termine: nuove regole*, in F. Carinci-M. Miscione, a cura di, *Commentario alla Riforma Fornero (Legge n. 92/2012 e Legge n. 134/2012)*, Supplemento a *DPL*, 2012, 33, 93; V. SPEZIALE, *La nuova legge sul lavoro a termine*, in *DLRI*, 2001, 361; V. SPEZIALE, *Il contratto a termine*, in Aa. Vv., *Interessi e tecniche nella disciplina del lavoro flessibile. Atti delle giornate di studio di Diritto del lavoro - Pesaro-Urbino*, 24-25 maggio 2002, 2003, 399; V. SPEZIALE, *La riforma del contratto a termine nella legge 28 giugno 2012, n. 92*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT*, n. 153/2012, csdle.lex.unict.it; S. GIUBBONI, *Il contratto di lavoro a tempo determinato nella legge n. 183 del 2010*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT*, n. 115/2011, csdle.lex.unict.it; R. VOZA, *Il contratto a tempo determinato*, in P. Chieco, a cura di, *Flessibilità e tutele nel lavoro. Commentario della legge 28 giugno 2012, n. 92*, Bari, Cacucci, 2012, 75; R. VOZA, *Le oscillazioni del pendolo: flessibilità e rigidità nell'accesso al lavoro subordinato dopo la legge Fornero*, in *RGL*, 2012, 663; con riferimento al *part-time*, a Aa.Vv., *Il lavoro a tempo parziale*, a cura di F. LISO, Roma, Luiss edizioni, 2002; C. ALESSI, *La flessibilità del lavoro dopo la legge di attuazione del protocollo sul welfare: prime osservazioni*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" It.*, n. 68/2008, csdle.lex.unict.it; M. BROLLO, *La flessibilità del lavoro a tempo parziale e i differenti equilibri fra autonomia collettiva e autonomia individuale*, in *Interessi...*, cit., 233; M. BROLLO, *Il lavoro a tempo parziale*, in A. Vallebona, a cura di, *I contratti di lavoro*, Torino, Utet, 2009, 1177; B. CARUSO, *Riforma del part-time e diritto sociale europeo: verso una teoria dei limiti ordinamentali*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" It.*, n. 11/2003, csdle.lex.unict.it; M. DELFINO, *Il lavoro part-time nella prospettiva comunitaria. Studio sul principio volontaristico*, Napoli, Jovene, 2008; R. DEL PUNTA, *Lavoro a tempo parziale*, in M. Pedrazzoli, coordinato da, *Il nuovo mercato del lavoro. D.Lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, Bologna, Zanichelli, 2004, 469; V. LECCESE, *A volte ritornano: il 'diritto di ripensamento' nel lavoro a tempo parziale*, in P. Chieco, a cura di, *Flessibilità...*, cit., 2012, 93; R. ROMEI, *Prime riflessioni sulla nuova legge sul rapporto di lavoro a tempo parziale*, in *ADL*, 2000, 247; V. PINTO, *Lavoro e nuove regole. Dal Libro bianco al decreto legislativo 276/2003*, Roma, Ediesse, 2004; R. VOZA, *I contratti ad orario "ridotto, modulato o flessibile" tra lavoro e disponibilità*, in P. Curzio, a cura di, *Lavoro e diritti a tre anni dalla legge 30/2003*, Bari, Cacucci, 2006, 333; con riferimento all'apprendistato professionalizzante, a M. BARBIERI, *Apprendistato professionalizzante: la leale collaborazione impossibile (per ora)*, in *RIDL*, 2010; F. CARINCI, *E tu lavorerai come apprendista. (L'apprendistato da contratto "speciale" a contratto "quasi-unico"*, *QuaderniADL*, 2012, n. 11; M. D'ONGHIA, *Il contratto di apprendistato*, in P. Chieco, *Flessibilità...*, cit., 147; D. GAROFALO, *L'apprendistato*, in A. Vallebona, a cura di, *I contratti...*, cit., 1505; M. TIRABOSCHI, *Rilancio dell'apprendistato e somministrazione di lavoro*, in M. Tiraboschi, a cura di, *Il testo Unico dell'apprendistato e le nuove regole sui tirocini*, Milano, Giuffrè, 278.

della disciplina degli istituti contrattuali trattati⁴⁶⁸.

Nel corso dell'indagine, emergeranno, altresì, parametri utili a verificare se e come è mutato (o potrà mutare nel tempo) l'atteggiamento della contrattazione rispetto agli istituti contrattuali considerati, anche con riferimento ai rinvii legali all'autonomia collettiva, e a valutare, altresì, il rischio, il peso e la portata delle attuali o eventuali deroghe operate attraverso "specifiche intese" di prossimità⁴⁶⁹.

Quanto al grado di analiticità dell'esame effettuato, si è ritenuto opportuno approfondire maggiormente la disciplina negoziale introdotta dai contratti collettivi più recenti, sia nella prospettiva sopra indicata, sia per dar conto in maniera più puntuale delle principali scelte operate dalle parti collettive nell'attuale situazione del mercato del lavoro.

2. Contrattazione collettiva e contratto a termine

Il ruolo e l'azione della contrattazione collettiva in relazione al contratto a tempo determinato sono mutati a seguito del profondo cambiamento del quadro legislativo, avvenuto, come è noto, nel 2001, con il decreto legislativo 6.9.2001, n. 368, che - trasponendo (formalmente) nell'ordinamento italiano la direttiva 99/70/CE - ha abrogato *in toto* la disciplina precedente⁴⁷⁰ e regolato la materia *ex novo*.

Dalla fine del 2001 in poi, i contratti nazionali si sono pertanto mossi nell'ambito della disciplina prevista dal d.lgs. 368/2001, successivamente modificata, con frequenza crescente, da diversi interventi normativi, alcuni dei quali, fra l'altro, hanno introdotto nel predetto decreto legislativo ulteriori rinvii all'autonomia collettiva, sugli aspetti esaminati nel prosieguo. Del resto, in diverse

⁴⁶⁸ Nel corso della ricerca che ha condotto alla redazione del presente contributo, sono stati consultati, prevalentemente, gli accordi contrattuali disponibili su www.cnel.it, www.adapt.it, www.diariodelavoro.it, www.dplmodena.it, www.fareapprendistato.it. Si è inoltre tenuto conto, in particolare, delle indagini sulla contrattazione nazionale svolte dal CNEL e dal Diario del Lavoro, ossia, nell'ambito delle prime, dei contributi di L. BELLARDI, V. LECCESE, G. LEONE e G. ROMA, *L'evoluzione degli istituti contrattuali: la disciplina negoziale dei rapporti di lavoro*, sez. III del Rapporto Cnel su *Contrattazione, retribuzioni e costo del lavoro in Italia (2000-2001)*, Roma, 2002, 131; L. BELLARDI, V. LECCESE, G. LELLA e G. ROMA, *L'evoluzione degli istituti contrattuali: la disciplina negoziale dei rapporti di lavoro*, sez. III del Rapporto Cnel su *Contrattazione, retribuzioni e costo del lavoro in Italia nel contesto europeo (2002-2003)*, Roma, 2004, 185; L. BELLARDI, V. LECCESE, G. LELLA e G. ROMA, *L'evoluzione degli istituti contrattuali*, sez. III del Rapporto Cnel su *Le relazioni sindacali in Italia e in Europa. Retribuzioni e costo del lavoro (2004-2005)*, Roma, 2006, 111, www.cesos.org/archivio/LIBRI.htm; L. BELLARDI, V. LECCESE, G. LELLA e G. ROMA, *Assetti della contrattazione nazionale e decentrata ed evoluzione degli istituti contrattuali in Italia*, sez. III del Rapporto Cnel su *Le relazioni sindacali in Italia e in Europa. Retribuzioni e costo del lavoro (2006-2007)*, Roma, 2009, 75, www.cesos.org/archivio/LIBRI.htm, e L. BELLARDI, V. LECCESE e G. ROMA, *Evoluzione della contrattazione nel 2008-2009*, sez. IV del Rapporto Cnel su *Le relazioni sindacali in Italia e in Europa. Rapporto 2008-2009*, Roma, 2010, 122, www.cesos.org/archivio/LIBRI.htm. Nell'ambito delle seconde, dei contributi di V. LECCESE, G. LELLA e G. ROMA, *La contrattazione di categoria*, in M. Mascini, a cura di, *L'Annuario del lavoro 2008*, Ed. Il diario del lavoro, 2008, 89; V. LECCESE, G. ROMA e M. LOZITO, *La contrattazione di categoria*, in M. Mascini, a cura di, *L'Annuario del lavoro 2009. Le relazioni industriali nell'anno della crisi*, Ed. Il diario del lavoro, 2009, 127; V. LECCESE, G. ROMA e M. LOZITO, *La contrattazione di categoria*, in M. Mascini, a cura di, *L'Annuario del lavoro 2010*, Ed. Il diario del lavoro, 2010, 91; V. LECCESE, G. ROMA e M. LOZITO, *La contrattazione di categoria*, in M. Mascini, a cura di, *L'Annuario del lavoro 2011*, Ed. Il diario del lavoro, 2011, 77, e V. LECCESE, G. ROMA e M. LOZITO, *La contrattazione di categoria*, in M. Mascini, a cura di, *L'Annuario del lavoro 2012*, Ed. Il diario del lavoro, 2012, 81.

⁴⁶⁹ Tali intese, come è noto, sono previste e regolamentate dall'art. 8, d.l. 13.8.11, n. 138, convertito, con modificazioni, con l. 14.9.11, n. 148.

⁴⁷⁰ Nel previgente assetto normativo, costituito, essenzialmente, dalla l. 18.4.62, n. 230, dall'art. 8-bis, l. 25.3.83, n. 79, e dall'art. 23, l. 28.2.87, n. 56, la contrattazione collettiva aveva principalmente adempiuto all'importante compito, affidatole dal legislatore, di prevedere le ipotesi di legittima apposizione del termine ulteriori rispetto a quelle elencate tassativamente per legge.

intese precedenti al suddetto decreto, le parti collettive si erano impegnate ad incontrarsi, nell'eventualità di una modifica della disciplina del contratto a tempo determinato, per armonizzare la disciplina contrattuale di tale istituto con le sopravvenute norme di legge⁴⁷¹.

L'atteggiamento delle parti collettive in relazione al d.lgs. 368/2001 è significativamente differenziato, sia 'nel metodo' che 'nel merito'.

Mentre in alcune categorie l'adeguamento della disciplina contrattuale al mutato assetto legale non è stato operato con il primo rinnovo contrattuale successivo al citato decreto n. 368, ma rinviato ad un momento successivo⁴⁷², in altre le parti collettive hanno operato tale adeguamento alla prima occasione utile⁴⁷³. In quest'ultimo ambito, diverse intese hanno ignorato il predetto decreto legislativo ed effettuato, invece, un rinvio all'Accordo quadro europeo UNICE-CEEP-CES del 18.3.1999 annesso alla direttiva 99/70/CE⁴⁷⁴; tuttavia, anche in tali ipotesi, la disciplina adottata, generalmente, ricalca quella prevista dal decreto del 2001 sopra menzionato⁴⁷⁵.

Il cambiamento del ruolo della contrattazione collettiva, determinato dal d.lgs. 368/2001, ha in particolare riguardato l'individuazione delle ipotesi di legittima apposizione del termine al contratto di lavoro. Da un elenco di attività per le quali era possibile stipulare il contratto a tempo determinato tassativamente previsto per legge e integrabile dalla contrattazione collettiva, si è passati, con il predetto decreto, ad una formula aperta, contenuta nell'art. 1, co. 1, dello stesso. L'ampiezza di tale, nota formula ("ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo")⁴⁷⁶ ha inciso in maniera rilevante sulla funzione autorizzatoria del ricorso al contratto a tempo determinato, attribuita in precedenza all'autonomia collettiva, in particolare, dall'art. 23, l. 56/1987⁴⁷⁷. Il ruolo della contrattazione, in relazione alle cosiddette causali del contratto a tempo determinato, è divenuto, semmai, quello di delimitare ambiti più ristretti all'interno dell'ampia area individuata dall'art. 1, co. 1, d.lgs. 368/2001.

⁴⁷¹ V., ad esempio, i ccnl Tessili Confapi 20.4.00-19.5.00 ed Edili artigiani 15.6.00.

⁴⁷² V., ad esempio, i ccnl Assicurazioni Ania 18.7.03 e Chimici Confindustria 12.2.02. Cfr., anche per ulteriori riferimenti contrattuali, M. AIMO, *Il contratto a termine alla prova*, in LD, 2006, 468 ss.

⁴⁷³ V., ad esempio, il ccnl Poste Italiane 11.7.03, il ccnl Turismo Concommercio 19.7.03 e il ccnl Alimentaristi Confindustria 14.7.03.

⁴⁷⁴ V. G. ROMA, *Il contratto di lavoro a tempo determinato nella contrattazione collettiva di categoria*, in Aa. Vv., *Studi in onore di Edoardo Ghera*, Bari, Cacucci, 2008, 1023-1024.

⁴⁷⁵ Fra gli altri, v. i ccnl Giocattoli Confindustria 24.6.04, Calzature Confindustria 18.4.04, Tessile abbigliamento moda Confindustria 18.4.04 e Telecomunicazioni 3.12.05. Sul punto, anche per ulteriori riferimenti contrattuali, v. V. LECCESE, G. LELLA e G. ROMA, *L'evoluzione...*, cit., 2006, 123.

⁴⁷⁶ Tale formula, per un verso, è stata integrata, ad opera della l. 133/08, con l'inciso "anche se riferibili alla ordinaria attività del datore di lavoro" e, per altro verso, va considerata alla luce di quanto previsto dal comma 01, introdotto nell'art. 1, d.lgs. 368/01 dalla l. 247/07, che (a seguito di diverse modifiche) così dispone: "il contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato costituisce la forma comune di rapporto di lavoro".

⁴⁷⁷ Va considerato, del resto, che le clausole negoziali relative alle causali giustificatrici del contratto a tempo determinato definite nel precedente assetto legale hanno mantenuto transitoriamente la loro efficacia anche nel mutato quadro normativo, salve diverse intese, ai sensi dell'art. 11, co. 3, d.lgs. 368/01, "fino alla data di scadenza dei contratti collettivi nazionali di lavoro". Quindi, per un certo lasso temporale successivo al d.lgs. 368/01, era consentita la stipulazione di contratti a tempo determinato sulla base di causali previste dalla precedente contrattazione, anche, in ipotesi, in assenza delle "ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo" richieste dall'art. 1, co. 1, del decreto medesimo (sul punto, v. L. BELLARDI, V. LECCESE, G. LEONE e G. ROMA, *L'evoluzione...*, cit., 2002, 192 s., anche in relazione ad alcuni problemi applicativi scaturenti dalla formulazione della disposizione da ultimo citata).

Dopo tale decreto legislativo, nella maggior parte dei casi le intese negoziali confermano la scelta del legislatore di consentire l'apposizione del termine al contratto di lavoro per un'ampia gamma di ipotesi, in quanto non intervengono affatto sul contratto a termine, non disciplinano le causali per le quali è ammesso il ricorso al contratto a tempo determinato, riproducono testualmente la disciplina legale in materia o, infine, rinviano alla stessa⁴⁷⁸. Diversamente, in alcune intese è stato concordato un elenco esemplificativo delle ragioni previste dell'art. 1, co. 1, d.lgs. 368/2001, per la legittima apposizione del termine⁴⁷⁹. È invece ridotto il numero di accordi che prevedono un elenco tassativo di ipotesi di legittima apposizione del termine (a volte affidando alla contrattazione collettiva di secondo livello la possibilità di individuarne ulteriori, secondo le specifiche esigenze aziendali)⁴⁸⁰. Quanto alla tipologia delle 'causali negoziali', la scelta ricade prevalentemente su causali connotate dalla temporaneità e dall'eccezionalità⁴⁸¹.

In materia, la contrattazione collettiva deve peraltro oggi coordinarsi, secondo le modalità di seguito specificate, con la parziale liberalizzazione del primo contratto a termine prevista dalla legge 28.6.2012, n. 92, cd. riforma Fornero⁴⁸², sia nel caso in cui l'intervento contrattuale sia precedente rispetto alla legge appena menzionata, sia nel caso in cui, invece, sia avvenuto o debba avvenire successivamente.

Un primo problema riguarda le intese che, precedentemente alla citata riforma, hanno delimitato le ipotesi di accesso al contratto a termine rispetto alla formula adoperata dall'art. 1, co. 1, d.lgs. 368/2001. Ebbene, essendo tale disposizione ancora vigente, seppure con esclusivo riferimento al primo contratto a termine di durata superiore a 12 mesi e a quelli successivi al primo, fino ad un nuovo intervento negoziale che tenga conto del mutato quadro normativo pare plausibile ritenere ancora applicabile la predetta disciplina contrattuale, limitatamente però ai contratti a termine 'causali' (ancora regolati, per l'appunto, dall'art. 1, co. 1, d.lgs. 368/2001)⁴⁸³.

⁴⁷⁸ Anche per i rispettivi riferimenti contrattuali, v. M. AIMO, cit., 470, S. CIUCCIOVINO, cit., 497-498, e G. LEONE, *La declinazione dell'eccezionalità nella disciplina del contratto a tempo determinato*, in M.G. Garofalo-G. Leone, a cura di, *La flessibilità...*, cit., 56.

⁴⁷⁹ Vedi, fra gli altri, i ccnl Turismo Confcommercio 19.7.03, Turismo Confindustria 2.2.04, Alimentaristi Confapi 6.5.04 (che, peraltro, riprende in parte le causali già definite ai sensi del previgente art. 23, l. 56/87), Acconciatura artigiane 7.7.08, Giornalisti Fieg e Fnsi 22.4.09, Enti culturali, turistici e sportivi Federculture 7.7.09 e Gomma e plastica Confindustria 18.3.10.

⁴⁸⁰ V. i ccnl Distribuzione cooperativa 2.7.04, Cemento calce e gesso Confindustria 5.3.04, Cemento calce gesso e malte Confapi 5.5.04, Trasporto Confetra e altre 9.11.06 e Panificatori artigiani 26.4.10 (quest'ultima intesa rinvia la definizione di ulteriori ipotesi alla contrattazione collettiva di livello regionale). Sono presumibilmente tassative anche le elencazioni operate in tal senso dai ccnl Area Meccanica artigiani (che accorpa Metalmeccanici e installazione impianti artigiani, Orafi, argentieri e affini e Odontotecnici) 25.7.11 e Autostrade e trafori Federreti, Fise, Acap 4.8.11, in quanto anch'essi rinviano alla contrattazione regionale l'individuazione di altre ipotesi. Cfr., anche per ulteriori riferimenti contrattuali, M. AIMO, cit., 470 ss.

⁴⁸¹ In alcuni casi vi è, del resto, una preliminare esplicitazione della temporaneità delle causali individuate negozialmente (v., ad esempio, i ccnl Turismo Confcommercio 19.7.02 e Turismo Confindustria 2.2.04); d'altra parte, nell'ambito di una ricostruzione critica delle scelte dell'autonomia collettiva sul punto, è stata evidenziata la presenza anche di 'causali negoziali' non temporanee e non eccezionali (D. GAROFALO, *Riforma e controriforma della disciplina del contratto a termine*, in M. D'Onghia-M. Ricci, a cura di, *Il contratto a termine nel lavoro privato e pubblico*, Milano, Giuffrè, 2009, 92, cui si rinvia anche per i relativi riferimenti contrattuali).

⁴⁸² Ai sensi dell'art. 1, co.1-bis, d.lgs. 368/01, introdotto appunto dalla riforma Fornero, per il primo rapporto a tempo determinato non superiore a dodici mesi non è richiesta la sussistenza delle ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo (di cui all'art. 1, co. 1, del decreto stesso).

⁴⁸³ Un dubbio sorge, per il vero, con riferimento a quelle intese (v. ccnl Panificatori artigiani 27.4.10) che hanno previsto ipotesi tassative di ricorso al contratto a termine senza fare alcun riferimento all'art. 1, co. 1, d.lgs. 368/01, con una soluzione che, prescindendo del tutto dal quadro legale previgente, potrebbe ritenersi operativa per tutti i contratti a termine anche dopo la riforma Fornero. Del

In secondo luogo, dopo la riforma Fornero e, in particolare, dopo l'ulteriore modifica dell'art. 1, co. 1-*bis*, del predetto decreto, operata dal d.l. 28.6.2013, n. 76, convertito, con modificazioni, con l. 9.8.2013, n. 99, la contrattazione collettiva ha l'oneroso compito di stabilire, anche a livello aziendale, se e in quali termini modulare l'area dell'acausalità, ossia dell'ambito entro il quale può utilizzarsi il contratto a termine senza indicare le ragioni di cui all'art. 1, co. 1, d.lgs. 368/2001.

La riforma Fornero aveva introdotto in materia un rinvio alla contrattazione che può definirsi 'ridotto', in quanto abilitava la stessa ad introdurre, *in luogo* dell'ipotesi di acausalità del primo contratto a termine prevista per legge, ipotesi negoziali di acausalità *solo in determinati casi e nel rispetto di determinati limiti*⁴⁸⁴. Con il d.l. 76/2003, invece, il predetto rinvio è stato sostituito da un rinvio (più) 'ampio', alla luce del quale i contratti collettivi, anche aziendali (stipulati dalle organizzazioni sindacali dei lavoratori e dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative) possono *liberamente* individuare ipotesi di acausalità del contratto a termine *ulteriori* rispetto a quelle previste dalla legge.

Ebbene, mentre in alcuni accordi le parti sociali si sono limitate a ribadire quanto disposto dal citato art. 1, co. 1-*bis*, in merito alla cosiddetta 'acausalità *ex lege*' del contratto a tempo determinato⁴⁸⁵, in altri hanno prontamente ottemperato al rimando legale previsto in materia di acausalità dalla disposizione appena menzionata. Nel senso da ultimo indicato, la contrattazione è intervenuta sia nella vigenza del rinvio legale 'ridotto'⁴⁸⁶, introdotto dalla riforma Fornero, sia dopo il passaggio al rinvio 'ampio', operato dal d.l. 28.6.2013, n. 76⁴⁸⁷. Vista la particolare rilevanza della questione dell'accesso al contratto a termine, devono peraltro effettuarsi alcune precisazioni in merito alla validità delle clausole contrattuali introdotte dai predetti accordi.

Quanto alla disciplina negoziale prevista prima del d.l. 76/2013, potrebbero ritenersi valide ed efficaci, anche dopo tale decreto, le clausole dell'accordo separato Metalmeccanici 5.12.12, che, sulla base del previgente rimando 'ridotto', rinviano al contratto aziendale l'individuazione di ipotesi di acausalità del contratto a termine. In tal senso, può osservarsi che, nonostante abbia formalmente abrogato il rinvio legale in base al quale tali clausole contrattuali sono intervenute, sostanzialmente il legislatore del 2013 non ha eliminato il predetto rinvio, ma anzi, nei termini sopra evidenziati, lo ha ampliato. Tuttavia, considerata la mancata firma della Fiom-Cgil, potrebbe dubitarsi sull'inclusione di tale accordo fra quelli "stipulati *dalle organizzazioni sindacali dei lavoratori e dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale*" (corsivo

resto, almeno in linea teorica, non è preclusa la possibilità che, dopo la riforma appena citata, le parti collettive impongano (o meglio ripristinino) la causalità del primo contratto a termine di durata inferiore a 12 mesi.

⁴⁸⁴ Le ipotesi di 'acausalità contrattuale', che potevano essere introdotte, in ogni caso, nel limite complessivo del 6% del totale dei lavoratori occupati nell'ambito dell'unità produttiva, potevano riguardare assunzioni a termine effettuate nell'ambito di un processo organizzativo determinato dall'avvio di una nuova attività, dal lancio di un prodotto o di un servizio innovativo, dall'implementazione di un rilevante cambiamento tecnologico, dalla fase supplementare di un significativo progetto di ricerca e sviluppo e, infine, dal rinnovo o dalla proroga di una consistente commessa. Sui dubbi interpretativi che suscitava il previgente rinvio legale richiamato nel testo, in ragione della sua formulazione, v., fra gli altri, P. TOSI, *Il contratto a tempo determinato dopo la legge n. 92/2012*, in *DRI*, 2012, 964-965, e R. VOZA, *Le oscillazioni...*, cit., 671 ss.

⁴⁸⁵ In questo senso, v., ad esempio, i ccnl Cooperative di trasformazione dei prodotti agricoli 5.12.12, Alimentaristi 27.10.12, Elettrici Confindustria 18.2.13 ed Energia concorrente 20.5.13.

⁴⁸⁶ Ccnl Metalmeccanici (non sottoscritto da Fiom-Cgil) 5.12.12.

⁴⁸⁷ Ccnl Comunicazione informatica Confapi 2.7.13.

mio), gli unici abilitati, al livello interconfederale, di categoria o ai livelli decentrati, ad intervenire in materia dall'art. 1, co. 1-*bis* (anche nella versione poi modificata dal d.l. 76/2013 e tuttora vigente)⁴⁸⁸.

Quanto alle scelte contrattuali successive al d.l. 28.6.2013, n. 76, risulta (non meno) controversa la validità della disciplina introdotta dal citato accordo Comunicazione informatica 2.7.13, che, analogamente, rinvia alla contrattazione aziendale o territoriale l'individuazione delle ipotesi negoziali di acausalità del contratto a termine. Sebbene abbiano sottoscritto il predetto contratto dopo il passaggio al predetto rinvio legale 'ampio', operato dal d.l. 76/2013, (anche⁴⁸⁹) in tema di acausalità le parti negoziali fanno riferimento al d.lgs. 368/2001 "come modificato dalla legge 28.6.2012, n. 92", senza menzionare la successiva modifica operata dal citato decreto-legge del 2013; inoltre, nell'operare il rinvio al livello territoriale, si riferiscono a quanto stabilito "dall'art. 1, comma 1-*bis*, secondo periodo" del d.lgs. 368/2001⁴⁹⁰. In altri termini, in tale disciplina contrattuale non vi è menzione alcuna del rinvio ('ampio') introdotto dal d.l. 76/2013, con l'art. 1, co. 1-*bis*, lett. *b*), d.lgs. 368/2001. Alla luce di questo, nell'attesa di un auspicabile chiarimento da parte dei soggetti negoziali, si deve plausibilmente ritenere che gli stessi siano intervenuti sulla base di un rinvio legale non (più) vigente alla data della sottoscrizione del ccnl, il che solleva consistenti dubbi sulla validità della clausola contrattuale del ccnl che rimanda alla contrattazione aziendale l'individuazione delle ipotesi di acausalità del contratto a termine.

Tuttavia, non può omettersi di rilevare che, a prescindere dalle osservazioni sopra effettuate, i contratti collettivi aziendali (stipulati dalle organizzazioni sindacali dei lavoratori e dei datori comparativamente più rappresentative sul piano nazionale) possono in generale individuare ipotesi negoziali di acausalità del contratto a termine, in quanto, come sopra segnalato, sono direttamente autorizzati a farlo dall'art. 1, co. 1-*bis*, lett. *b*), d.lgs. 368/2001, introdotto dal d.l. 76/2013, che prevede il più volte richiamato rinvio legale 'ampio'⁴⁹¹.

Una particolare attenzione è stata altresì dedicata dall'autonomia collettiva, soprattutto negli ultimi anni, alla stipulazione di contratti a tempo determinato per ragioni sostitutive. Alcune intese sono intervenute con riferimento all'ipotesi di assenza di lavoratori per congedo di maternità, paternità o parentale, rispetto alla quale l'art. 4, co. 1, d.lgs. 151/2001, consente l'assunzione a termine 'anticipata' di *un mese* rispetto al periodo di assenza del lavoratore che deve usufruire del congedo. Sfruttando lo spazio concesso alla contrattazione in tal senso (art. 4, co. 2, d.lgs.

⁴⁸⁸ Su tale questione, già sollevata dalla dottrina anche con riferimento a precedenti accordi separati, v., fra gli altri, M. AIMO, *Commento sub art. 4, Sez. 4^a, Tit. I (Tipologie contrattuali)*, in M.G. Garofalo-M. Roccella, a cura di, *Commentario al contratto collettivo dei metalmeccanici*, Bari, Cacucci, 2010, 217; più in generale, sulla complessa questione della coesistenza di diversi contratti collettivi nazionali nella stessa categoria, v., fra i tanti, anche per ulteriori riferimenti, A. LASSANDARI, *Pluralità di contratti collettivi nazionali per la medesima categoria*, in *LD*, 26, e G. PERA, *Note sui contratti collettivi pirata*, in *RIDL*, I, 381.

⁴⁸⁹ V. *infra* l'analoga questione che solleva il ccnl indicato nel testo in materia di intervalli temporali minimi tra contratti a termine successivi.

⁴⁹⁰ Tale precisazione non può che riferirsi al previgente quadro normativo, in quanto nella disciplina vigente, introdotta dal d.l. 76/13, il rinvio alla contrattazione in materia di acausalità del primo contratto a termine si colloca, invece, nell'art. 1, co. 1-*bis*, lett. *b*), d.lgs. 368/01.

⁴⁹¹ Peraltro, resta ferma la possibilità, ex art. 8, l. 148/11, di ricorrere in materia a specifiche intese di prossimità a livello aziendale o territoriale, ove esse soddisfino criteri e requisiti ivi previsti e, in particolare, non contrastino con la Costituzione e con i vincoli derivanti dalle normative comunitarie e dalle convenzioni internazionali sul lavoro.

151/2001), le parti negoziali hanno previsto la possibilità di effettuare la predetta assunzione a termine 'anticipata' all'interno di un periodo superiore rispetto a quello di un mese previsto per legge, nell'intento di agevolare l'affiancamento e il passaggio delle consegne tra i due lavoratori⁴⁹². Del resto, prescindendo da un rinvio legale in tal senso, in molte altre ipotesi la contrattazione ha più in generale consentito, nel caso di ricorso al contratto a termine per ragioni sostitutive, l'affiancamento fra il lavoratore sostituito e il sostituto⁴⁹³.

Dalla fine del 2001 in poi, le parti hanno inoltre adempiuto ai rinvii all'autonomia collettiva, presenti nel d.lgs. 368/2001 (anche in virtù delle modifiche legislative intervenute di seguito), riguardanti aspetti della disciplina del contratto a tempo determinato ulteriori rispetto alle ipotesi di legittima apposizione del termine.

I ccnl hanno individuato, ai sensi dell'art. 10, co. 7, d.lgs. 368/2001, i limiti quantitativi di utilizzazione dell'istituto del contratto a tempo determinato, attraverso le cosiddette 'clausole di contingentamento'⁴⁹⁴. Rispetto alla diffusa tendenza a confermare limiti numerici e percentuali stabiliti da intese sottoscritte nella vigenza del precedente quadro normativo, in non pochi casi l'autonomia collettiva ha provveduto ad aumentarli (o comunque ad 'ammorbidirli', escludendo dal relativo computo particolari contratti a termine), consentendo così un più ampio ricorso al contratto a tempo determinato⁴⁹⁵, oppure ha affidato alla contrattazione aziendale la facoltà di elevare le percentuali di contingentamento definite in sede nazionale⁴⁹⁶. Generalmente, risulta confermata la tendenza maggioritaria a fissare un valore percentuale massimo oscillante tra il 12% e il 20% rispetto ai contratti a tempo indeterminato⁴⁹⁷, anche se, in alcuni casi, vengono individuate percentuali differenziate, inversamente proporzionali rispetto al numero di questi ultimi

⁴⁹² Ccnl Turismo Confcommercio 19.7.03, Trasporti Confetra e altre 9.11.06, Metalmeccanici Confindustria, non sottoscritto da Fiom-Cgil, 15.10.09, Comunicazione Confapi 2.7.13, Elettrici Confindustria 18.2.13 e Energia concorrente 20.5.13 (i ccnl Gomma e plastica Confindustria 18.3.10 e Ceramica e piastrelle Confindustria 22.10.10 hanno contemplato anche un affiancamento 'in uscita', prima della conclusione della sostituzione).

⁴⁹³ V., ad esempio, il ccnl Autostrade e trafori Federreti, Fise, Acap 4.8.11. Anche in tale ipotesi, alcune intese ammettono la stipulazione del contratto a termine sostitutivo per un periodo che inizia prima dell'assenza e termina dopo il rientro del lavoratore sostituito, per consentire un doppio affiancamento (in questo senso, v. il ccnl Panificatori Fippa e Assopanificatori 1.12.09, il ccnl Area Alimentazione panificazione artigiani 27.4.10 e il ccnl Area Meccanica artigiani - che accorpa Metalmeccanici e installazione impianti artigiani, Orafi, argentieri e affini e Odontotecnici - 25.7.11). In controtendenza si pongono, invece, alcuni contratti (ccnl Area Chimica-Ceramica artigiani - che accorpa Chimici, gomma plastica, vetro, Ceramica, terracotta, gres, piastrelle - 25.7.11 e Grafici Confindustria 30.5.11), che modificano in senso restrittivo la precedente disciplina collettiva relativa all'affiancamento fra i lavoratori coinvolti nella sostituzione.

⁴⁹⁴ Per una puntuale ricostruzione critica della disciplina introdotta sul punto dai contratti collettivi nel primo quinquennio di applicazione del d.lgs. 368/01, v. M. AIMO, cit., 478 ss. Va peraltro sottolineato come, a fronte dell'originaria esclusione dall'operatività delle clausole di contingentamento di diverse ipotesi, queste siano state ridotte dalla l. 247/07; successivamente, il d.l. 28.6.13, n. 76, convertito, con modificazioni, con l. 9 agosto 2013, n. 99, integrando l'art. 10, co. 7, d.lgs. 368/01, ha incluso, fra le ipotesi di esenzione, i contratti a termine stipulati "per specifici spettacoli ovvero specifici programmi radiofonici o televisivi" e quelli sottoscritti "con lavoratori di età superiore a 55 anni".

⁴⁹⁵ V., ad esempio, i ccnl Imprese Edili Artigiane 1.10.04, Edili Confindustria 20.7.04, Edili Confapi 11.6.04, Cemento calce gesso e malte Confapi 5.5.04, Enti culturali turistici e sportivi Federcolture 7.7.09, Assicurazione assistenza Aisa 27.3.09, Impianti sportivi Confcommercio 24.3.09 e Giornalisti Fieg e Fnsi 22.4.09. V. M. AIMO, cit., 480 (ove si trovano ampi rimandi ad altre intese).

⁴⁹⁶ In questo senso dispongono, ad esempio, i ccnl Grafici Confindustria 24.2.04 e Trasporti Confetra e altre 9.11.06, operando una scelta che, come evidenziato dalla dottrina, può plausibilmente innescare una *spinta al ribasso* delle tutele (P. AIMO, cit., 481).

⁴⁹⁷ Tale tendenza è stata segnalata, con riferimento agli accordi nazionali sottoscritti tra il 2004 e il 2007, da G. ROMA, cit., 1026.

contratti⁴⁹⁸. Fra le clausole negoziali concernenti il profilo dei limiti quantitativi, risulta ricorrente l'individuazione di un 'minimo garantito' di contratti a tempo determinato stipulabili nell'unità produttiva⁴⁹⁹, mentre, in un ridotto numero di ipotesi, si è optato per l'introduzione di un limite cumulativo per assunzioni a termine e 'utilizzo' di lavoratori somministrati⁵⁰⁰ o per l'esenzione dai predetti limiti dei contratti a tempo determinato stipulati in situazioni di difficoltà occupazionale relative a determinate aree geografiche⁵⁰¹. Inoltre, in diverse intese le parti negoziali definiscono, come richiesto dall'art. 10, co. 7, lett. a), d.lgs. 368/2001, la fattispecie della fase di avvio di nuove attività, in cui non operano i limiti quantitativi all'utilizzo del contratto a termine stabiliti dai

⁴⁹⁸ V., fra gli altri, i ccnl Turismo Confindustria 2.2.04, Tessile abbigliamento moda Confindustria 24.4.04, Tessile abbigliamento moda artigiane 21.2.05, Calzature Confindustria 18.5.04 e Autotrasporto Cooperative Unci-Confsal 1.12.10. Quest'ultimo accordo, in ragione delle parti firmatarie, non rientra però fra i "contratti collettivi nazionali di lavoro stipulati dai sindacati comparativamente più rappresentativi", cui l'art. 10, co. 7, d.lgs. 368/01, rinvia la previsione delle clausole di contingentamento. Dovrebbe quindi escludersi che la disciplina in materia di contingentamento in esso contenuta sia in grado di produrre un effetto legalmente valido, non essendo lo stesso 'autorizzato' ad intervenire in tal senso dalla legge. Tuttavia, ad un'opposta conclusione si perviene ove (applicando la distinzione operata per primo, con riferimento alla disciplina del *part-time*, da V. PINTO, *Lavoro part-time e mediazione sindacale: la devoluzione di funzioni normative al contratto collettivo*, in *DLRI*, 2002, 281 s.) si includa il predetto rinvio tra quelli *impropri* che, al contrario di quelli *propri*, non autorizzano la contrattazione a stabilire clausole contrattuali integrative della legge, ma affidano alla contrattazione un compito che, in realtà, già possiede. In tal caso, alla selezione dei contratti destinatari del rinvio non può attribuirsi un "reale valore selettivo" (V. PINTO, cit., 281), pena il contrasto con l'art. 39, co. 1, Cost. (U. CARABELLI-V. LECCESE, *Una riflessione sul sofferto rapporto tra legge e autonomia collettiva: spunti dalla nuova disciplina dell'orario di lavoro*, in *Aa.Vv., Studi in onore di Giorgio Ghezzi*, vol. I, Padova, Cedam, 2005, parr. 4.1 e 6). Ed invero, nell'esercizio della libertà negoziale assicurata dalla citata previsione costituzionale, qualunque contratto collettivo potrebbe introdurre limiti al ricorso a forme meno tutelate di lavoro, quali il contratto a termine. In analoga prospettiva, si è osservato che la contrattazione, ex art. 39, co. 1, Cost., potrebbe legittimamente introdurre clausole di contingentamento anche in relazione a casi per cui - con una scelta che risulterebbe dunque di dubbia compatibilità rispetto alla predetta norma costituzionale, l'art. 10, co. 7, lett. a), b), c) e d), d.lgs. 368/01 - esclude l'intervento negoziale (v., anche per ulteriori riferimenti, M. AIMO, cit., 482 ss., P. CAMPANELLA, *Contrattazione collettiva e lavoro a termine*, in *Interessi...*, cit., 604, R. DEL PUNTA, *La sfuggente temporaneità: note accorpate su lavoro a termine e lavoro interinale*, in *DRI*, 2002, 545, S. GIUBBONI, *Contratto a termine e contrattazione*, in *RGL*, I, 2002, 510, e V. SPEZIALE, *La riforma del contratto a tempo determinato*, in *DRI*, 2003, 228; *contra*, S. CIUCCIOVINO, cit., 490 ss.). Del resto, i limiti negoziali all'utilizzo del contratto a termine appaiono migliorativi rispetto alla disciplina legale se la comparazione viene effettuata con riferimento al contratto a tempo indeterminato, "che si presume essere la forma contrattuale più tutelata per il lavoratore" (G. LEONE, cit., 56; cfr. AIMO, cit., 473) e, conseguentemente, l'introduzione degli stessi non dovrebbe essere condizionata ad un'autorizzazione da parte del legislatore. Tuttavia, un'altra parte della dottrina ha assunto, in termini generali, una posizione diversa, che potrebbe condurre ad esiti difformi da quelli sopra prospettati. In particolare, A. ZOPPOLI, *Sull'efficacia soggettiva del contratto collettivo nella disciplina dei rapporti di lavoro "flessibili"*, in M. Rusciano-C. Zoli-L. Zoppoli, a cura di, *Istituzioni...*, cit., 325, è critico rispetto alla distinzione fra rinvii propri e impropri e alla sopra prospettata "cancellazione [parziale] della selezione dei soggetti legittimati a negoziare" (per rilievi critici sulla predetta classificazione dei rinvii legislativi, v. anche M. NAPOLI, *Repliche*, in *Aa. Vv., Autonomia individuale e autonomia collettiva alla luce delle più recenti riforme. Atti delle giornate di studio di diritto del lavoro - Abano Terme-Padova, 21-22 maggio 2004*, Milano, 2005, 358); infatti, nel contributo sopra citato, ZOPPOLI dubita che, nell'ambito della disciplina del lavoro flessibile, la relazione tra legge e autonomia collettiva "possa impostarsi secondo lo schema classico della derogabilità *in melius/inderogabilità in peius*" (pag. 324), anche in ragione dell'emersione nel quadro legislativo "dell'interesse all'occupazione quale interesse generale" (pag. 325).

⁴⁹⁹ V., ad esempio, il ccnl Grafici Confindustria 21.5.04, il ccnl Telecomunicazioni 3.12.05 e il ccnl Pmi Tessile, abbigliamento, moda artigiane 21.2.05 e il ccnl Cemento calce e gesso Confindustria 5.3.04 (in quest'ultimo caso, stabilita la percentuale massima di contratti a termine stipulabili e la soglia minima garantita, si rinvia all'accordo sindacale aziendale la possibilità di modificare la predetta percentuale, qualora se ne ravvisi la necessità, in funzione delle specifiche esigenze aziendali).

⁵⁰⁰ Per questa opzione, v., ad esempio, il ccnl Laterizi 24.6.13. Sul punto, anche per riferimenti a precedenti intese contrattuali che hanno introdotto il limite cumulativo di cui si è detto nel testo, v. M. AIMO, cit., 478.

⁵⁰¹ V., ad esempio, i ccnl Alimentaristi Confapi 17.4.08, Ceramica e piastrelle Confindustria 22.10.10 e Vetro Confindustria 9.12.10.

contratti collettivi stessi⁵⁰² o indicano semplicemente la durata di detta fase⁵⁰³. Non mancano, del resto, accordi che diversificano la durata della fase di avvio di nuove attività in ragione della localizzazione geografica dell'azienda⁵⁰⁴ e di esigenze specifiche di singoli comparti merceologici ricompresi all'interno della categoria⁵⁰⁵ (come peraltro espressamente previsto dalla norma da ultimo citata) o che consentono una diversificazione della disciplina contrattuale sul punto in ragione delle esigenze specifiche delle singole aziende e/o unità produttive, affidando alle intese sottoscritte in tali sedi la possibilità di elevare la durata della fase di avvio prevista dal ccnl⁵⁰⁶.

La contrattazione collettiva, in un primo momento, ha altresì adempiuto al rinvio contenuto nel previgente art. 10, commi 9 e 10, d.lgs. 368/2001, attribuendo in alcune ipotesi il diritto di precedenza ai lavoratori a termine⁵⁰⁷ o incaricando la contrattazione di secondo livello di definire condizioni e modalità di esercizio di tale diritto⁵⁰⁸. Dopo che la l. 247/2007, a determinate condizioni, ha riconosciuto direttamente il diritto di precedenza ai lavoratori a termine in relazione alle successive assunzioni a tempo indeterminato e ai lavoratori assunti a termine per attività stagionali in relazione alle successive assunzioni a tempo determinato per le medesime attività⁵⁰⁹, la contrattazione nazionale ha, in diversi casi, eliminato le previgenti clausole contrattuali che attribuivano tale diritto in maniera più ampia rispetto a quanto previsto nel mutato quadro normativo⁵¹⁰, ha imposto limitazioni sostanziali o procedurali più stringenti rispetto a quelle previste per legge⁵¹¹ o, in una prospettiva diversa, ha previsto la non applicazione del generale limite legale complessivo di durata massima di 36 mesi (imposto dall'art. 5, co. 4-*bis*, d.lgs. 368/2001, nel caso di sottoscrizione di diversi contratti a termine fra le stesse parti per lo svolgimento di mansioni

⁵⁰² V., ad esempio, i ccnl Poste Italiane 11.7.03, Turismo Confcommercio 19.7.02, Alimentaristi Confindustria 14.7.03, Pmi Tessile, abbigliamento, moda Artigiane 21.2.05, Giocattoli Confindustria 24.7.04 e Distribuzione cooperativa 2.7.04.

⁵⁰³ V., fra gli altri, i ccnl Assicurazione-Assistenza Aisa 27.3.09, Vetro Confindustria 9.12.10, Ceramica e piastrelle Confindustria 22.10.10 e Area Tessile-moda artigiani (che accorpa Tessile abbigliamento e calzaturiero, Occhialerie, Pulitintolavanderie) 3.12.10.

⁵⁰⁴ V., ad esempio, il ccnl Chimici Confindustria 28.5.04.

⁵⁰⁵ V., ad esempio, il ccnl Pmi Tessile-abbigliamento-moda artigiane 21.1.02 e il ccnl Giocattoli Confindustria 24.7.04.

⁵⁰⁶ In questo senso dispongono, ad esempio, il ccnl Commercio Confcommercio 2.7.04, il ccnl Distribuzione cooperativa 2.7.04 e il ccnl Chimici Confindustria 28.5.04.

⁵⁰⁷ V., per questo aspetto, il ccnl Turismo Confcommercio 19.5.02, il ccnl Alimentaristi Confindustria 14.7.03 e il ccnl Turismo Confindustria 2.2.04.

⁵⁰⁸ Ccnl Distribuzione Cooperativa 2.7.04.

⁵⁰⁹ V. l'art. 5, co. 4-*quater*, *quinquies* e *sexies*, d.lgs. 368/01.

⁵¹⁰ Ccnl Enti culturali turistici e sportivi Federculture 7.7.09.

⁵¹¹ V., ad esempio, i ccnl Telecomunicazioni Confindustria 23.10.09, Chimici Confindustria 18.12.09, Panificatori artigiani 27.4.10, Metalmeccanici Confai, non sottoscritto da Fiom-Cgil 3.6.10, Area Meccanica artigiani (che accorpa Metalmeccanici e installazione impianti artigiani, Orafi, argentieri e affini e Odontotecnici) 25.7.11, Area Chimica-Ceramica artigiani (che accorpa Chimici, gomma, plastica, vetro, Ceramica, terracotta, gres, decorazione piastrelle) 25.7.11, Area Tessile-moda artigiani (che accorpa Tessile abbigliamento Calzaturiero, Occhialerie e Pulitintolavanderie) 3.12.10, Ceramica e piastrelle Confindustria 22.10.10 e Autostrade e trafori Federreti, Fise, Acap 4.8.11. Tali accordi, seppure secondo modalità differenti, dal punto di vista oggettivo si muovono nello spazio derogatorio concesso alla contrattazione dall'art. 5, co. 4-*quater*, d.lgs. 368/01, in virtù delle modifiche introdotte dalla l. 6.8.08, n. 133. Tuttavia, nel caso del ccnl separato Metalmeccanici Confai, si ripropone il già segnalato dubbio dell'inclusione di un accordo non sottoscritto da Fiom-Cgil fra quelli stipulati con le organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale (gli unici abilitati dall'art. 5 sopra richiamato a derogare il quadro legale).

equivalenti) qualora il datore di lavoro attribuisca la precedenza nell'assunzione al lavoratore a termine pur non essendo obbligato a farlo per legge o per contratto⁵¹².

Con riferimento, appunto, alla durata (minima e massima) del rapporto di lavoro a tempo determinato, pochi contratti sono intervenuti 'spontaneamente'⁵¹³. Abbastanza diffuso è invece l'intervento dell'autonomia collettiva in materia a seguito della l. 247/2007, che - introducendo il co. 4-*bis* dell'art. 5, d.lgs. 368/2001 - ha fissato il limite complessivo di 36 mesi del rapporto di lavoro a tempo determinato (comprensivo di proroghe e rinnovi) e ha affidato all'autonomia collettiva il compito di definire la durata di un eventuale contratto a termine stipulabile tra le stesse parti per mansioni equivalenti 'oltre' i 36 mesi. Tale materia è stata disciplinata da alcuni 'avvisi comuni' (espressamente menzionati dalla disposizione da ultimo richiamata)⁵¹⁴ e dai ccnl. Questi ultimi hanno stabilito la durata del predetto contratto con soluzioni profondamente diverse, attestandosi, in molti casi, su 12 mesi e con una generale tendenza ad elevare tale durata nel tempo⁵¹⁵. Inoltre, a norma dell'art. 5, co. 4-*ter*, introdotto nel d.lgs. 368/2001 dalla l. 247/2007, l'autonomia collettiva ha in diversi casi individuato le attività - ulteriori rispetto a quelle stagionali di cui al d.p.r. 7.10.1963, n. 1525 - rispetto alle quali non trova applicazione il predetto limite massimo complessivo di 36 mesi⁵¹⁶. Pochi contratti hanno invece sfruttato la possibilità, introdotta dalla modifica operata sul testo dell'art. 5, co. 4-*bis*, d.lgs. 368/2001, dalla l. 6.8.2008, n. 133, di escludere l'operatività del predetto limite massimo di 36 mesi⁵¹⁷.

Vi sono, inoltre, diversi contratti che, alla maturazione di determinati requisiti, introducono il diritto alla stabilizzazione (ossia all'assunzione a tempo indeterminato) del lavoratore assunto con contratto a termine. Il diritto alla stabilizzazione viene generalmente attribuito ai lavoratori a tempo determinato che, sommando i periodi in cui hanno svolto le stesse mansioni o mansioni

⁵¹² In questo senso, v. i ccnl Turismo Confcommercio 20.2.10, Turismo Confesercenti 4.3.10 e Turismo Confindustria 9.7.10.

⁵¹³ I pochi ccnl che hanno regolato tale profilo in assenza di un espresso rinvio legale hanno fissato limiti molto differenziati, che vanno da 6 mesi (rinnovabili) a 48 mesi. Fra questi, v. il ccnl Edili cooperative 24.5.04 e il ccnl Chimici Confindustria 10.5.06. Anche per ulteriori riferimenti, si rimanda a G. ROMA, cit., 1028-1029.

⁵¹⁴ V., fra gli altri, l'Avviso comune per l'Industria 10.4.08 (che prevede una durata di 8 mesi, incrementabile dai contratti collettivi) e quello per il Turismo 12.6.08 (8 mesi, elevabili dalla contrattazione integrativa sino a 12).

⁵¹⁵ V., ad esempio, i ccnl Alimentaristi Confapi 17.4.08, Alimentaristi Confindustria 17.3.08, Calzaturieri Confindustria 2.7.08, Edili Confapi 1.7.08, Edili Confindustria 18.6.08, Giornalisti Fieg e Fnsi 22.4.09, Impianti sportivi Confcommercio 24.3.09, Panificatori Fipa, Assopanificatori 1.12.09, Telecomunicazioni Confindustria 23.10.09, Turismo Confindustria 9.7.10, Panificatori Artigiani, 27.4.10 Area Meccanica artigiani (che accorpa Metalmeccanici e installazione impianti artigiani, Orafi, argentieri e affini e Odontotecnici) 25.7.11, Area Legno-lapidei artigiani (che accorpa Legno, arredamento, mobili e Escavazione lapidei) 27.1.11, Logistica trasporto merci Confetra, Concooperative, Legacoop Servizi, Agci, Anita, Cna, Unimpresa 26.1.11 e Acconciatura artigiane 3.10.11.

⁵¹⁶ V., ad esempio, i ccnl Alimentaristi Confapi 17.4.08, Alimentaristi Confindustria 17.3.08, Cartai e Cartotecnici Confindustria 4.11.09, Panificatori Artigiani 27.4.10 (che rinvia l'individuazione delle predette attività al livello regionale) e Metalmeccanici Confindustria, non sottoscritto da Fiom-Cgil, 15.10.09 (che rinvia ad un accordo aziendale la concreta individuazione delle attività ulteriori citate nel testo, secondo i principi concordati nel ccnl medesimo). Con riferimento al ccnl da ultimo menzionato, si ripropone il dubbio, analogo a quello segnalato in precedenza in relazione ad altri profili, dell'inclusione di un accordo non sottoscritto dalla Fiom-Cgil fra quelli stipulati dalle organizzazioni dei lavoratori e dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative (gli unici abilitati, dall'art. 5, co. 4-*ter*, d.lgs. 368/01, ad individuare le ulteriori attività in relazione alle quali si possono stipulare contratti a termine senza sottostare al limite dei 36 mesi).

⁵¹⁷ Tale possibilità è stata ad esempio sfruttata dal ccnl Giornalisti Fieg, Fnsi 22.4.09 (che esclude l'operatività del predetto limite per determinate ipotesi causali di ricorso al contratto a termine) e dal ccnl Autostrade e trafori Fedderreti e Fise Acap 4.8.11 (che esclude il predetto limite per determinate figure professionali).

equivalenti presso un'azienda (anche attraverso la somministrazione di manodopera), raggiungono un certo lasso di tempo (44 mesi)⁵¹⁸.

In un numero consistente di categorie, gli accordi disciplinano l'ulteriore e 'travagliato' profilo degli intervalli temporali minimi che devono intercorrere tra un contratto a termine e il successivo, pena la trasformazione del secondo in contratto a tempo determinato. L'autonomia collettiva è intervenuta in tale ambito, nella maggior parte dei casi, su invito e nei limiti del rinvio ad essa operato dal legislatore⁵¹⁹.

La durata dei predetti intervalli temporali era originariamente fissata dall'art. 5, co. 3, d.lgs. 368/2001, in 10 giorni per contratti fino a sei mesi e in 20 giorni per contratti superiori a sei mesi. Tale disposizione è stata modificata, innanzitutto, dalla l. 28.6.2012, n. 92 (cd. riforma Fornero), aumentando (rispettivamente, a 60 e 90 giorni) la durata di tali intervalli minimi e affidando alla contrattazione la possibilità di prevedere intervalli ridotti (rispettivamente, di 20 e 30 giorni) in ipotesi specifiche⁵²⁰. Successivamente, la l. 7.8.2012, n. 134⁵²¹, ha stabilito l'applicazione dei predetti intervalli ridotti alle attività stagionali, di cui all'art. 5, co. 4-ter, e, senza predeterminare ipotesi specifiche, ha affidato alla contrattazione collettiva la delega ad individuare ulteriori casi di applicazione di tali intervalli ridotti⁵²².

Le parti negoziali, in diversi casi, hanno sfruttato tale (più ampia) delega legislativa, individuando le ipotesi di applicazione dei predetti intervalli ridotti⁵²³. Peraltro, non può non segnalarsi come, in alcuni casi, l'autonomia collettiva sia fuoriuscita dal predetto spazio derogatorio concesso dal legislatore. L'aver convenuto, a livello nazionale, "l'assenza di intervalli" per determinate tipologie di assunzione a termine⁵²⁴, non era - al momento della sottoscrizione degli accordi in questione - un'operazione giuridicamente giustificabile con il richiamo all'art. 5, co. 3, d.lgs. 368/2001, che

⁵¹⁸ V., in questo senso, il ccnl Metalmeccanici Confindustria 20.1.08 (che, in tal modo, fissa indirettamente in 8 mesi la durata dell'ulteriore contratto a termine stipulabile in deroga al limite complessivo di 36 mesi, ex art. 5, co. 4-bis, d.lgs. 368/01, come rilevato da M. AIAMO, cit., 214 ss.), il ccnl Energia e petrolio Confindustria 23.3.10, il ccnl Gomma e plastica Confindustria 18.3.10, il ccnl Ceramica e piastrelle Confindustria 22.10.10 e il ccnl Vetro Confindustria 9.12.10.

⁵¹⁹ Per una puntuale analisi dei recenti interventi negoziali su tale profilo, vedi G. TOLVE, *Dall'accordo del settore turismo ai recenti rinnovi: la successione di più contratti a termine*, in *DRI*, 2013, 809.

⁵²⁰ Il legislatore faceva riferimento alle assunzioni a termine effettuate nell'ambito di un processo organizzativo determinato dall'avvio di una nuova attività, dal lancio di un prodotto o di un servizio innovativo, dall'implementazione di un rilevante cambiamento tecnologico, dalla fase supplementare di un significativo progetto di ricerca e sviluppo e, infine, dal rinnovo o dalla proroga di una consistente commessa.

⁵²¹ Tale legge ha convertito, con modificazioni, il d.l. 22.6.12, n. 83.

⁵²² Rispetto al precedente quadro normativo, insomma, veniva meno la predeterminazione legale delle ipotesi di riduzione negoziale degli intervalli minimi.

⁵²³ In questo senso sono intervenuti, ad esempio, secondo diverse modalità, l'Accordo sulla disciplina della successione dei contratti a tempo determinato nel settore turismo del 21.11.12 (seppure con una disciplina transitoria, vigente sino al 30.6.13), i ccnl Alimentaristi 27.10.12, Elettrici Confindustria 18.2.13 ed Energia concorrente 20.5.13, Laterizi 24.6.13, Cooperative di trasformazione di prodotti agricoli 5.12.12, Telecomunicazioni Confindustria 1.2.2013, Panificatori Fippa, Assopanificatori 13.2.13, Elettrici 18.2.13, Cemento calce e gesso Confindustria 20.3.13, Chimica farmaceutica coibentazioni acustiche 4.4.13 e Metalmeccanici Confindustria, non sottoscritto da Fiom-Cgil, 5.12.12. Tuttavia, come più volte evidenziato con riferimento ad altri profili, potrebbe dubitarsi dell'inclusione di tale accordo fra quelli stipulati con le organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale (gli unici abilitati dall'art. 5, co. 3, d.lgs. 368/01, a derogare il quadro legale).

⁵²⁴ Nel senso indicato nel testo dispongono, ad esempio, il ccnl Alimentaristi 27.10.12, il ccnl Cooperative di trasformazione di prodotti agricoli 5.12.12 e il ccnl Panificatori Fippa, Assopanificatori 13.2.13.

(prima dell'ultima modifica, di cui si dirà qui di seguito), contemplava la *riduzione* negoziale degli intervalli, ma non la *soppressione* dei medesimi. Un altro scenario si presenta tuttavia all'interprete ove ritenga che l'intento delle parti negoziali sia quello di rimandare l'eliminazione degli intervalli a specifiche 'intese di prossimità', di cui all'art. 8, l. 148/2011 (come appare plausibile ad una lettura complessiva delle clausole dei precitati ccnl)⁵²⁵. In tale prospettiva, potrebbe essere ammissibile, al livello aziendale o territoriale, la riduzione, per via contrattuale, degli intervalli previsti per legge (salva la verifica delle condizioni imposte per la sottoscrizione degli 'accordi di prossimità'); ci si dovrebbe, però, interrogare, da un lato, sull'efficacia e sulla vincolatività, per la contrattazione di secondo livello, di clausole del ccnl che 'prevedono' le intese di prossimità⁵²⁶ e, dall'altro, sulla coerenza del comportamento delle parti sociali, che, introducendo nei contratti nazionali le clausole contrattuali sopra citate, avrebbero applicato il predetto art. 8 - o ne avrebbero quantomeno invocato (o 'evocato') l'applicazione - dopo essersi impegnate, con la postilla inserita il 21.9.11 nell'*Al Confindustria del 28 giugno* (almeno secondo la lettura prevalente), a non avvalersi della disposizione da ultimo citata.

Ciò chiarito, non può omettersi di ricordare che, come anticipato, il legislatore, con il d.l. 28.6.2013, n. 76, convertito, con modificazioni (relative anche al contratto a termine), con l. 9.8.2013, n. 99, è nuovamente intervenuto in materia, sostituendo l'art. 5, co. 3, d.lgs. 368/2001. Secondo il nuovo testo, gli intervalli minimi sono fissati in 10 e 20 giorni (come nell'originaria versione della norma da ultimo citata) e non si applicano nell'ipotesi di ricorso al contratto a termine per le attività stagionali (di cui all'art. 5, co. 4-ter, d.lgs. 368/2001) e nelle ipotesi individuate dai contratti collettivi, anche aziendali, stipulati dalle oo.ss. dei datori e dei lavoratori comparativamente più rappresentative sul piano nazionale. Inoltre, in entrambe le ipotesi sopra citate, in ragione di una modifica apportata dalla l. 9.8.2013, n. 99, in sede di conversione del predetto decreto-legge, non opera neppure il divieto di assunzioni 'successive' a termine (ossia effettuate senza soluzione di continuità), previsto dall'art. 5, co. 4, d.lgs. 368/2001⁵²⁷.

Sorvolando sulla schizofrenia del legislatore, in questa sede interessa soprattutto evidenziare che la definizione negoziale di intervalli minimi, operata dalla contrattazione sopra citata in ottemperanza al previgente rinvio legislativo, non deve necessariamente ritenersi 'superata' dalla scelta regolativa effettuata in materia dal legislatore del 2013 con il d.l. 76/2013. Almeno fino ad un nuovo e auspicabile intervento dell'autonomia collettiva in materia, può difatti affermarsi la persistente validità della citata disciplina contrattuale - che riduce (rispettivamente, a 20 e 30 giorni) gli intervalli minimi legali individuati nel previgente quadro normativo - in considerazione del fatto che essa introduce limiti all'utilizzo del contratto a termine più stringenti dei vigenti limiti legali

⁵²⁵ Le clausole cui si fa riferimento nel testo prevedono che l'*assenza di intervalli* sia *realizzata* attraverso specifiche intese al secondo livello di contrattazione, precisando inoltre che tale assenza è finalizzata ad incrementare l'occupazione e la competitività (insomma, ad essere franchi, sembra che dell'art. 8, l. 148/11, manchi solo l'espressa menzione).

⁵²⁶ Queste ultime, come è noto, non necessitano dell'autorizzazione da parte del ccnl, posto che, anzi, possono derogare, oltre alla legge, proprio la disciplina prevista nel contratto collettivo nazionale di lavoro.

⁵²⁷ Se, con riferimento all'esclusione degli intervalli minimi nel caso delle attività stagionali, appare curiosa la fattispecie, ammessa dal legislatore, di assunzioni a termine senza soluzione di continuità effettuate per attività stagionali, deve soprattutto evidenziarsi il notevole 'peso' del rinvio con cui si attribuisce alla contrattazione la possibilità di consentire il ricorso a più contratti a termine con lo stesso lavoratore senza alcuna interruzione.

(come ricordato, oggi la durata minima dei predetti intervalli temporali è fissata, rispettivamente, a 10 e 20 giorni)⁵²⁸.

Per la stessa ragione, ossia in considerazione del carattere migliorativo della disciplina contrattuale, sono del resto valide le clausole negoziali, introdotte dopo l'emanazione del predetto decreto legge, che stabiliscono intervalli temporali più lunghi di quelli introdotti da tale decreto⁵²⁹⁵³⁰. Non può, tuttavia, nascondersi una seria resistenza ad includere in tale ultima categoria il peculiare caso della disciplina contrattuale stabilita in materia dal ccnl Comunicazione Confapi 2.7.13. Se non sfugge qualche elemento, tale accordo avrebbe individuato alcune ipotesi di applicazione degli intervalli temporali di 20 e 30 giorni ('ridotti', se raffrontati ai 60 e 90 giorni previsti in linea generale dalla riforma Fornero) nonostante gli intervalli legali fossero già stati ulteriormente ridotti, qualche giorno prima, dal d.l. 28.6.2013, n. 76, e portati a 10 e 20 giorni. Ebbene, nell'ipotesi in cui il quadro sia questo, sembra plausibile - nell'attesa di un auspicabile intervento chiarificatore delle parti contrattuali - considerare invalida tale disciplina negoziale, in quanto intervenuta sulla base di un rinvio legale non (più) esistente⁵³¹.

3. Contrattazione collettiva e *part-time*

Dopo l'emanazione del d.lgs. 25.2.2000, n. 61, si è assistito ad un'opera di adattamento della disciplina dei contratti collettivi dedicata al lavoro a tempo parziale alla nuova disciplina legale. In particolare, l'intervento della contrattazione si è concentrato sulla 'flessibilizzazione del *part-time*'. L'autonomia collettiva è stata chiamata, soprattutto in virtù dei rinvii presenti nel predetto decreto, poi modificato e integrato da successivi interventi legislativi, ad autorizzare e regolare la variazione della prestazione oraria concordata originariamente. Come è noto, la rilevanza di tale profilo risiede nel fatto che un utilizzo non regolamentato della predetta flessibilizzazione rischia di impedire la possibilità per il lavoratore di conciliare il lavoro a tempo parziale con altri interessi individuali (anche di tipo professionale)⁵³².

In particolare, le parti negoziali si sono occupate delle clausole elastiche (che, prima delle modifiche apportate dal d.lgs. n. 276/2003 al d.lgs. 61/2000, erano quelle clausole che, ove previste dalla contrattazione e previo consenso del lavoratore, permettevano al datore di lavoro di variare

⁵²⁸ *Contra*, nota Min. Lav. 4.10.2013.

⁵²⁹ V. nota Min. Lav. 4.10.2013.

⁵³⁰ È il caso, ad esempio, del ccnl Trasporti Confetra e altre 1.8.13 (che, peraltro, avrebbe potuto operare tale deroga migliorativa senza citare il rinvio contenuto nell'art. 5, co. 3, d.lgs. 368/01, che costituisce, invece, il necessario presupposto di deroghe contrattuali peggiorative rispetto alla disciplina legale, come, ad esempio, l'eliminazione degli intervalli legali minimi o la definizione di intervalli più brevi di quelli legali).

⁵³¹ La soluzione proposta pare, del resto, rispettosa della volontà delle parti contrattuali (che, per i motivi spiegati nel testo, sarebbe invece tradita ove si ritenesse valida la citata disciplina contrattuale), oltre che coerente con quanto affermato in relazione alla questione, per certi versi analoga, sorta con riferimento alla disciplina introdotta dal medesimo rinnovo contrattuale in relazione alle ipotesi di acausalità contrattuale del contratto a termine.

⁵³² Cfr. la nota sentenza della Corte costituzionale 4.5.92, n. 210, in *RIDL*, 1992, con nota di P. ICHINO, 731. Sul profilo della flessibilità 'funzionale' del contratto di lavoro *part-time* (che si distingue da quella 'genetica' di tale contratto) e sui contrapposti interessi su cui essa incide, v., fra i tanti, anche per ulteriori riferimenti, C. ALESSI, *Lavori ad orario ridotto e prevedibilità dell'orario di lavoro*, in L. Guaglianone-F. Malzani, a cura di, *Come cambia l'ambiente di lavoro: regole, rischi, tecnologie*, Milano, Giuffrè, 2007, M. BROLLO, *La flessibilità...*, cit., 735 ss., M. D'ANTONA, *L'autonomia individuale e le fonti di diritto del lavoro*, in *DLRI*, 1991, 477, e A. PERULLI, *Interessi e tecniche di tutela nella disciplina del lavoro flessibile*, in Aa.Vv., *Interessi...*, cit., 82 ss.

la fascia oraria di svolgimento della prestazione lavorativa) e del lavoro supplementare. Sin dai primi interventi negoziali, la parti collettive, in diverse categorie, si sono occupate dell'apposizione delle clausole elastiche - intese secondo l'originaria definizione del legislatore - senza tuttavia individuare, come indicato espressamente (anche nel testo allora vigente) dall'art. 3, co. 7, d.lgs. 61/2000, *condizioni e modalità* per la variazione della collocazione temporale della prestazione⁵³³, non prevedendo quindi limiti 'collettivi' all'utilizzo delle predette clausole e alla flessibilizzazione della gestione del contratto a tempo parziale⁵³⁴. Altri accordi hanno invece controllato il ricorso alle clausole elastiche, individuando, seppure con formule molto ampie, le ragioni che consentono l'apposizione delle stesse⁵³⁵ o fissandone una durata massima di utilizzo⁵³⁶.

L'art. 3, co. 7, d.lgs. 61/2000, è stato poi modificato dal d.lgs. 276/2003, che ha denominato flessibili le clausole attraverso le quali può variarsi la collocazione temporale della prestazione originariamente concordata e ha introdotto la possibilità, accanto a queste, di concordare clausole elastiche, che consentono al datore di lavoro, nel *part-time* verticale e misto, di aumentare la durata della prestazione rispetto a quella originariamente concordata. La norma da ultimo citata, anche dopo l'intervento legislativo del 2003, attribuisce un importante ruolo alla contrattazione collettiva, prevedendo che questa stabilisca *condizioni e modalità* di utilizzo delle clausole flessibili e che, in relazione alle clausole elastiche, determini altresì i *limiti massimi* della variazione in aumento della prestazione.

Ebbene, anche dopo il d.lgs. 276/2003, risulta diffusa la scelta di prevedere negozialmente l'apposizione di clausole elastiche e flessibili, senza però individuare le ragioni che legittimano tale apposizione⁵³⁷; inoltre, analogamente alle intese precedenti al predetto decreto, quando la contrattazione individua le ipotesi in cui possono utilizzarsi le clausole flessibili ed elastiche, generalmente le indica in modo vago⁵³⁸ - salvo eccezioni⁵³⁹ - non ponendo, quindi, un reale filtro selettivo

⁵³³ Fra i tanti, v. il ccnl Alimentaristi Confapi 14.3.00, il ccnl Alimentaristi Confindustria 14.7.03 e il ccnl Edili Artigiani 15.6.00.

⁵³⁴ La dottrina, già con riferimento alle prime intese contrattuali intervenute in tal senso, si è interrogata sulla possibilità di ricorrere alla variazione oraria della prestazione ove la disciplina collettiva non regoli i profili espressamente indicati dalla legge e richiamati nel testo (v., ad esempio, L. BELLARDI, V. LECCESE, G. LELLA e G. ROMA, *L'evoluzione...*, cit., 2004, 210-211).

⁵³⁵ È il caso, ad esempio, del ccnl Trasporto aereo e servizi aeroportuali 11.7.01 e del ccnl Gas-acqua Confindustria e Confservizi 1.3.02.

⁵³⁶ V., fra gli altri, il ccnl Grafici editoriali Confindustria 5.4.00.

⁵³⁷ Va peraltro precisato che, come per altri istituti, dal momento della diffusione del Libro bianco sul mercato del lavoro del 2001 fino all'emanazione del d.lgs. 276/03, che ha (fra l'altro) riformato la disciplina del *part-time*, si registra una fase di 'attesa' della contrattazione; in questo lasso di tempo, i contratti collettivi, se, da una parte, hanno proseguito l'opera di manutenzione della disciplina contrattuale - spesso attraverso clausole che vengono espressamente dichiarate transitorie - e di adeguamento della stessa al quadro normativo disegnato dal d.lgs. 61/00, dall'altra hanno rinviato la regolazione contrattuale del *part-time* ad incontri successivi all'entrata in vigore dei decreti attuativi della legge delega n. 30/03 (poi attuata con il d.lgs. 276/03). In questo senso, v., ad esempio, i ccnl Metalmeccanici Confindustria, non sottoscritto da Fiom-Cgil, 7.5.03, Assicurazioni Ania 18.7.03 e Conciari Confapi 17.9.03.

⁵³⁸ V., in questo senso, ad esempio, il ccnl Legno e arredamento Confapi 22.9.04, il ccnl Turismo Confcommercio 27.7.07, il ccnl Turismo Confesercenti 31.7.07, il ccnl Edili cooperative 24.6.08 e il ccnl Telecomunicazioni Confindustria 23.10.09. Alcuni contratti, analogamente, prevedono un'unica causale descritta con una formula molto ampia: il ccnl Chimici Confindustria 28.5.04 conferma la precedente causale correlata ad esigenze tecniche, organizzative e produttive (per una disciplina analoga, v. il ccnl Panificatori Confcommercio 19.7.05 e il ccnl Trasporto Confetra e altre 9.11.06); il ccnl Agricoltura impiegati 4.6.08 e il ccnl Servizi ambientali Federrambante 23.12.09, similmente, fanno riferimento ad esigenze di carattere tecnico, produttivo, organizzativo e sostitutivo; il ccnl Consorzi di bonifica 2.7.04 continua a richiedere, per l'apposizione delle clausole elastiche e flessibili, la sussistenza di comprovate ragioni tecniche ed organizzative e il ccnl Agricoltura operai 25.5.10 prevede il ricorso alle clausole flessibili ed elastiche quando sussistono oggettive esigenze tecnico-produttive o connesse alla funzionalità del servizio o dell'attività produttiva.

⁵³⁹ Il ccnl Telecomunicazioni Confindustria 23.10.09 consente il ricorso alle clausole flessibili ed elastiche solo in relazione ad esigenze, tassativamente indicate, di carattere temporaneo.

alla flessibilizzazione del *part-time*. Con riferimento alla prima scelta, si ripropone la questione, già segnalata, relativa alla possibilità di ricorrere alla variazione della collocazione temporale della prestazione nel caso di attuazione 'incompleta' del rimando legale, ossia ove la disciplina negoziale non regoli tutti i profili individuati dalla legge in materia (rispettivamente, condizioni e modalità di utilizzo delle clausole flessibili e condizioni, modalità e limiti massimi di utilizzo delle clausole elastiche)⁵⁴⁰.

In diversi casi, le intese limitano 'quantitativamente' l'utilizzo delle predette clausole. Diversi accordi, definiscono, come espressamente richiesto dall'art. 3, co. 7, n. 3, d.lgs. 61/2000, il limite massimo di variabilità in aumento della prestazione lavorativa, individuando una percentuale massima rispetto alla durata dell'orario a tempo parziale riferita all'anno solare, che si attesta generalmente intorno al 25-30%⁵⁴¹. Si riscontra invece raramente una limitazione quantitativa, o meglio temporale, delle clausole flessibili⁵⁴². Diversi contratti nazionali, inoltre, prevedono un intervento della contrattazione di secondo livello sulle modalità di apposizione delle clausole elastiche e flessibili. In alcune ipotesi, il ccnl regola la materia solo provvisoriamente, in attesa dell'intervento del contratto di secondo livello⁵⁴³; in altri, si prevede la possibilità, nella sede appena richiamata, di integrare la disciplina del ccnl in materia⁵⁴⁴ o di derogarla, nel rispetto di principi ivi

⁵⁴⁰ Tuttavia, il ruolo della contrattazione (e conseguentemente il rilievo della questione ricordata nel testo) risultava svalutato dalla contestuale introduzione, ad opera del d.lgs. 276/03, dell'art. 8, co. 2-ter, d.lgs. 61/00 (poi abrogato dalla l. 247/07), ai sensi del quale le parti individuali potevano concordare direttamente l'adozione di clausole flessibili o elastiche "in assenza di contratti collettivi". Tale svalutazione risultava peraltro più marcata se si riteneva possibile, sulla base della predetta disposizione, che le parti del contratto *part-time* ricorressero alla variazione oraria della prestazione (accordandosi direttamente o 'mutuando' la disciplina di un altro ccnl) anche nell'ipotesi in cui il ccnl effettivamente applicato disciplinasse il *part-time* ma non le clausole elastiche e flessibili (v. Circ. Min. Lav. 18.3.04, n. 9, e, in dottrina, fra gli altri, M. DELFINO, *La contrattazione collettiva nel part-time dopo il d.lgs. 276/03: profili teorici e applicativi*, in *RGL*, 2006, I, 147 s., e S. SCARPONI, *Il lavoro a tempo parziale*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"*.INT, n. 18/2004, csdle.lex.unict.it, 21-22, R. VOZA, *I contratti ad orario "ridotto, modulato o flessibile" tra lavoro e disponibilità*, in P. Curzio, a cura di, *Lavoro...*, cit., 336-337, e C. ZOLI, *Contratto e rapporto tra potere e autonomia nelle recenti riforme del diritto del lavoro*, in Aa. Vv., *Autonomia...*, cit., 94-95). Peraltro, secondo una diversa interpretazione, l'assenza dei contratti collettivi era da intendere come riferita esclusivamente all'ipotesi di non applicazione di alcun contratto collettivo al rapporto di lavoro *part-time* (A. ALLAMPRESE, *Tempo della prestazione e poteri del datore di lavoro*, in *ADL*, 2007, 355, M. BROLLO, *Le modifiche al d.lgs. n. 61/2000 sul lavoro a tempo parziale*, in M. Brollo-M.G. Mattarolo-L. Menghini, a cura di, *Contratti di lavoro flessibili e contratti formativi*, in F. Carinci, coordinato da, *Commentario al D.Lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, III, Milano, Ipsoa, 2004, 152 ss., V. LECCESE, *Il lavoro a tempo parziale nella legge n. 247 del 2007*, in Aa. Vv., *Studi in onore di Edoardo Ghera*, Bari, Cacucci, 2008, 588 ss., M. ROCCELLA, *Manuale di diritto del lavoro*, II ed., Torino, Giappichelli, 2005, 157); in tal modo, si ridimensionava la presunta svalutazione della contrattazione operata sul punto dal d.lgs. 276/03. Quanto al quadro normativo vigente, va puntualizzato che, sebbene l'art. 3, co. 7, d.lgs. 61/00 (come da ultimo modificato dalla l. 12.11.11, n. 183), preveda che *le parti* (e non più *i contratti collettivi*) possono concordare (l'introduzione di) clausole elastiche e flessibili, questo non pare sufficiente ad eliminare la necessità dell'autorizzazione collettiva in materia, considerata l'assenza di una previsione espressa in tal senso, equiparabile al previgente art. 8, co. 2-ter, d.lgs. 61/00 (*contra*, M. BROLLO, *Lavoro a tempo parziale: meno flex, più security*, in F. Carinci-M. Miscione, a cura di, *Commentario...*, cit., 120, e R. VOZA, *Le oscillazioni...*, cit., 685); ai sensi del vigente art. 3, co. 7, d.lgs. 61/00, del resto, l'introduzione delle clausole suddette deve avvenire (innanzitutto) "nel rispetto del presente comma" e, quindi, nel rispetto dell'intervento della contrattazione (relativo ai profili individuati già nel precedente quadro normativo e ricordati nel testo).

⁵⁴¹ V., tra i tanti, il ccnl Gomma e plastica Confindustria 2.6.04, il ccnl Chimici Confapi 5.10.06, il ccnl Turismo Confindustria 3.2.08 e il ccnl Metalmeccanici Confindustria, non sottoscritto da Fiom-Cgil, 15.10.09.

⁵⁴² Un esempio, in questo senso, è costituito dal ccnl Agricoltura operai 25.5.10, che consente l'utilizzo delle clausole flessibili, ove sussistano i requisiti causali ivi previsti, per un periodo continuativo non superiore a sei mesi.

⁵⁴³ Così, ad esempio, i ccnl Turismo Confcommercio 27.7.07 e Turismo Confesercenti 31.7.07.

⁵⁴⁴ V., fra gli altri, il ccnl Telecomunicazioni Confindustria 23.10.09.

stabiliti⁵⁴⁵. Una scelta radicale è quella del rinnovo Metalmeccanici Confindustria 20.1.08, che, non regolando affatto le clausole elastiche e flessibili, preclude la possibilità di flessibilizzare, per questa via, la gestione del *part-time* (possibilità invece ammessa dalla precedente disciplina contrattuale)⁵⁴⁶.

Quanto alle “specifiche compensazioni” per il ricorso a clausole flessibili o elastiche - la cui fissazione spetta alla contrattazione in base all’art. 3, co. 8, d.lgs. 61/2000 - le parti negoziali le hanno prevalentemente intese *sub specie* di maggiorazione retributiva, senza diversificare le forme di compensazione⁵⁴⁷ (come è possibile in virtù della modifica operata alla predetta disposizione dal d.lgs. 276/2003); in molti casi, si è concordata una maggiorazione diversa e più consistente nel caso del ricorso alle clausole elastiche (spesso fissata al 20%) rispetto a quella prevista per le clausole flessibili (che, nella maggior parte dei casi, oscilla fra il 10 e il 15%)⁵⁴⁸.

Diversi e diversificati sono gli interventi delle parti sociali sul diritto di ripensamento del lavoratore che abbia prestato il consenso ad effettuare la propria prestazione in un orario diverso da quello originariamente convenuto. Nonostante il riconoscimento di tale diritto sia fondamentale per il rispetto del ‘tempo di non lavoro’ - ma anche per consentire al *part-timer* di svolgere altre attività lavorative utili ad ottenere complessivamente una retribuzione sufficiente (e una pensione adeguata)⁵⁴⁹ - lo stesso ha avuto una ‘storia legislativa’ alquanto travagliata⁵⁵⁰. Le parti sociali, prima dell’abolizione del diritto di ripensamento ad opera del d.lgs. 276/2003, hanno introdotto, in alternativa alla “denuncia” del patto, che faceva venir meno definitivamente la facoltà del datore di utilizzare le clausole elastiche, la possibilità di sospendere tale facoltà per un determinato periodo, su richiesta del lavoratore⁵⁵¹.

Dopo il decreto legislativo da ultimo menzionato, l’autonomia collettiva sostanzialmente riprende, in alcuni casi, quanto stabilito nel previgente quadro normativo, riconoscendo al

⁵⁴⁵ V., ad esempio, il ccnl Turismo Confindustria 3.2.08.

⁵⁴⁶ Di segno opposto è l’opzione del successivo ccnl Metalmeccanici Confindustria, non sottoscritto da Fiom-Cgil, 15.10.09, che prevede e disciplina le clausole elastiche e flessibili. Tuttavia, potrebbe dubitarsi che tale ultima disciplina negoziale sia introdotta “dalle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale”, cui si riferisce il rinvio dell’art. 3, co. 7, d.lgs. 61/00 (cfr. quanto segnalato nel precedente paragrafo, anche con riferimento a questo accordo, riguardo a diversi profili del contratto a termine).

⁵⁴⁷ V., fra gli altri, i ccnl Trasporto Confetra e altre 9.11.06, Agricoltura impiegati 4.6.08, Tessili abbigliamento calzature Artigiani 10.1.08, Chimici Artigiani 19.2.08, Tessili Confindustria 11.6.08, Agricoltura operai 25.5.10 e il ccnl Telecomunicazioni Confindustria 23.10.09. Quest’ultimo accordo, con una clausola che potrebbe prestarsi a facili abusi, prevede che la predetta maggiorazione, stabilita dal contratto stesso, non spetti qualora la variazione temporale della prestazione sia richiesta dal lavoratore interessato per sua necessità o scelta.

⁵⁴⁸ Così, fra gli altri, i ccnl Turismo Confindustria 3.2.08, Edili Confindustria 18.6.08, Edili Cooperative 24.6.08, Edili Confapi 1.7.08, Alimentaristi Artigiani 24.1.08 e Metalmeccanici Confindustria, non sottoscritto da Fiom-Cgil, 15.10.09.

⁵⁴⁹ Cfr. la già richiamata sentenza della Corte costituzionale 4.5.92, n. 210, cit.

⁵⁵⁰ Il diritto di ripensamento a fronte di una variazione della collocazione oraria, originariamente previsto dall’art. 3, co. 10, d.lgs. 61/00, in caso di esigenze di carattere familiare, esigenze di tutela della salute certificate dal competente Servizio sanitario pubblico e di necessità di attendere ad altra attività lavorativa subordinata o autonoma, è stato soppresso con l’intervento del d.lgs. 276/03. Successivamente, la l. 28.6.12, n. 92 (cd. riforma Fornero) ha rinviato alla contrattazione collettiva la definizione di condizioni e modalità che consentono l’eliminazione o la modifica delle clausole flessibili (introducendo l’art. 3, co. 7, numero 3-*bis*, d.lgs. 61/2000) e, modificando l’art. 3, co. 9, del decreto stesso, ha riconosciuto il diritto di ripensamento per i lavoratori studenti e per i lavoratori affetti da patologie oncologiche o che assistano parenti e/o familiari con suddette patologie (cfr. art. 12-*bis*, d.lgs. 61/2000).

⁵⁵¹ In tal senso, v., ad esempio, il ccnl Chimici Confindustria 12.2.02.

lavoratore il diritto al ripensamento anche dopo la diversa scelta del legislatore del 2003⁵⁵². Una tutela inferiore, ma comunque consistente, è riconosciuta ai lavoratori da altre disposizioni negoziali che (riprendendo quanto in alcuni casi previsto in sede negoziale prima d.lgs. 276/2003) prevedono la sospensione dell'applicazione delle clausole elastiche e flessibili nel caso in cui sovrappungano documentate ragioni, fino al permanere delle stesse⁵⁵³; uno scarso contributo all'effettiva tutela del lavoratore sembra offerto, invece, dai contratti che stabiliscono che, ove il datore o il lavoratore interessato lo richiedano, *con il consenso dell'altra parte* può sospendersi l'operatività delle clausole predette⁵⁵⁴.

Le citate disposizioni contrattuali possono, in un certo senso, considerarsi anticipatorie dell'intervento della l. 92/2012 (cosiddetta riforma Fornero), che ha rinviato alla contrattazione collettiva la definizione di condizioni e modalità per l'eliminazione e la modifica delle clausole flessibili ed elastiche, salvo il necessario coordinamento con la diretta attribuzione *ex lege* a soggetti specifici della facoltà di revocare il consenso all'utilizzazione delle predette clausole.

Quanto alla contrattazione successiva alla riforma Fornero, almeno nelle prime intese le parti negoziali sembrano aver travisato e travalicato, in materia, il rinvio legislativo contenuto nell'art. 3, co. 7, numero 3-*bis*, d.lgs. 61/2000. Difatti, piuttosto che definire condizioni e modalità di esercizio del diritto di ripensamento in relazione alle clausole flessibili ed elastiche stabilite ai sensi dello stesso art. 3, co. 7, sono state previste limitazioni formali, temporali e quantitative all'esercizio del diritto in relazione alle uniche ipotesi in cui il medesimo diritto è *già previsto* per legge (art. 3, co. 9, d.lgs. 61/2000)⁵⁵⁵. Ebbene, seppure si autodichiarino attuativi del rinvio previsto dall'art. 3, d.lgs. 61/2000, tali interventi negoziali risultano in contrasto con l'attribuzione incondizionata del diritto di ripensamento nelle ipotesi previste dal medesimo art. 3, co. 9, d.lgs. 61/2000 (come modificato dalla l. 92/2012).

Anche sulla base del rinvio previsto dalla versione originaria dell'art. 3, d.lgs. 61/2000⁵⁵⁶, diverse intese nazionali sono intervenute in materia di lavoro supplementare, in relazione al quale, prima del d.lgs. 276/2003, si richiedeva in ogni caso il consenso del lavoratore. Alcuni contratti hanno tassativamente elencato le causali per il ricorso al lavoro supplementare⁵⁵⁷, mentre, in altre

⁵⁵² V., fra gli altri, il ccnl Edili cooperative 24.6.08, il ccnl Servizi ambientali Federambiente 23.12.09, il ccnl Turismo Confindustria 3.2.08, il ccnl Trasporto Confetra e altre 3.11.06 (che, riprendendo l'originario art. 3, co. 10, d.lgs. 61/00, prevede la possibilità per il *part-timer* di dare disdetta alle clausole elastiche e flessibili decorsi 5 mesi dalla stipulazione del patto di flessibilità e con un preavviso di un mese) e il ccnl Autostrade Federreti, Fise, Acap 1.8.13 (che, analogamente, prevede la possibilità di denunciare il predetto patto o di chiederne la modifica dopo 5 mesi). Sul punto, v. C. LA MACCHIA, *Prime osservazioni sui contratti collettivi successivi alla riforma del mercato del lavoro del 2003*, in *RGL*, 2005, I, 75.

⁵⁵³ V., ad esempio, i ccnl Alimentaristi Confapi 17.4.08, Alimentaristi Artigiani 24.1.08 e Metalmeccanici Confindustria, non sottoscritto da Fiom-Cgil, 15.10.09 (in quest'ultimo caso, a fronte dell'elencazione tassativa nel contratto nazionale delle esigenze che implicano la sospensione delle clausole flessibili ed elastiche, la contrattazione aziendale è esplicitamente incaricata di individuarne altre di analoga valenza sociale).

⁵⁵⁴ V., ad esempio, i ccnl Tessili Confindustria 11.6.08 e Calzaturieri Confindustria 2.7.08.

⁵⁵⁵ V., ad esempio, il ccnl Alimentaristi Confindustria 27.10.12, il ccnl Cooperative di trasformazione di prodotti agricoli e zootecnici Agci, Federagri, Legacoop 5.12.12 e il ccnl Laterizi 24.6.13.

⁵⁵⁶ Tale disposizione affidava alla contrattazione la definizione del numero massimo giornaliero e annuo delle ore effettuabili e delle causali obiettive per la richiesta del lavoro supplementare.

⁵⁵⁷ V., tra i tanti, il ccnl Alimentaristi Confapi 14.3.00 e il ccnl Edili 15.6.00.

ipotesi, le parti collettive si sono limitate a prevederne l'utilizzo nel caso di non meglio precisate situazioni incidenti sulla programmazione dell'attività produttiva⁵⁵⁸, di imprescindibili e indifferibili necessità tecniche, produttive, organizzative o di mercato con durata temporanea⁵⁵⁹ o, semplicemente, a consentire il ricorso al lavoro supplementare senza altre precisazioni⁵⁶⁰. Diversi contratti nazionali⁵⁶¹, adempiendo all'ulteriore (previgente) rinvio legale di cui all'art. 3, co. 6, d.lgs. 61/2000, hanno definito criteri e modalità di operatività del cd. diritto al consolidamento delle ore di lavoro supplementari svolte, per dirla con il legislatore, "in via non meramente occasionale".

Anche dopo il d.lgs. 276/2003 l'art. 3, co. 2, d.lgs. 61/2000, opera un rinvio alla contrattazione collettiva, con riferimento alle *ipotesi* in cui il datore può ricorrervi, al *numero massimo di ore* di lavoro supplementare effettuabili e alle *conseguenze* del superamento di tale limite. Peraltro, il ruolo della contrattazione in materia di lavoro supplementare assume un 'peso' maggiore, in quanto il d.lgs. 276/2003, modificando l'art. 3, co. 2, del d.lgs. 61/2000, dispone che, ove l'autonomia collettiva *preveda e regoli* il lavoro supplementare (*rectius*, disciplini quantomeno i tre profili indicati dalla legge e sopra richiamati⁵⁶²), non è necessario il consenso del lavoratore per la prestazione oraria supplementare⁵⁶³.

Diversi accordi, sottoscritti dopo l'approvazione del d.lgs. 276/2003, scelgono, diversamente dal passato, di non prevedere le specifiche causali per il ricorso al lavoro supplementare⁵⁶⁴ o, comunque, di non introdurre una disciplina in tal senso⁵⁶⁵. Fra le intese che, invece, individuano tali causali, si consolida la già segnalata tendenza a prevedere formule ampie, in genere richiamando semplicemente le esigenze organizzative dell'azienda⁵⁶⁶ o comunque si riscontra, a fronte della previsione di causali connotate dalla temporaneità, l'autorizzazione al ricorso al lavoro

⁵⁵⁸ Ccnl Grafici editoriali Confindustria 5.4.00.

⁵⁵⁹ Ccnl Chimici Confindustria 12.2.02.

⁵⁶⁰ V., ad esempio, il ccnl Edili Confindustria 29.1.00.

⁵⁶¹ V., fra gli altri, il ccnl Alimentaristi Confapi 14.3.00 e il ccnl Calzaturieri Confindustria 27.4.00.

⁵⁶² In questo senso v., fra gli altri, M. DELFINO, *La contrattazione...*, cit., 39 ss., e R. DEL PUNTA, *Sub art.* 46, in M. Pedrazzoli, coordinato da, *Il nuovo mercato del lavoro, D.lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, Bologna, Zanichelli, 2004, 502. *Contra*, M. BROLLO, *Le modifiche...*, cit., 142.

⁵⁶³ In merito a tale alterazione dei delicati equilibri fra autonomia collettiva e individuale, v., fra gli altri, anche con riferimento a profili che in questa sede non è possibile trattare, M. BROLLO, *Le modifiche...*, cit., 140 ss. e 171 ss., V. PINTO, *Lavoro e nuove regole. Dal libro bianco al decreto legislativo 276/2003*, Roma, Ediesse, 2004, 151 ss., S. SCARPONI, cit., e R. VOZA, cit., 2006, 335 ss. Fra i ccnl che regolano i tre aspetti menzionati nel testo, v. il ccnl Metalmeccanici Confindustria, non sottoscritto da Fiom-Cgil, 15.10.09, in relazione al quale, tuttavia - come segnalato da ultimo con riferimento alle clausole elastiche e flessibili - si potrebbe dubitare dell'inclusione fra i ccnl stipulati da oo.ss. dei datori e dei lavoratori comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, gli unici abilitati dalla legge ad intervenire in materia - cfr. art. 1, co. 3, e art. 3, co. 1, d.lgs. 61/00). Molto diffusa è, tuttavia, la scelta dell'autonomia collettiva di mantenere (o reintrodurre) il requisito del consenso del lavoratore a tempo parziale per l'effettuazione del lavoro supplementare (ma su tale profilo si tornerà di seguito).

⁵⁶⁴ Nel senso indicato nel testo, v., fra gli altri, il ccnl Tessile, abbigliamento, moda Confindustria 24.4.04, il ccnl Calzature Confindustria 18.5.04 e il ccnl Pelli e cuoio Confindustria 21.5.04.

⁵⁶⁵ V., ad esempio, il ccnl Calzaturieri Confindustria 2.7.08 e il ccnl Alimentaristi Confapi 17.4.08.

⁵⁶⁶ In questo senso dispongono, ad esempio, i ccnl Telecomunicazioni Confindustria 23.10.09, Turismo Confindustria 3.2.08, Edili Confindustria 18.6.08, Edili Confapi 5.3.08, Alimentaristi Artigiani 24.1.08, Agricoltura impiegati 4.6.08, Chimici Artigiani 19.2.08, Giornalisti Fieg, Fnsi 22.4.09 e Agricoltura operai 25.5.10.

supplementare per esigenze organizzative e produttive⁵⁶⁷. È ridotto il numero degli accordi che, in maniera più circoscritta, ammettono l'utilizzo del lavoro supplementare solo per esigenze temporanee e contingenti⁵⁶⁸.

Ulteriore limite all'utilizzo del lavoro supplementare è costituito dalla definizione, in sede negoziale, del numero massimo di ore di lavoro supplementare effettuabili, in attuazione del predetto rinvio espresso operato, sul punto, dall'art. 3, co. 2, d.lgs. 61/2000. Nella maggior parte delle categorie, si prevede al riguardo una percentuale massima di ore di lavoro supplementare (che si attesta spesso intorno al 30% dell'orario concordato in origine)⁵⁶⁹, in altre si quantifica direttamente un monte orario massimo⁵⁷⁰ e, in altre ancora, si combinano queste due soluzioni⁵⁷¹.

Non molto diffusa risulta, invece, l'attuazione dell'ulteriore rinvio legislativo, contenuto nella disposizione da ultimo citata, concernente le conseguenze del superamento del predetto limite contrattuale alle ore di lavoro supplementare effettuabili, solitamente individuate nella maggiorazione della retribuzione più alta di quella già prevista per lo svolgimento del lavoro supplementare entro i limiti contrattuali⁵⁷².

Sono invece numerosi gli accordi nazionali che, nel caso di svolgimento di lavoro supplementare, prevedono una maggiorazione sulla retribuzione oraria⁵⁷³. Generalmente le parti individuano un valore percentuale oscillante fra il 10 e il 20%⁵⁷⁴, salvo optare, in sporadiche ipotesi, per compensazioni non economiche (riposo compensativo)⁵⁷⁵. Peculiare, rispetto a tali tendenze contrattuali, è l'assetto regolativo del ccnl Servizi ambientali (Federambiente), nel quale, dopo il rinnovo del 1.2.13, è disposto che le maggiorazioni retributive, generalmente previste per il lavoro supplementare, non siano corrisposte qualora si ricorra a tale istituto in strutture adibite a particolari

⁵⁶⁷ Così dispongono, fra gli altri, i ccnl Chimici artigiani 19.2.08 e Tessili abbigliamento e calzature artigiani 10.1.08.

⁵⁶⁸ La scelta richiamata nel testo è effettuata, fra gli altri, dal ccnl Panificatori Confcommercio 19.7.05, dal ccnl Trasporto Confetra e altre 3.11.06, dal ccnl Calce, gesso Confindustria 19.2.08, dal ccnl Calce, gesso Confapi 14.3.08 e dal ccnl Servizi ambientali Federambiente 23.12.09.

⁵⁶⁹ Questa è l'opzione prescelta, tra gli altri, dai ccnl Grafici Confindustria 24.2.04, Chimici Confapi 2.3.04, Gomma e plastica Confindustria 2.6.04, Elettrici Confindustria 18.7.06, Vetro Confindustria 4.5.07, Telecomunicazioni Confindustria 23.10.09, Trasporto Confetra e altre 3.11.06, Agricoltura impiegati 4.6.08, Alimentaristi Confapi 17.4.08, Alimentaristi Artigiani 24.1.08 (questi ultimi due accordi stabiliscono una percentuale massima variabile a seconda delle dimensioni dell'azienda), Chimici Artigiani 19.2.08, Tessili abbigliamento, Calzature Artigiani 10.1.08 (in quest'ultimo caso, si attribuisce espressamente alla contrattazione territoriale la facoltà di elevare il tetto orario previsto dal ccnl), Giornalisti Fieg, Fnsi 22.4.09 e Agricoltura Operai 25.5.10.

⁵⁷⁰ In questo senso, v., ad esempio, il ccnl Turismo Confindustria 3.2.08, che prevede un limite massimo di 130 ore annue, elevabile dalla contrattazione di secondo livello.

⁵⁷¹ V. il ccnl Metalmeccanici Confindustria 20.1.08, che fissa un limite massimo settimanale di 40 ore complessive e uno mensile pari al 50% della prestazione convenuta nel contratto individuale.

⁵⁷² Dispongono in questo senso, fra gli altri, i ccnl Alimentaristi artigiani 24.1.08, Agricoltura impiegati 4.6.08, Agricoltura Operai 25.5.10 e Servizi ambientali Federambiente 23.12.09.

⁵⁷³ Cfr. F. BANO, *Contratti flessibili: lavoro a tempo parziale e lavoro intermittente*, in *LD*, 2006, 302, M. DALFINO, cit., 144, e C. LA MACCHIA, cit., 72.

⁵⁷⁴ In questo senso v., ad esempio, i ccnl Tessile, abbigliamento, moda Confindustria 24.4.04, Chimici Confindustria 28.5.04, Legno e arredamento Confapi 22.9.04, Trasporto Confetra e altre 3.11.06, Tessili abbigliamento calzature Artigiani 10.1.08, Agricoltura impiegati 4.6.08, Chimici Artigiani 19.2.08, Edili Confindustria 18.6.08, Edili Confapi 1.7.08, Edili Cooperative 24.6.08, Giornalisti Fieg, Fnsi 22.4.09 e Metalmeccanici Confindustria, non sottoscritto da Fiom-Cgil, 15.10.09.

⁵⁷⁵ V., ad esempio, il ccnl Edilizia cooperative 24.5.04.

attività, in relazione a ragioni specificamente previste nel contratto stesso ed entro determinati limiti orari.

Un'altra rilevante opzione effettuata dall'autonomia collettiva è la previsione di alcune tutele dei lavoratori *part-timer* la cui garanzia, prima del d.lgs. 276/03, era prevista direttamente dal d.lgs. 61/2000 o era da questo affidata alla contrattazione collettiva. In diverse categorie, le parti negoziali - nonostante la diversa scelta operata dal legislatore con il d.lgs. 276/2003⁵⁷⁶ - continuano a richiedere il consenso del lavoratore a tempo parziale per la prestazione del lavoro supplementare⁵⁷⁷. Diversamente, altri accordi prevedono esplicitamente l'obbligatorietà dell'effettuazione del lavoro supplementare, nei limiti previsti dalla legge e dal contratto stesso, salvo il caso in cui sussistano effettive ragioni documentate dal lavoratore⁵⁷⁸.

Altri contratti⁵⁷⁹ si sono altresì preoccupati di garantire al lavoratore a tempo parziale il diritto al consolidamento delle ore supplementari effettuate con continuità⁵⁸⁰.

Per quanto riguarda il computo dei lavoratori a tempo parziale, alcuni accordi nazionali, riprendendo quanto stabilito dall'abrogato secondo comma dell'art. 6, d.lgs. 61/2000, hanno previsto che i lavoratori a tempo parziale, per regola generale computati in organico in proporzione all'orario svolto (art. 6, co. 1, d.lgs. 61/2000) sono computati come unità intere ai fini del Titolo III dello statuto dei lavoratori⁵⁸¹. Alcuni contratti collettivi nazionali di lavoro prevedono, inoltre, il diritto di precedenza per i prestatori di lavoro a tempo parziale nel caso di assunzioni a tempo pieno⁵⁸² (tale diritto, garantito originariamente dall'art. 5, co. 2, d.lgs. 61/2000, dopo il d.lgs. 276/2003 può essere previsto nel contratto individuale⁵⁸³).

⁵⁷⁶ Come ricordato, l'art. 3, co. 3, d.lgs. 61/01, come sostituito dal d.lgs. 276/03, richiede il consenso del lavoratore per l'effettuazione del lavoro supplementare solo ove quest'ultima non sia "prevista e regolamentata dal contratto collettivo".

⁵⁷⁷ V. F. BANO, cit., 301, M. BROLLO, *Il lavoro...*, cit., 1196, R. DEL PUNTA *Il part-time nella contrattazione collettiva del 2004*, in E. Rustichelli, *Il nuovo part-time. La concertazione della flessibilità*, Roma, Ispol, 47, e C. LA MACCHIA, cit., 74. Nel senso indicato nel testo, v., fra gli altri, i ccnl Commercio Confcommercio 2.7.04, Commercio Confesercenti 6.7.04, Grafici editoriali 24.2.04, Tessile, abbigliamento, moda Confindustria 24.4.04, Imprese di pulizia 21.12.07, Tessili Confindustria 11.6.08, Calzaturieri Confindustria 2.7.08, Turismo Confindustria 3.2.08, Tessili artigiani 10.1.08 e Chimici artigiani 19.2.08. All'opposto, altri accordi, fra cui i ccnl Alimentaristi Confapi 17.4.08 e Alimentaristi artigiani 24.1.08, prevedono espressamente l'obbligatorietà dell'effettuazione del lavoro supplementare, nei limiti previsti dalla legge e dal contratto stesso, salvo il caso in cui sussistano effettive ragioni documentate dal lavoratore.

⁵⁷⁸ Fra questi, v. il ccnl Alimentaristi Confapi 17.4.08 e il ccnl Alimentaristi artigiani 24.1.08. Il ccnl Servizi ambientali Federambiente 23.12.09, stabilito, in linea generale, l'obbligo del lavoratore di effettuare il lavoro supplementare ove richiesto, fa salvo il caso in cui la prestazione del lavoro supplementare pregiudichi alcune esigenze del *part-timer*, tassativamente elencate (prevedendo, in questa ipotesi, previa documentazione delle predette esigenze, l'esenzione - su richiesta - dal predetto obbligo). Sul punto, cfr. F. BANO, cit., 301.

⁵⁷⁹ V., ad esempio, i ccnl Consorzi agrari 5.4.04 e Alimentaristi Confapi 17.4.08.

⁵⁸⁰ Il vigente art. 3, co. 7, d.lgs. 61/00, prevedeva espressamente il compito della contrattazione di definire "criteri e modalità per assicurare al lavoratore a tempo parziale, su richiesta del medesimo, il consolidamento nel proprio orario di lavoro, in tutto od in parte, del lavoro supplementare svolto in via non meramente occasionale".

⁵⁸¹ V., ad esempio, il ccnl Commercio Confesercenti 6.7.04.

⁵⁸² V., ad esempio, i ccnl Consorzi agrari 5.4.04, Laterizi Confindustria 22.4.04, Laterizi Confapi 5.5.04 e Metalmeccanici Confindustria 7.5.03 (in quest'ultima ipotesi, il diritto di precedenza è riconosciuto ai lavoratori a tempo parziale "a parità di mansioni" e facendo salve le esigenze tecnico-organizzative). V. M. AIMO, cit., 226 e ss.

⁵⁸³ Il diritto di precedenza richiamato nel testo, dopo le modifiche operate dalla l. 247/07 sul d.lgs. 61/00, spetta, in ogni caso, ai lavoratori passati dal tempo pieno al *part-time* (art. 12-ter, d.lgs. 61/00) e quelli affetti da patologie oncologiche (art. 12-bis, co. 1);

Deve segnalarsi, altresì, un intervento abbastanza diffuso dell'autonomia collettiva in merito alla trasformazione del rapporto a tempo pieno in *part-time*⁵⁸⁴, generalmente teso ad ampliare le ipotesi in cui può avvenire il passaggio all'orario ridotto⁵⁸⁵.

4. Contrattazione collettiva e apprendistato professionalizzante

In materia di apprendistato e, in particolare, di apprendistato professionalizzante, con l'approvazione del d.lgs. 10.9.2003, n. 276, e, successivamente, con la nuova regolazione dell'istituto operata dal d.lgs. 14.9.2011, n. 167 (TU dell'Apprendistato), abrogativo del decreto legislativo per primo citato, il legislatore ha affidato alla contrattazione collettiva un ruolo essenziale per l'attivazione stessa dell'istituto. L'esame delle principali scelte negoziali operate nel tempo in materia di apprendistato professionalizzante consente, quindi, di verificare se e come l'autonomia collettiva, in particolar modo a fronte dei diversi rinvii legislativi, abbia integrato e specificato il relativo quadro legale e contribuito all'effettiva diffusione e utilizzazione di tale istituto contrattuale.

4.1 segue: la formazione

Nella maggior parte dei rinnovi successivi al d.lgs. 276/2003 si rileva una peculiare attenzione delle parti collettive rispetto all'apprendistato professionalizzante, anche in ragione del rinvio operato dall'art. 49 del predetto decreto. Tale previsione normativa attribuiva all'autonomia collettiva il compito di stabilire, in base al tipo di qualifica da conseguire, la *durata* del contratto (nel rispetto del limite minimo legale di 2 mesi e di quello massimo di 6), nonché delle *modalità di erogazione e dell'articolazione della formazione* esterna e interna alle singole aziende, specificando che i profili formativi dovevano invece essere regolamentati, nel rispetto di principi e criteri direttivi ivi previsti, dalle Regioni (d'intesa con le parti sociali).

Considerata l'importanza della formazione nell'apprendistato professionalizzante, pare opportuno esaminare, in primo luogo, le principali tendenze contrattuali relative a tale macroarea e, successivamente, quelle relative agli ulteriori profili del rapporto di lavoro degli apprendisti.

Quanto al delicato aspetto del bilanciamento tra formazione interna e formazione esterna, in un primo periodo si sono registrate posizioni alquanto eterogenee⁵⁸⁶. Alcuni rinnovi non hanno preso in materia una posizione netta, limitandosi a disporre che l'*iter* formativo potesse svolgersi

per alcune disposizioni contrattuali che estendono l'ambito di tale ultima disposizione, v. i ccnl Chimici Confindustria 18.11.09 e Metalmeccanici Confindustria, non sottoscritto da Fiom-Cgil, 15.10.09.

⁵⁸⁴ Al riguardo, il d.lgs. 61/00, in seguito alle modifiche e integrazioni intervenute con il d.lgs. 276/03 e, da ultima, con la l. 247/07, obbliga il datore a prendere in considerazione le domande di trasformazione dei dipendenti a tempo pieno, rimandando alla contrattazione la definizione dei criteri applicativi di tale previsione (art. 5, co. 3) e riconosce il diritto alla trasformazione o la semplice priorità in ipotesi tassativamente previste, rispettivamente, ai commi 2 e 3 dell'art. 12-*bis*.

⁵⁸⁵ Fra gli altri, v. il ccnl Metalmeccanici Confindustria 20.1.08, che ha elevato la percentuale (dal 2 al 3%) e ampliato le ipotesi in cui l'azienda deve *valutare positivamente* la richiesta di passare al *part-time*, affiancando alle esigenze familiari di assistenza e di cura, già previste in precedenza, quelle di studio del lavoratore richiedente (v. M. AIMO, cit., 224 e segg.). Il ccnl Enti culturali, turistici e sportivi Federculture 7.7.09, analogamente, ha introdotto nuove ipotesi in tal senso e le ha ordinate in base alla priorità.

⁵⁸⁶ In questa sede non è possibile affrontare analiticamente il complesso tema della distinzione fra formazione interna ed esterna, nè della connessa e cruciale questione del riparto di competenze Stato/Regioni in materia di apprendistato professionalizzante (cui, peraltro, si faranno sintetici cenni nel prosieguo). Per tali profili, si rinvia, anche per ulteriori riferimenti a M. BARBIERI, cit., F. CARINCI, cit., M. D'ONGHIA, *Il testo unico sull'apprendistato*, in RGL, 2012, 211 ss., e D. GAROFALO, *L'apprendistato*, cit., 1505 ss.

all'interno o all'esterno dell'azienda⁵⁸⁷; altri hanno consentito che l'intero percorso formativo si svolgesse all'interno dell'azienda, nel caso in cui questa ne avesse le capacità⁵⁸⁸ o in ogni caso⁵⁸⁹. Negli accordi successivi, si è sviluppata una generale tendenza a privilegiare lo svolgimento dell'intero *iter* formativo all'interno dell'azienda, qualora questa avesse i requisiti necessari. In tale prospettiva, numerosi rinnovi hanno definito la nozione di "impresa formativa", dotata di capacità formativa interna, identificandola nell'impresa che disponeva di risorse umane in grado di erogare formazione e trasferire competenze, di un *tutor* con formazione e competenze adeguate⁵⁹⁰, nonché di attrezzature e locali idonei ad erogare la formazione⁵⁹¹.

Quanto al piano formativo individuale⁵⁹², l'autonomia collettiva ha previsto, pressoché uniformemente, l'obbligo di allegare tale documento al contratto di apprendistato, mentre pochi accordi sono intervenuti per precisarne la funzione e il contenuto⁵⁹³ o per consentirne la modifica su accordo dell'apprendista e del datore di lavoro⁵⁹⁴.

L'inerzia di diversi legislatori regionali rispetto alla regolamentazione dei profili formativi ha impedito, in una prima fase, che l'apprendistato professionalizzante divenisse concretamente operativo⁵⁹⁵. Per attivare celermente tale istituto contrattuale, in alcune categorie si è scelto, nel 2004, di predisporre una disciplina contrattuale "quasi «autosufficiente»"⁵⁹⁶, in alcuni casi definendo anche i profili formativi⁵⁹⁷ - materia di competenza delle Regioni⁵⁹⁸ - o affidando la definizione degli stessi ad un organismo bilaterale⁵⁹⁹.

Successivamente, con l'art. 49, co. 5-*bis*, d.lgs. 276/2003 (introdotto con il d.l. 14.3.2005, n. 35, conv. in l. 14.5.2005, n. 80), il legislatore, al fine di sbloccare la situazione, ha permesso alla contrattazione - che ha visto, in tal modo, ulteriormente arricchite le già ampie competenze in materia - di sostituirsi temporaneamente alla legislazione regionale, predisponendo, nell'attesa di quest'ultima, una regolazione complessiva dell'apprendistato professionalizzante, che ne

⁵⁸⁷ V., ad esempio, i ccnl Calzature Confindustria 18.5.04 e Tessili Confindustria 24.4.04.

⁵⁸⁸ V., fra gli altri, il ccnl Bancari casse rurali e artigiane-credito cooperativo 27.9.05.

⁵⁸⁹ V., ad esempio, il ccnl Energia e Petrolio Confindustria 9.12.03 e l'Accordo sull'apprendistato per gli Istituti di credito del 23.6.05.

⁵⁹⁰ V., ad esempio, i ccnl Chimici Confindustria 28.5.04, Metalmeccanici Confindustria 19.1.06 ed Energia e Petrolio Confindustria 30.3.06.

⁵⁹¹ In tal senso hanno disposto, tra i tanti, i ccnl Energia e petrolio Confindustria 30.3.06, Tessili abbigliamento calzature artigiani 10.1.08 e Alimentaristi artigiani 24.1.08.

⁵⁹² V. quanto disposto dal previgente art. 49, co. 4, d.lgs. 276/03.

⁵⁹³ Fra gli altri, si segnalano i ccnl Metalmeccanici Confindustria 19.1.06, Legno arredamento e mobili artigiani 11.10.07 ed Editoria poligrafici spettacolo 28.3.07.

⁵⁹⁴ V., fra gli altri, i ccnl Metalmeccanici Confindustria 19.1.06 (che prevede anche la necessità del consenso del *tutor*), Editoria poligrafici spettacolo 28.3.07 e ccnl Tessili abbigliamento calzature artigiani 10.1.08.

⁵⁹⁵ Come già ricordato, l'art. 49, co. 5, d.lgs. 276/2003 rimetteva alle Regioni - d'intesa con le parti sociali e nel rispetto di principi e criteri direttivi ivi previsti - la regolamentazione dei profili formativi, essenziale per il concreto utilizzo dell'istituto.

⁵⁹⁶ Così, C. LA MACCHIA, cit., 68, cui si rinvia anche per riferimenti contrattuali.

⁵⁹⁷ V. ad esempio, il ccnl Commercio Confcommercio 2.7.04, che, in attesa della regolamentazione dei profili formativi da parte delle Regioni, ha definito in via sperimentale una disciplina generale dell'apprendistato, al fine di attivare tale istituto contrattuale.

⁵⁹⁸ Cfr. Circ. Min. Lav. 14.10.04, n. 40, in cui si precisa la necessità dell'intervento regolativo delle Regioni per la piena operatività dell'apprendistato professionalizzante.

⁵⁹⁹ V., ad esempio, i ccnl Tessili Confindustria 24.4.04 e Chimici Confindustria 28.5.04.

rendesse possibile l'immediato utilizzo⁶⁰⁰. Anche sulla base di tale modifica legislativa, diverse intese hanno predisposto una disciplina strutturata e dettagliata della formazione nell'apprendistato professionalizzante, individuando, fra l'altro, i profili formativi⁶⁰¹ o affidando tale compito a soggetti bilaterali⁶⁰².

Nell'articolazione della formazione, le parti sociali hanno generalmente mantenuto la distinzione tra contenuti a carattere professionalizzante e contenuti trasversali⁶⁰³, di cui al d.m. 8.4.1998 e al d.m. 20.5.1999 e, in molti casi, hanno opportunamente stabilito che la formazione riguardante le materie di prevenzione antinfortunistica dovesse svolgersi all'inizio del rapporto⁶⁰⁴. Diversamente, in altri accordi successivi all'introduzione del predetto art. 49, co. 5-*bis*, d.lgs. 276/2003, le parti negoziali si sono impegnate ad incontrarsi dopo la definizione dei profili formativi da parte delle Regioni, per valutare come armonizzare le clausole contrattuali rispetto alla regolamentazione regionale⁶⁰⁵.

Lo scenario normativo e il ruolo della contrattazione in materia di apprendistato professionalizzante sono nuovamente mutati nel 2008, con l'introduzione, nell'art. 49, d.lgs. 276/2003, del co. 5-*ter* (operata con l. 6.8.2008, n. 133). Alle parti collettive è stata attribuita la possibilità di attivare l'apprendistato professionalizzante attraverso un 'canale parallelo', ossia mediante l'utilizzo della formazione esclusivamente aziendale, predisponendo una regolazione integrale e definitiva dell'apprendistato, non sottoposta, peraltro, al rispetto dei principi previsti dall'art. 49, co. 5, del decreto stesso; si è eliminata, pertanto, in questa ipotesi, la necessità dell'intervento del legislatore regionale⁶⁰⁶. Ebbene, sin dai rinnovi immediatamente successivi, le parti hanno recepito,

⁶⁰⁰ Peraltro, la circolare del Ministero del Lavoro 15.7.05, n. 30, ha affermato la possibilità di considerare immediatamente operativo il contratto di apprendistato professionalizzante anche sulla base di contratti collettivi stipulati prima dell'entrata in vigore della l. 80/05, purché avessero definito "gli elementi minimi di erogazione e di articolazione della formazione" (v., ad esempio, il ccnl Consorzi di bonifica del 2.7.04).

⁶⁰¹ V., fra tanti, il Protocollo d'intesa per la realizzazione dell'apprendistato professionalizzante degli addetti alla Revisione contabile del 1.12.05, l'Accordo del settore trasporto 18.10.05, l'Accordo sull'apprendistato per gli Istituti di credito 23.6.05, il ccnl Metalmeccanici Confindustria 19.1.06, il ccnl Energia e Petrolio Confindustria 30.3.06, il ccnl Chimici Confindustria 10.5.06 e il ccnl Piastrelle e refrattari Confindustria 14.3.08. Per un'analisi critica della disciplina prevista da taluni accordi, v. L. BELLARDI, V. LECCESE, G. LELLA e G. ROMA, *Assesti...*, cit., 2009, 89 ss.; cfr. M. D'ONGHIA, *Commento sub art. 5, Sez. 4^a, Tit. I (Apprendistato)*, in M.G. Garofalo-M. Roccella, a cura di, *Commentario al contratto collettivo dei metalmeccanici*, Bari, Cacucci, 2010, 237.

⁶⁰² V., ad esempio, i ccnl Lapidei artigiani 30.10.07, Legno arredamento e mobili artigiani 11.10.07 ed Edili Confapi 1.7.08. Il rilevante ruolo che la contrattazione (peraltro in attuazione dei criteri e principi direttivi di cui al previgente art. 49, co. 5, d.lgs. 276/03) ha riconosciuto agli enti bilaterali in materia di formazione nell'apprendistato professionalizzante, è testimoniato, peraltro, dalla circostanza che anche taluni accordi che hanno definito direttamente i profili formativi (come il ccnl Metalmeccanici, citato nelle precedenti note) hanno affidato a commissioni paritetiche, nazionali e territoriali, lo svolgimento di importanti compiti in materia, soprattutto con riferimento alla predisposizione di ulteriori profili formativi e all'aggiornamento dei medesimi (sul punto, M. D'ONGHIA, *Sub art. 5...*, cit., 237).

⁶⁰³ V., ad esempio, il ccnl Bancari - casse rurali e artigiane-credito cooperativo 27.9.05, l'Accordo sull'apprendistato per gli Istituti di credito del 23.6.05, il ccnl Legno arredamento e mobili artigiani 11.10.07 e il ccnl Lapidei artigiani 30.10.07.

⁶⁰⁴ V., tra i diversi accordi intervenuti in tal senso, il ccnl Tessili abbigliamento Confindustria 11.4.06.

⁶⁰⁵ V., fra gli altri, il ccnl Bancari - casse rurali e artigiane-credito cooperativo Federcasse-Fabi 27.9.05.

⁶⁰⁶ Sebbene, come già segnalato, l'analisi specifica del delicato accordo fra disciplina legislativa dell'apprendistato e riparto di competenze Stato/Regioni esorbiti dall'ambito del presente studio, deve ricordarsi come i dubbi sulla legittimità costituzionale dell'art. 49, co. 5-*ter*, d.lgs. 276/03, rispetto all'art. 117 Cost., abbiano portato diverse Regioni a sollevare la questione di costituzionalità della disposizione legislativa da ultimo indicata per lesione della loro competenza esclusiva sulla formazione professionale (con gli esiti di seguito sintetizzati nel testo). Del resto, la Consulta, nella nota sentenza 28.01.05, n. 50, aveva chiarito che, ai sensi della disposizione

seppure secondo diverse modalità, il nuovo rinvio legale. A fronte di mere dichiarazioni di disponibilità a valutare il ricorso al nuovo canale dell'apprendistato⁶⁰⁷, vi è stato il rinvio ad una commissione nazionale paritetica per la regolamentazione dei profili formativi⁶⁰⁸ o l'attivazione diretta dell'apprendistato professionalizzante con formazione esclusivamente aziendale, mediante la definizione, tra gli altri aspetti, della formazione esclusivamente aziendale, dei requisiti minimi della formazione da erogare e dei contenuti formativi dei profili professionali⁶⁰⁹.

Il processo di attivazione dell'apprendistato con formazione esclusivamente aziendale ha subito nel 2010 una battuta d'arresto, in ragione della sentenza della Corte costituzionale 14.5.2010, n. 176, che ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 49, co. 5-ter, d.lgs. 276/2003, nelle parti in cui escludeva l'operatività dei principi dettati dal precedente comma 5, specificava il carattere integrale del rinvio alla contrattazione sui profili formativi (eliminando quindi la competenza regionale) e rinviava alla contrattazione e agli enti bilaterali la definizione della nozione di formazione aziendale⁶¹⁰. Tale sentenza ha ingenerato dubbi e perplessità anche nelle parti sociali, che hanno chiesto esplicitamente al governo chiarimenti in merito agli effetti del 'nuovo' quadro normativo⁶¹¹. Nel corso dell'anno successivo, le parti collettive hanno ripreso ad occuparsi dell'apprendistato professionalizzante, generalmente adoperando un'estrema cautela nel disciplinare contrattualmente tale istituto, per non ledere le riaffermate competenze regionali. Vi sono stati, tuttavia, consistenti dubbi sulla conformità con la legge - e, in particolare, con l'art. 49, co. 5-ter, d.lgs. 276/2003, 'modificato' a seguito della citata sentenza della Consulta - di alcuni interventi contrattuali, che, ad esempio, nella prospettiva dell'erogazione della formazione interna, hanno definito il concetto di capacità formativa dell'azienda⁶¹².

costituzionale da ultimo citata, mentre la formazione esterna all'azienda rientra nell'ambito della competenza esclusiva delle Regioni (e, precisamente, nell'istruzione e formazione professionale), quella interna rientra nella competenza esclusiva dello Stato (e, precisamente, nell'ordinamento civile), aggiungendo, tuttavia, che "nella regolamentazione dell'apprendistato né l'una né l'altra appaiono allo stato puro, ossia separate nettamente tra di loro e da altri aspetti dell'istituto" e che "occorre perciò tener conto di tali interferenze". In tale occasione, la Corte ha affermato che, in materia di apprendistato, si configura una "concorrenza di competenze" Stato/Regioni, che implica la necessità di una "leale collaborazione" fra soggetti istituzionali e, nel caso di conflitti, il ricorso al criterio della competenza prevalente (cfr., inoltre, in relazione alla questione di costituzionalità di alcune leggi regionali sull'apprendistato, Corte cost. 7.12.06, n. 406, in *FI*, 07, 2, 1, 341, Corte cost. 2.2.07, n. 21, in *FI*, 2007, 4, 1, 1035, e Corte cost. 6.2.07, n. 24, in *FI*, 2007, 4, 1, 1035).

⁶⁰⁷ Ccnl Enti culturali, turistici e sportivi Federeculture 7.7.09.

⁶⁰⁸ In questo senso ha operato il ccnl Assicurazione-assistenza Aisa 27.3.09.

⁶⁰⁹ V., ad esempio, l'Intesa nazionale in materia di formazione esclusivamente aziendale nell'apprendistato professionalizzante del settore Terziario 22.9.09, il ccnl Panificatori Fippa, Assopanificatori 1.12.09 (questi due accordi, per espressa dichiarazione delle parti, prevedono norme sostitutive della disciplina prevista dall'art. 47, co. 5, d.lgs. 276/03) e il ccnl Turismo Confcommercio 20.2.10. Per un esame analitico dei contenuti dell'intesa per prima citata, v. V. LECCESE, G. ROMA e M. LOZITO, *La contrattazione...*, cit, 2009, 147-148.

⁶¹⁰ La sentenza citata nel testo, pronunciata, come sopra ricordato, a seguito della rimessione degli atti alla Consulta operata da diverse Regioni, ha specificato, tra l'altro, che anche nell'ipotesi di apprendistato professionalizzante con formazione esclusivamente aziendale deve essere riconosciuto alle Regioni un rilevante ruolo di stimolo e di controllo dell'attività formativa.

⁶¹¹ Tra gli altri, v. l'Avviso comune in materia di formazione esclusivamente aziendale nell'apprendistato professionalizzante per il settore terziario del 6.8.10.

⁶¹² V., ad esempio, il ccnl Area Meccanica artigiani (che accorpa Metalmeccanici e installazione impianti artigiani, Orafi, argentieri e affini e Odontotecnici) 25.7.11.

Il quadro normativo in materia di apprendistato professionalizzante è mutato radicalmente, nel 2011, con la scelta del legislatore⁶¹³ di abrogare la disciplina contenuta in materia nel d.lgs. 276/2003 e di emanare il d.lgs. 14.9.2011, n. 167 (d'ora in poi TU)⁶¹⁴.

Nell'ambito del rinvio generale dell'art. 2, co. 1, TU - che, nel rispetto dei principi ivi fissati, affida ad appositi accordi interconfederali (d'ora in poi AI) e alla contrattazione nazionale⁶¹⁵ il compito di disciplinare le tre tipologie di apprendistato ivi previste⁶¹⁶ - il TU opera un rimando specifico alla contrattazione con riferimento all'apprendistato professionalizzante. L'art. 4, co. 2, TU, rinvia agli AI e ai contratti collettivi il compito di stabilire la durata e le modalità di erogazione della formazione *professionalizzante e di mestiere*, funzionale all'“acquisizione delle competenze tecnico-professionali e specialistiche relative ai profili individuati nei sistemi di inquadramento professionale” e gestita dall'azienda, nonché la durata, anche minima, del contratto⁶¹⁷. Inoltre, l'art. 6, co. 2, TU, incarica le parti collettive di definire gli *standard* professionali di riferimento per la verifica dei percorsi formativi dell'apprendistato professionalizzante⁶¹⁸. Si prevede, invece, che le Regioni integrino la formazione professionalizzante, sentite le parti sociali, con l'*offerta formativa pubblica*, interna o esterna all'azienda, attraverso la quale l'apprendista deve acquisire competenze di base e trasversali (art. 4, co. 3, TU).

Del resto, posto che il TU ha individuato un termine finale di efficacia per la disciplina legale e contrattuale vigente al momento dell'entrata in vigore dello stesso (fissandolo in sei mesi), si è assistito ad una 'corsa' della contrattazione per definire pattiziamente la disciplina dell'apprendistato prima del 25.4.2013, così da dare immediata operatività al nuovo apprendistato professionalizzante.

In relazione al nuovo apprendistato, non può trascurarsi l'intervento di diversi AI⁶¹⁹, che hanno previsto disposizioni applicabili a decorrere dal 26.4.2012, che si autodichiarano sussidiarie e cedevoli rispetto alla successiva disciplina introdotta dalla contrattazione nazionale, fungendo quindi da 'disciplina ponte' fra quella precedente al TU (transitoriamente vigente, come ricordato,

⁶¹³ Sulla base della delega contenuta nell'art. 1, co. 30, l. 24.12.07, n. 247.

⁶¹⁴ Peraltro, tale decreto è stato emendato, dopo nemmeno un anno, dalla l. 28.6.12 (cosiddetta riforma Fornero) e poi, esattamente ad un anno da quest'ultima, dal d.l. 28.6.13, n. 76, convertito, con modificazioni, dalla l. 9 agosto 2013, n. 99.

⁶¹⁵ Il riferimento del TU ai contratti nazionali stipulati da associazioni dei datori e dei lavoratori comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, potrebbe far sorgere, per l'ennesima volta, il dubbio, analogo a quello segnalato per alcuni rinvii relativi al contratto a termine e al *part-time*, che possano validamente ottemperare al rinvio richiamato nel testo alcuni gli accordi 'separati', non sottoscritti dalla Cgil, che, come sarà segnalato nel prosieguo dell'analisi, sono intervenuti su diversi aspetti dell'apprendistato professionalizzante.

⁶¹⁶ L'apprendistato per la qualifica e per il diploma professionale, l'apprendistato professionalizzante o contratto di mestiere e l'apprendistato di alta formazione o ricerca ricalcano, sostanzialmente, le tipologie di apprendistato previste dal d.lgs. 276/03.

⁶¹⁷ La durata massima della 'componente formativa' del contratto di apprendistato professionalizzante non può comunque superare 3 anni (5 per i profili caratterizzanti la figura dell'artigiano, definiti dalla contrattazione collettiva di riferimento). Quella minima, dopo l'intervento della riforma Fornero, come regola generale non può scendere sotto 6 mesi (art. 2, co. 1, lett. *a-bis*, TU).

⁶¹⁸ L'indiscutibile necessità della disciplina contrattuale per l'attivazione dell'apprendistato professionalizzante, non ha però impedito al Ministero del Lavoro di affermare, con risposta ad interpello 5.2.13, n. 4, che i datori di lavoro che non applicano un ccnl o che ne applicano uno in cui non è regolamentato il predetto istituto possono utilizzarlo facendo riferimento alla regolamentazione contrattuale di un settore affine.

⁶¹⁹ Fra questi, vedi gli AI Confindustria 18.4.12, Agci, Confcooperative e Legacoop 19.4.12 e Confapi 20.4.12.

sino al 25.4.2013) e quella stabilita dai nuovi accordi nazionali in attuazione del TU stesso⁶²⁰. L'intervento degli AI sulla formazione è incentrato, in particolare, sulla definizione degli *standard* professionali di riferimento per la verifica dei percorsi formativi⁶²¹ e dei modelli di piano formativo individuale⁶²². Tale definizione è stata successivamente operata anche da diversi accordi nazionali⁶²³, in alcuni casi prevedendo l'eventuale adozione di moduli e profili formativi *standard* forniti da enti bilaterali⁶²⁴ o la preventiva richiesta a questi ultimi da parte del datore di un parere di conformità sul piano formativo⁶²⁵⁻⁶²⁶. Inoltre, in analogia con una scelta contrattuale già effettuata nel precedente assetto normativo, in alcuni casi le parti sociali contemplano espressamente la possibilità di variare il predetto piano, ove lo ritengano opportuno apprendista, impresa e *tutor*⁶²⁷.

Per quanto concerne alcune intese intervenute dopo il TU, del resto, si deve segnalare la dubbia legittimità della regolazione negoziale della formazione finalizzata all'acquisizione delle competenze di base e trasversali (offerta formativa pubblica) rispetto all'attribuzione della competenza

⁶²⁰ È peraltro frequente, soprattutto nel 2013, la proroga della validità della disciplina prevista dai predetti AI, in relazione a diverse categorie, ad opera di accordi nazionali (fra i tanti, v. gli accordi Area Meccanica artigiani 22.4.13, Area Tessile moda artigiani 23.4.13, Area Legno lapidei artigiani 17.12.12, Acconciatura estetica artigiani 18.4.13, Area Alimentazione panificazione 16.4.13, Area Comunicazione artigiani 18.2.13 e Area Chimica ceramica artigiani 23.4.13).

⁶²¹ Secondo tutti gli AI sopra citati, come *standard* professionali di riferimento devono intendersi quelli risultanti dai sistemi di inquadramento professionale e dalle competenze professionali individuate dai rispettivi contratti collettivi.

⁶²² Secondo il TU, il piano formativo individuale è uno degli elementi necessari dell'apprendistato e va redatto, in forma scritta, entro trenta giorni dalla sottoscrizione del contratto, anche tenendo conto di moduli e formulari definiti dai contratti collettivi o dagli enti bilaterali (art. 2, co. 1, lett. a, TU). Va per completezza ricordato che, l'art. 2, co. 2 e 3, d.l. 28.6.2013, n. 76, convertito, con modificazioni, con l. 9.8.2013, n. 99, ha disposto, fra l'altro, che, dal 1° ottobre 2013, la redazione del piano formativo individuale è obbligatoria esclusivamente in relazione alla formazione per l'acquisizione delle competenze tecnico-professionali e specialistiche (ferma restando la possibilità di una diversa disciplina "in seguito all'adozione [di] linee guida ovvero [di] disposizioni di specie da parte delle singole regioni").

⁶²³ È il caso dell'Accordo nazionale sull'apprendistato Panificazione Confcommercio, Imprese per l'Italia 14.6.12, del ccnl Credito cooperativo - Casse Rurali e Artigiane Federcasse 22.12.12, del Protocollo di intesa sull'apprendistato Servizi ambientali Confindustria 20.6.12 e del ccnl Metalmeccanici Confindustria, non sottoscritto da Fiom-Cgil, 2.12.12 (che, in materia di profili formativi e di formazione in generale, conferma il ruolo delle Commissioni nazionali e territoriali per la formazione professionale e, quanto agli *standard* professionali, rinvia agli schemi esemplificativi dei profili formativi definiti il 28.3.06 dalla Commissione nazionale).

⁶²⁴ V., ad esempio, il ccnl Edilizia artigiani 6.5.13.

⁶²⁵ Il ccnl Pulizia cooperative 19.7.12, prevede, ad esempio, che il datore richieda un parere di conformità sul piano formativo individuale all'ente bilaterale, cui la contrattazione territoriale può peraltro affidare la verifica della conformità dell'addestramento degli apprendisti rispetto alla qualifica da conseguire al termine del periodo di apprendistato. Peculiare è la soluzione adottata dall'Accordo 5.4.12 in materia di apprendistato professionalizzante in somministrazione Assolavoro, non sottoscritto da Nidil-Cgil, 5.4.12. Tale intesa affida congiuntamente all'agenzia e all'utilizzatore la predisposizione dei piani formativi individuali dei lavoratori assunti a tempo indeterminato dalle agenzie di somministrazione (ex art. 2, co. 3, TU) e 'inviati' presso uno o più utilizzatori, prevedendo al riguardo anche il parere di conformità di un'apposita commissione istituita presso l'ente bilaterale, che deve verificare il rispetto di alcuni obblighi legali e può chiedere integrazioni e modificazioni dei piani medesimi.

⁶²⁶ Va tuttavia considerato che, con risposta ad interpello 14.6.12, n. 16, il Ministero del Lavoro ha chiarito che il TU prevede un ruolo solo eventuale degli enti bilaterali e non fa riferimento ad un ruolo necessario ed autorizzatorio degli stessi, e ha precisato che, pertanto, al di fuori del campo di applicazione dei contratti collettivi che richiedono espressamente l'intervento necessario degli enti bilaterali in materia, per i datori di lavoro non tenuti al rispetto di tali ccnl non vi è un obbligo generale di sottoporre il piano formativo individuale all'ente bilaterale di riferimento.

⁶²⁷ V., ad esempio, gli accordi sull'apprendistato Turismo Confindustria 14.5.12 e Legno arredamento Federlegno 19.4.12 (che contempla la possibilità, per l'apprendista, di farsi assistere dalle organizzazioni sindacali nella scelta indicata nel testo), il ccnl Edilizia artigiani 6.5.13, il ccnl Comunicazione Confapi 2.7.13 e il ccnl Metalmeccanici Confindustria, non sottoscritto da Fiom-Cgil, 5.12.12.

legislativa residuale alle Regioni in materia di formazione professionale⁶²⁸ (prima che rispetto alla delicata delimitazione degli ambiti di intervento della contrattazione e delle Regioni operata dal TU in materia di apprendistato professionalizzante sopra sinteticamente delineata). Tali intese prevedono in particolare che, in assenza di regolamentazione regionale, la predetta formazione sarà svolta dall'azienda e, in questa prospettiva, ne definiscono le aree contenutistiche⁶²⁹.

Sia prima che dopo il TU, si registra inoltre un diffuso intervento contrattuale sullo specifico aspetto della durata della formazione. Le 120 ore annue minime, imposte dal previgente art. 49, co. 5, lett. a), d.lgs. 276/2003, erano 'rese medie' (ossia considerabili come media) da diversi contratti nazionali⁶³⁰, con una soluzione di dubbia conformità al dato legale⁶³¹; altri accordi, invece, ribadito il minimo di 120 ore, prevedevano la possibilità, per la contrattazione aziendale, di stabilire un differente impegno formativo (ovviamente, senza derogare le 120 ore minime), rimandando a tale sede anche la definizione delle modalità della formazione interna ed esterna, in ragione delle specifiche esigenze aziendali⁶³². Dopo il TU, la contrattazione, con modalità differenziate, ha regolato la durata minima della formazione (che, secondo l'art. 4, co. 2, TU, deve essere stabilita in ragione dell'età dell'apprendista e del tipo di qualificazione contrattuale da conseguire), imponendo generalmente almeno 80 ore annue di formazione⁶³³. Del resto, con la risposta ad interpello del 19.10.12, n. 34, il Ministero del Lavoro ha ritenuto non conforme al TU e contraria al principio di parità di trattamento e di libera concorrenza la peculiare scelta dell'autonomia collettiva di ridurre la durata della formazione in base ad elementi diversi dall'età dell'apprendista e dal fabbisogno formativo necessario⁶³⁴. Ad ogni modo, va messo in luce che l'individuazione, da parte dell'autonomia collettiva, di un congruo numero di ore di formazione in

⁶²⁸ Art. 117, co. 4, Cost.

⁶²⁹ V. il Protocollo di intesa sull'apprendistato Servizi ambientali Confindustria 20.6.12, l'Accordo nazionale sull'apprendistato Assicurazioni Ania 14.6.12 e i ccnl Elettrici Confindustria 18.2.13 ed Energia concorrente 20.5.13.

⁶³⁰ V., ad esempio, il ccnl Metalmeccanici Confindustria 19.1.06, l'Accordo sull'apprendistato Lapidei Confindustria 15.3.06, l'Accordo Tessili, Abbigliamento Confindustria 11.4.06 e il ccnl Lapidei artigiani 30.10.07. Tale soluzione, di dubbia compatibilità con la disposizione legale da ultimo menzionata in testo, era stata ripresa, seppure in casi sporadici, negli anni successivi (v., fra gli altri, il ccnl Tessili abbigliamento calzature artigiani 10.1.08 e il ccnl Autostrade e trafori 4.8.11).

⁶³¹ V., fra gli altri, M. D'ONGHIA-A. RICCARDI, *Contratto nazionale per la disciplina dell'apprendistato professionalizzante*, in M.G. Garofalo-M. Roccella, a cura di, *Commentario...*, cit., 684-685.

⁶³² Così, fra gli altri, il ccnl Assicurazioni-Assistenza Aisa 27.3.09.

⁶³³ Nel senso da ultimo richiamato, v. gli AI in precedenza menzionati, gli accordi nazionali sull'apprendistato Alimentaristi Confindustria 24.4.12, Credito Abi 24.4.12, Turismo Confindustria 14.5.12 e Autostrade Federreti, Fise, Acap 24.7.12, i ccnl Edilizia artigiani 6.5.13, Elettrici Confindustria 18.2.13 ed Energia concorrente 20.5.13 e il Protocollo di intesa sull'apprendistato Servizi ambientali Confindustria 20.6.12. Per avere un'idea dell'eterogeneità delle soluzioni adottate, si consideri che l'Accordo nazionale sull'apprendistato Panificatori Fippa, Assopanificatori 4.5.12, a seconda dei profili, oscilla da un monte ore di 60 a 120 ore annue e prevede la possibilità di definire un diverso impegno formativo per la contrattazione collettiva di secondo livello; il ccnl Agricoli Confagricoltura, Coldiretti, Cia 30.7.12 prevede mediamente 30 ore all'anno di formazione; il ccnl Studi professionali Confprofessioni, Confederetecnica, Cipa 29.11.11 prevede, per determinati profili professionali, una formazione di 360 ore complessive, sommando quelle relative alla *formazione professionalizzante e di mestiere* e quelle relative all'*offerta formativa pubblica*; il ccnl Farmacie Federfarma 14.6.12 oscilla fra le 56 e le 66 ore medie annue; il ccnl Cemento calce e gesso Confindustria 20.3.13 prevede 120 ore medie all'anno e il Protocollo d'intesa per la realizzazione dell'apprendistato professionalizzante nel Terziario Confcommercio e Imprese per l'Italia 25.2.13, integrativo e modificativo dell'Accordo nazionale sull'apprendistato 24.3.12, fissa la formazione professionalizzante, a seconda dei profili professionali, in 20 e 22 giornate.

⁶³⁴ L'interpello in questione riguarda la peculiare scelta dell'accordo nazionale sull'apprendistato Turismo Federalberghi, Fipe, Piavet, Paita, Fedderreti 17.4.12, di ridurre di 1/4 il monte ore della formazione nel caso in cui l'impresa faccia verificare il piano formativo individuale dall'ente bilaterale.

relazione all'apprendistato professionalizzante contribuisce ad evitare che venga svilita la strutturale finalità formativa di tale istituto (contemplata, assieme a quella occupazionale, dal TU), considerata la mancanza, rispetto al previgente quadro legislativo, della definizione legale della durata minima della predetta formazione⁶³⁵.

4.2 *segue*: gli altri profili del rapporto di lavoro

Al di fuori della macroarea della formazione, è opportuno innanzitutto analizzare le tendenze della produzione negoziale concernenti il trattamento economico e normativo degli apprendisti.

A fronte di una previsione legale che consentiva il sottoinquadramento sino a due livelli⁶³⁶, i contratti collettivi nazionali di categoria hanno assunto posizioni alquanto differenziate⁶³⁷. Fra le principali soluzioni adottate, vi è stato il sottoinquadramento di un solo livello⁶³⁸; un primo periodo di sottoinquadramento di due livelli, seguito dal passaggio al livello superiore⁶³⁹; il sottoinquadramento di un livello solo nel primo periodo⁶⁴⁰ o, rispetto alla suddivisione in tre periodi, solo nei primi due (rispettivamente, di due livelli nel primo e di uno nel secondo)⁶⁴¹. Inoltre, diversi accordi, soprattutto nel settore artigiano, hanno previsto la percentualizzazione della retribuzione dell'apprendista⁶⁴², in misura crescente nel tempo, rispetto a quella spettante *al lavoratore non apprendista di analogo livello*⁶⁴³ o hanno combinato sottoinquadramento e percentualizzazione della retribuzione⁶⁴⁴.

⁶³⁵ Il TU si limita a precisare, all'art. 4, co. 3, che l'*offerta formativa pubblica* non possa essere inferiore, complessivamente, a 120 ore, ma nulla dispone in merito alla durata della *formazione professionalizzante e di mestiere*, la cui disciplina è rimessa, come sopra evidenziato, alla contrattazione.

⁶³⁶ Art. 53, co. 1, d.lgs. 276/03.

⁶³⁷ Per un'analisi delle principali scelte operate sul punto dai rinnovi immediatamente successivi al d.lgs. 276/03, v. C. LA MACCHIA, cit., 70-71.

⁶³⁸ V., fra gli altri, il ccnl Edili Confindustria 31.5.05.

⁶³⁹ Ad esempio, v. il ccnl Bancari casse rurali e artigiane-credito cooperativo 27.9.05.

⁶⁴⁰ V., ad esempio, il ccnl Energia e Petrolio Confindustria 30.3.06 e l'Accordo sull'apprendistato Cemento calce e gesso Confindustria 4.4.06.

⁶⁴¹ In questo senso, v. i ccnl Giocattoli e modellismo Confindustria 24.5.04, Tessili Confindustria 24.4.04, Gas e acqua Confindustria 9.3.07, Alimentaristi Confapi 17.4.08 e Calzaturieri Confindustria 2.7.08. Il ccnl Metalmeccanici Confindustria 19.1.06, che, stabilito il sottoinquadramento di due livelli nella prima fase e di uno nelle altre due, prevedeva che, nell'ultima fase dell'apprendistato, spettasse al lavoratore la retribuzione prevista per il livello di destinazione finale.

⁶⁴² Tale possibilità - ritenuta ammissibile ai sensi dell'art. 13 della l. 19.1.55, n. 25 (cfr. Circ. Min. Lav. 10.11.08, n. 27) - è stata poi riconosciuta anche dalla l. 23.12.09, n. 191, che ha introdotto nell'art. 53, d.lgs. 276/03, il co. 1-*bis*.

⁶⁴³ V., ad esempio, il ccnl Lapidei artigiani 30.10.07, il ccnl Legno arredamento e mobili artigiani 11.10.07, il ccnl Editoria poligrafici spettacolo 28.3.07, il Protocollo applicativo del ccnl Logistica trasporto merci e spedizioni Cooperative 15.7.09, il ccnl Area Meccanica artigiani (che accorpa Metalmeccanici e installazione impianti artigiani, Orafi, argentieri e affini e Odontotecnici) 25.7.11, il ccnl Logistica trasporto merci Confetra, Confcooperative, Legacoop Servizi, Agci, Anita, Cna, Unimpresa 26.1.11 e il ccnl Autostrade e trafori Federreti, Fise, Acap 4.8.11.

⁶⁴⁴ Questa è la scelta dei ccnl Alimentaristi artigiani 24.1.08, Ceramica Artigiani 29.4.08, Chimici artigiani 19.2.08 e Tessili abbigliamento calzature artigiani 10.1.08. Tuttavia, un'applicazione della percentualizzazione sulla retribuzione relativa al 'livello di sottoinquadramento' (e non su quella relativa al livello da conseguire al termine del periodo di apprendistato) comportava una duplice penalizzazione dell'apprendista, di dubbia compatibilità rispetto al quadro legale allora vigente (v. la risposta ad interpellato del Ministero del Lavoro 1.10.07, n. 28, e V. LECCESE, G. LELLA e G. ROMA, *La contrattazione...*, cit., 2008, 104; tuttavia, successivamente, v., in senso contrario, Circ. Min. Lav. 10.11.08, n. 27, e M. D'ONGHIA-A. RICCARDI, cit., 696) e anche rispetto al già ricordato art. 53, co. 1-*bis*, d.lgs. 276/03 (introdotto nel predetto decreto dalla l. 191/09), che affidava alla contrattazione collettiva il compito di stabilire la retribuzione dell'apprendista in misura percentuale rispetto alla "retribuzione spettante ai lavoratori addetti a mansioni o funzioni

Un intervento negoziale analogo si registra anche dopo che il TU ha confermato la possibilità di operare un sottoinquadramento dell'apprendista sino a due livelli o di stabilire la corresponsione allo stesso di una retribuzione percentuale (rispetto a quella prevista per la qualifica da conseguire al termine del periodo di apprendistato), esplicitando, tuttavia, la non cumulabilità delle due soluzioni⁶⁴⁵. L'autonomia collettiva si è divisa fra le due ipotesi sopra richiamate, prevedendo, secondo diverse modalità, il sottoinquadramento dell'apprendista (sottoinquadramento fino a due livelli fino al conseguimento della qualifica⁶⁴⁶, sottoinquadramento di due livelli nel primo periodo di apprendistato e di uno nel secondo⁶⁴⁷ o sottoinquadramento di due livelli nel primo, di uno nel secondo e inquadramento nel livello 'di uscita' nel terzo periodo⁶⁴⁸) e, in altri casi, la percentualizzazione della retribuzione, in genere crescente durante il periodo di apprendistato⁶⁴⁹. Non mancano, peraltro, accordi che, riprendendo anche la terza scelta effettuata dalle sopra menzionate intese precedenti al TU, combinano le due tecniche, senza peraltro chiarire espressamente come operi l'interazione fra sottoinquadramento e percentualizzazione della retribuzione. Al riguardo, rispetto a quanto sopra rilevato in relazione, appunto, alle intese sottoscritte nella vigenza del d.lgs. 276/2003, deve osservarsi che, a maggior ragione, tale combinazione di clausole contrasta con l'alternatività fra sottoinquadramento e percentualizzazione, espressamente affermata dal TU.

La durata massima dell'apprendistato è stata generalmente ridotta, rispetto a quella di 6 anni, prevista dall'allora vigente art. 49, co. 3, d.lgs. 276/2003⁶⁵⁰, spesso differenziandola in base alla qualifica da conseguire⁶⁵¹, alle competenze di partenza⁶⁵² e alla situazione personale dell'apprendista⁶⁵³. In un numero limitato di accordi, sono stati concordati casi di prorogabilità del periodo

che richiedono qualificazioni corrispondenti a quelle per il conseguimento delle quali è finalizzato il contratto [di apprendistato]" (corsivo mio).

⁶⁴⁵ Art. 2, co. 1, lett. c), TU.

⁶⁴⁶ In questo senso dispongono, fra gli altri, Accordi nazionali sull'apprendistato Alimentaristi Confindustria 24.4.12, Credito cooperativo Federcasce 4.5.12, Agricoli Confagricoltura, Coldiretti e Cia 30.7.12, gli Al Confindustria 18.4.12, Agci, Confcooperative e Legacoop 19.4.12 e Confapi 20.4.12 e il ccnl Credito cooperativo - Casse Rurali e Artigiane Federcasce 22.12.12.

⁶⁴⁷ È il caso, fra gli altri, del ccnl Studi Professionali Confprofessioni, Confederetecnica, Cipa 29.11.11, dell'Accordo nazionale sull'apprendistato Panificatori Fippa, Assopanificatori 4.5.12 e del ccnl Assicurazioni Ania 7.3.12. Il Protocollo d'intesa per la realizzazione dell'apprendistato professionalizzante nel Terziario (Confcommercio e Imprese per l'Italia) 25.2.13 - che ha integrato e modificato l'Accordo nazionale sull'apprendistato 24.3.12 - ha previsto il sottoinquadramento di un livello solo per alcune qualifiche e limitatamente alla prima fase dell'apprendistato.

⁶⁴⁸ Ccnl Farmacie Federfarma 14.6.12 e ccnl Cemento calce e gesso Confindustria 20.3.13. Un peculiare meccanismo è previsto da alcuni ccnl (v., ad esempio il ccnl Comunicazione Confapi 2.7.13): a fronte di un sottoinquadramento di due livelli nel primo periodo e di uno nel secondo, nel terzo periodo, fermo restando il sottoinquadramento di un livello, è riconosciuta all'apprendista la retribuzione del livello finale di destinazione (v., in precedenza, il ccnl Metalmeccanici Confindustria 19.1.06).

⁶⁴⁹ V., ad esempio, gli Accordi nazionali sull'apprendistato Terziario Confesercenti 28.3.12, Agenzie marittime Federagenti 23.4.12 e Panificazione Confcommercio, Imprese per l'Italia 14.6.12 e il ccnl Cartai e cartotecnici Confindustria 13.9.12.

⁶⁵⁰ Così dispongono, innanzitutto, i primi rinnovi successivi al d.lgs. 276/03 (come evidenzia C. LA MACCHIA, cit., 71, cui si rinvia anche per puntuali riferimenti contrattuali); successivamente, vedi, ad esempio, il ccnl Area Tessile-moda artigiani (che accorpa Tessile abbigliamento e calzaturiero, Occhialerie e Pulitintolavanderie) 3.12.10.

⁶⁵¹ V., *ex multis*, il ccnl Chimici Confindustria 28.5.04, l'Accordo sul mercato del lavoro Gomma plastica Confapi del 16.9.05 e i ccnl Chimici artigiani 19.2.08, Tessili abbigliamento calzature artigiani 10.1.08 e Alimentaristi artigiani 24.1.08.

⁶⁵² V., ad esempio, i ccnl Metalmeccanici Confindustria 19.1.06 e Orafi e Argentieri Confindustria 30.1.06

⁶⁵³ Fra gli altri, disponeva in questo senso il ccnl Alimentaristi Confapi 17.4.08 (che prevedeva un aumento della durata dell'apprendistato per i lavoratori che hanno seguito terapie riabilitative per il recupero dallo stato di tossicodipendenza o dipendenza da alcool e

di apprendistato⁶⁵⁴ o è stata determinata la durata minima del contratto di apprendistato, originariamente fissata dal predetto decreto in 6 mesi⁶⁵⁵. In diverse intese è stata ammessa la cumulabilità dei periodi di apprendistato svolti presso diverse aziende per lo svolgimento delle stesse mansioni, generalmente condizionando tale possibilità all'assenza di interruzioni superiori a un anno fra i predetti periodi e richiedendo che fossero stati svolti presso datori di lavoro rientranti nel medesimo settore⁶⁵⁶. Le parti negoziali hanno peraltro dimostrato interesse per l'utilizzo del contratto di apprendistato professionalizzante 'frazionato' in più contratti stagionali (a tempo determinato)⁶⁵⁷.

Le nuove regole introdotte dal TU in materia comportano un diffuso intervento delle parti sociali sui profili sopra richiamati, che si muove, soprattutto, nella prospettiva della ricezione nella disciplina contrattuale dei mutamenti dell'assetto legale⁶⁵⁸. Tutti gli AI successivi al TU, in precedenza citati, confermano, transitoriamente, la durata del contratto di apprendistato stabilita dai ccnl collettivi vigenti quel momento, riducendola a 36 mesi in caso di previsioni più alte e facendo salva la possibilità, per i contratti stessi, di superare i 36 mesi per i profili professionali equipollenti a quelli dell'artigianato⁶⁵⁹. Alcune intese fissano la durata, anche minima, dell'apprendistato in 36 mesi⁶⁶⁰ o fra i 24 e i 36 mesi, a seconda dei profili professionali⁶⁶¹. In altre ipotesi, le parti sociali

per lavoratori ex detenuti, detenuti ammessi al lavoro esterno o a una misura alternativa o sostitutiva della detenzione e per lavoratori seguiti dai servizi sociali); analogamente, v. i ccnl Metalmeccanici artigiani 27.2.08, Calzaturieri Confindustria 2.7.08 e Tessili Confindustria 11.6.08. Nell'ottica di permettere ai lavoratori extracomunitari di imparare la lingua italiana, alcuni contratti, rispetto alla durata concordata per l'apprendistato, disponevano un innalzamento della stessa ove il piano formativo prevedesse azioni mirate all'apprendimento della nostra lingua (v., in questo senso, il ccnl Terziario, distribuzione e servizi Confcommercio e Confesercenti, non sottoscritto da Filcams-Cgil 26.2.11).

⁶⁵⁴ V. il ccnl Area Legno-lapidei artigiani (che accorpa Legno, arredamento, mobili e Escavazione lapidei) 27.1.11 e il ccnl Area Chimica-Ceramica e artigiani (che accorpa Chimici, gomma plastica, vetro, Ceramica, terracotta, gres, piastrelle) 25.7.11, che prevedono la proroga del rapporto per crisi aziendale o occupazionale o per eventi per i quali spetta al lavoratore la conservazione del posto (tali accordi anticipano, in un certo senso, il rinvio operato alla contrattazione in materia dall'art. 2, co. 1, TU).

⁶⁵⁵ La previsione della durata minima è stata successivamente abrogata con il d.l. 25.6.08, n. 112, convertito in l. 6.8.08, n. 133. Dopo tale intervento legislativo, il ccnl Chimici artigiani, non sottoscritto da Filcem-Cgil, 15.12.09 ha previsto, per i laureati, una durata dell'apprendistato inferiore a due anni.

⁶⁵⁶ Hanno riconosciuto questa possibilità, ad esempio, i ccnl Tessili abbigliamento calzature artigiani 10.1.08, Alimentaristi artigiani 24.1.08 ed Edili Confindustria 18.6.08.

⁶⁵⁷ È stato possibile ritenere ammessa dall'ordinamento tale soluzione dopo che la l. 133/08, modificando l'art. 49, co. 3, d.lgs. 276/03, ha eliminato il limite minimo di durata dell'apprendistato professionalizzante. Tuttavia, anche prima di tale modifica normativa, il ccnl Turismo Confcommercio 27.7.07 aveva previsto lo svolgimento dell'apprendistato 'distribuito' su più contratti a termine stagionali.

⁶⁵⁸ Come ricordato, a seguito dell'intervento della riforma Fornero, l'art. 2, co. 1, lett. a-bis), TU, individua in 6 mesi la durata minima del contratto di apprendistato e l'art. 4, co. 2, affida alle intese contrattuali il compito di individuare la durata, anche minima, del contratto di apprendistato professionalizzante (o, per dirla con il TU, della componente formativa dello stesso), che non può comunque superare 3 anni (5 per i profili caratterizzanti la figura dell'artigiano, individuati dalla contrattazione collettiva di riferimento). Inoltre, l'art. 2, co. 1, lett. h), TU, prevede che i contratti collettivi disciplinino il prolungamento del periodo di apprendistato nel caso di interruzioni superiori a 30 giorni dovute a malattia, infortunio o altra causa di sospensione involontaria del rapporto.

⁶⁵⁹ Di tale possibilità si sono avvalsi ad esempio, gli Accordi nazionali sull'apprendistato Turismo Federalberghi, Fipe, Piavet, Paita, Federretti 17.4.12 e Credito cooperativo Federcasse 4.5.12 e il ccnl Edilizia artigiani 6.5.13.

⁶⁶⁰ V., ad esempio, gli Accordi nazionali sull'apprendistato Calzature Confindustria 19.4.12, Trasporti Aite e altre 24.4.12, Autostrade Federretti Fise Acap 24.7.12 e Panificatori Confcommercio Imprese per l'Italia 14.6.12 e il Protocollo di intesa per la realizzazione dell'apprendistato professionalizzante nel Terziario Confcommercio e Imprese per l'Italia 25.2.13, che ha integrato e modificato l'Accordo nazionale sull'apprendistato 24.3.12.

⁶⁶¹ Fra le molte intese che hanno disposto in tal senso, v. gli Accordi nazionali sull'apprendistato Alimentaristi Confindustria 24.4.12 e Trasporti Confetra 14.5.12 e il ccnl Assicurazioni Ania 14.6.12.

individuano esclusivamente la durata massima dell'apprendistato, generalmente fissandola tra i 24 e i 36 mesi, in base ai diversi profili di riferimento⁶⁶². Come nel periodo precedente al TU, l'autonomia collettiva riconosce altresì agli apprendisti, in diverse categorie, la possibilità di cumulare i periodi di apprendistato effettuati alle dipendenze di diversi datori (condizionata - pressoché uniformemente - all'assenza fra gli stessi di interruzioni superiori a 12 mesi⁶⁶³) e prevede, in ottemperanza all'espresso rinvio contenuto in materia nell'art. 4, co. 5, TU, il ricorso all'apprendistato distribuito su più cicli stagionali⁶⁶⁴. Inoltre, verosimilmente in ragione del sopra richiamato 'invito', previsto dall'art. 2, co. 1, lett. h), TU, risulta crescente la diffusione di clausole contrattuali che prevedono la prorogabilità del periodo di apprendistato (in genere nel caso di sospensione involontaria del rapporto)⁶⁶⁵, già 'timidamente' introdotta dalla contrattazione precedente al TU, come sopra ricordato.

Un altro aspetto preso in considerazione da diverse intese negoziali è la limitazione quantitativa del ricorso all'apprendistato. In primo luogo, l'autonomia collettiva ha individuato il numero massimo di contratti di apprendistato cui può ricorrere un datore di lavoro rispetto al suo personale qualificato, sebbene tale profilo fosse già regolato per legge. Il limite massimo del 100%, imposto dal d.lgs. 276/2003⁶⁶⁶, è stato, in diversi casi, ridotto dalla contrattazione⁶⁶⁷. Inoltre, si registra una diffusa tendenza della contrattazione, soprattutto nei primi anni di applicazione del d.lgs. 276/2003, a garantire la cosiddetta stabilizzazione di una quota di apprendisti, condizionando il ricorso ad ulteriori contratti di apprendistato al mantenimento in servizio di una percentuale minima di lavoratori assunti con tale contratto⁶⁶⁸.

L'interesse della contrattazione in relazione ai profili da ultimo menzionati persiste dopo il TU. Diversi accordi ribadiscono in maniera esplicita il limite legale del 100%, originariamente imposto

⁶⁶² Così dispongono, ad esempio, gli Accordi nazionali sull'apprendistato Panificatori Fippa, Assopanificatori 4.5.12, Alimentaristi Confindustria 24.4.12 e Legno arredamento Federlegno 19.4.12 (analogamente a quanto disposto dalla segnalata contrattazione precedente al TU, quest'ultimo accordo prevede periodi più brevi di apprendistato per i lavoratori in possesso di determinati titoli di studio).

⁶⁶³ Così i ccnl Servizi socio-assistenziali Cooperative 16.12.11 ed Edilizia artigianato 6.5.13, gli Accordi nazionali sull'apprendistato Terziario Confcommercio-Imprese per l'Italia 24.3.12 e Panificatori Fippa, Assopanificatori 4.4.12 e il ccnl Cemento calce e gesso Confindustria 20.3.13. In tema di computo dei periodi di apprendistato già svolti, deve peraltro segnalarsi la possibilità, prevista dall'art. 3, co. 2-bis, TU, introdotto dal d.l. 76/13, convertito, con modificazioni, con l. 9.8.2013, n. 99, di tener conto del periodo svolto dall'apprendista nell'ambito dell'apprendistato per la qualifica e per il diploma professionale (la disposizione da ultimo citata precisa che in tale ipotesi la durata complessiva dei due periodi di apprendistato "non può eccedere quella individuata dalla contrattazione collettiva di cui al [TU]" - cfr. il previgente art. 49, co. 4, lett. d, d.lgs. 276/03).

⁶⁶⁴ In questo senso, v., ad esempio, gli Accordi nazionali sull'apprendistato Turismo Federalberghi, Fipe, Piavet, Paita, Federreti 17.4.12 e Agricoli Confagricoltura, Coldiretti, Cia 30.7.12 e il ccnl Farmacie Federfarma 14.6.12.

⁶⁶⁵ V., fra i tanti accordi, il ccnl Metalmeccanici, non sottoscritto da Fiom-Cgil, 5.12.12, il Protocollo di intesa sull'apprendistato Servizi ambientali Confindustria 20.6.12 e gli Accordi nazionali sull'apprendistato Farmacie Federfarma 14.6.12, Panificazione Confcommercio, Imprese per l'Italia 14.6.12 e Terziario Confcommercio, Imprese per l'Italia 24.3.12.

⁶⁶⁶ Tale limite era previsto dall'art. 47, co. 2, d.lgs. 276/03, che consentiva comunque l'assunzione di tre apprendisti al datore che avesse alle sue dipendenze meno di tre lavoratori qualificati e specializzati o non ne avesse alcuno.

⁶⁶⁷ Si rimanda, ad esempio, al Protocollo applicativo del ccnl Logistica trasporto merci e spedizioni cooperative 15.7.09 e al ccnl Assicurazione-Assistenza Aisa 27.3.09. Cfr. C. LA MACCHIA, cit., 71.

⁶⁶⁸ V., ad esempio, il ccnl Commercio Confcommercio 2.7.04, che stabilisce al riguardo una percentuale minima di conferma del 70% dei contratti di apprendistato 'scaduti' nei precedenti 24 mesi, il ccnl Metalmeccanici Confindustria 19.1.06 (70% - 24 mesi), il ccnl Vetro Confindustria 4.5.07 (80% - 24 mesi), il ccnl Turismo Confindustria 3.2.08 (58% - 24 mesi), il Protocollo applicativo del ccnl Logistica trasporto merci e spedizioni cooperative 15.7.09 (90% - 36 mesi) e il ccnl Assicurazione-Assistenza Aisa 27.3.09 (59% - 18 mesi).

in linea generale dal TU⁶⁶⁹, o, in altri casi, prevedono un limite più basso⁶⁷⁰. È ancora diffusa, per altro verso, la scelta di imporre al datore, quale ulteriore condizione per la sottoscrizione di (nuovi) contratti di apprendistato, la prosecuzione di una percentuale minima di rapporti di apprendistato 'scaduti' (*rectius*, la cui componente formativa si è conclusa) nell'arco di un precedente lasso temporale. Tali ultime clausole, denominate 'di stabilizzazione' e introdotte in diverse intese contrattuali anche sulla base dell'esplicita previsione nel TU di un intervento dell'autonomia collettiva in tal senso⁶⁷¹, hanno definito in maniera eterogenea la predetta percentuale minima 'di conferma' e il periodo di riferimento per il computo della stessa⁶⁷².

Va per altro considerato che entrambi i profili sopra citati sono stati oggetto di intervento ad opera della riforma Fornero.

Quanto al numero massimo di apprendisti in organico, tale riforma ha innalzato il limite legale dal 100%, previsto dal TU per i datori con almeno 10 dipendenti, ai 3/2 dei lavoratori specializzati e qualificati⁶⁷³.

In relazione alla stabilizzazione degli apprendisti, con l'inserimento nel TU dell'art. 2, commi 3-*bis* e 3-*ter*, è stata introdotta una clausola legale di stabilizzazione, ai sensi della quale i datori che occupano almeno 10 lavoratori non possono effettuare ulteriori assunzioni con apprendistato se nei 36 mesi precedenti non hanno proseguito il rapporto di lavoro al termine del periodo di apprendistato almeno nel 30% dei casi (la predetta percentuale vale solo per un periodo transitorio di 36 mesi dall'entrata in vigore della l. 28.6.2012, n. 92⁶⁷⁴); inoltre, è stato precisato che gli apprendisti assunti in violazione di tale limite legale sono considerati lavoratori subordinati a tempo indeterminato dalla data di costituzione del rapporto.

Ebbene, rispetto al quadro normativo sopra sintetizzato, sia le clausole contrattuali relative al numero massimo di apprendisti che quelle relative alla stabilizzazione, previste da accordi

⁶⁶⁹ V., fra i tanti, gli Accordi nazionali sull'apprendistato Terziario Confcommercio, Imprese per l'Italia 24.3.12, Distribuzione cooperativa Ancc-LegaCoop, Fncccd-Confcooperative e Agci 13.6.12 e Turismo Federalberghi, Fipe, Piavet, Paita, Federreti 17.4.12 e il ccnl Cineaudiovisivi 21.12.11 Anica.

⁶⁷⁰ V., ad esempio, il ccnl Servizi socio-assistenziali Cooperative 16.12.11, che fissa in materia un valore massimo dell'80%.

⁶⁷¹ Art. 2, co. 1, lett. i), TU.

⁶⁷² Fra le intese intervenute nel senso indicato nel testo, il ccnl Studi Professionali Confprofessioni, Confederetecnica, Cipa 29.11.11 impone la stabilizzazione del 50% dei contratti scaduti negli ultimi 18 mesi, mentre il ccnl Cartai e cartotecnici Confindustria 13.9.12 opta per il 50% dei contratti scaduti nei 36 mesi e il ccnl Cemento calce e gesso Confindustria 20.3.13 per il 51% nei 24 mesi. Gli Accordi nazionali sull'apprendistato Gomma plastica Confindustria 12.4.12 e Turismo Federalberghi, Fipe, Piavet, Paita, Federreti 17.4.12 individuano una percentuale più alta di conferma, del 70%, da computarsi nei 24 mesi precedenti. La soluzione maggioritaria risulta, tuttavia, quella di fissare una percentuale dell'80% nei 24 mesi (così, ad esempio, gli Accordi nazionali sull'apprendistato Turismo Confindustria 14.5.12, Distribuzione cooperativa Ancc-LegaCoop, Fncccd-Confcooperative, Agci 13.2.12, Terziario Confcommercio-Imprese per l'Italia 24.3.12 e Terziario Confesercenti 28.3.12), mentre il Protocollo di intesa sull'apprendistato Servizi ambientali Confindustria 20.6.12 prevede l'80% nei precedenti 15 mesi e il ccnl Trasporti Confetra e altre 1.8.13 l'80% in 12 mesi. Vi sono, inoltre, intese che impongono in materia una soglia percentuale ancor più alta, come l'Accordo nazionale sull'apprendistato Trasporti Aite e altre 24.4.12 e quello del Settore Farmaceutico Federfarma 14.6.12 (90% - 12 mesi). Cfr., anche per ulteriori riferimenti contrattuali, G. BONATI, *Apprendistato e obbligo parziale di stabilizzazione*, in *Guida al lavoro*, 35/2012, 21.

⁶⁷³ Tale modifica è stata operata mediante la sostituzione dell'art. 2, co. 3, TU. La riforma Fornero ha inoltre confermato la possibilità (contemplata, del resto, sin dal d.lgs. 276/03) di assumere 3 apprendisti per il datore che abbia alle sue dipendenze meno di 3 lavoratori qualificati e specializzati o non ne abbia alcuno, nonché l'operatività, per le imprese artigiane, della speciale disciplina prevista dall'art. 4, l. 8.8.85, n. 443.

⁶⁷⁴ Successivamente, a regime, la percentuale richiesta salirà al 50% (v., oltre all'art. 2, commi 3-*bis* e 3-*ter*, TU, l'art. 1, co. 19, l. 92/12).

stipulati nel lasso di tempo intercorrente tra il TU e la riforma Fornero, possono ritenersi valide anche dopo l'intervento regolativo di quest'ultima, appena sintetizzato.

Rispetto alla disciplina introdotta dalla riforma Fornero (e oggi vigente), le predette disposizioni contrattuali fissano una soglia massima *più bassa* di contratti di apprendistato stipulabili⁶⁷⁵ e - quasi nella totalità dei casi e pur nella diversità delle soluzioni adottate - prevedono una quota di conferma *più alta* di quelle previste nell'attuale quadro normativo⁶⁷⁶. Nonostante il 'dato aritmetico' possa risultare fuorviante⁶⁷⁷, a ben vedere le clausole negoziali sopra menzionate - seppure relativamente a profili distinti - risultano entrambe 'più severe' rispetto alla successiva disciplina legale, limitativa del ricorso all'apprendistato, e hanno una *ratio* comune, trattandosi di una duplice limitazione numerica all'utilizzo dell'apprendistato (e, per questo motivo, devono plausibilmente avere gli stessi effetti sanzionatori, sebbene il TU indichi espressamente la sanzione della 'conversione' solo per i contratti stipulati in violazione delle quote legali di conferma e non anche per quelli eccedenti rispetto ai tetti massimi per il ricorso all'apprendistato⁶⁷⁸).

Peraltro, con particolare riferimento alla violazione delle clausole contrattuali di stabilizzazione, o meglio all'interazione fra la disciplina contrattuale della stabilizzazione e quella legale, non si concorda con la posizione assunta dal Ministero del Lavoro con la circolare 18.7.2012, n. 18⁶⁷⁹. Non si ritiene plausibile, in particolare, l'esclusione della 'conversione' dei contratti di apprendistato stipulati in violazione delle regole contrattuali sulla stabilizzazione, paventata nell'ipotesi in cui non si verifichi la violazione anche delle (più basse) percentuali minime legali di conferma degli apprendisti (ovviamente ove applicabili, ossia con riferimento a datori che occupano almeno 10 lavoratori). Qualora, per ipotesi, si ritenga che il mancato rispetto della quota contrattuale di conferma non comporti la 'conversione' degli ulteriori contratti di apprendistato eventualmente stipulati, questo dovrebbe valere indipendentemente dalla circostanza che alla fattispecie si applichi o meno la disciplina legale sulla quota di conferma dei precedenti apprendisti (tuttavia, optando per questa soluzione radicale, non si riconoscerebbe alcuna forza dissuasiva ai predetti limiti contrattuali).

⁶⁷⁵ Ci si riferisce, evidentemente, alle intese, citate in precedenza, che hanno esplicitamente ribadito (o ridotto) il tetto legale del 100%. Il problema del coordinamento con la disciplina legale successiva non si pone per gli accordi che, con una soluzione 'dinamica', hanno stabilito che il numero complessivo di apprendisti da assumere è quello previsto dalla legge (v., ad esempio, il ccnl Farmacie Federfarma 28.6.12) o per quelle categorie in cui la contrattazione è intervenuta, dopo la modifica del predetto dato normativo, e ha uniformato alla nuova soglia legale le precedenti clausole negoziali concordate in materia (ccnl Panificatori Fippa e Assopanificatori 13.2.13).

⁶⁷⁶ L'aspetto da ultimo evidenziato consente di evitare un improbabile confronto fra clausole contrattuali relative alla quota di conferma (che, come evidenziato, stabiliscono periodi diversi entro i quali operare il computo) e la disciplina legislativa, che individua al riguardo il periodo di 36 mesi. Tale delicata valutazione comparativa potrebbe invece essere necessaria - fatta salva l'ipotesi di un nuovo intervento negoziale - al termine della fase transitoria (il 18.7.15, quando sarà operativa la soglia legale di stabilizzazione del 50% dei contratti di apprendistato 'scaduti' nei precedenti 36 mesi), con riferimento al ccnl Studi Professionali Confprofessioni, Confedertecnica, Cipa 29.11.11, che prevede, come indicato, la stabilizzazione del 50% dei contratti scaduti negli ultimi 18 mesi.

⁶⁷⁷ Cfr. V. LECCESE, G. ROMA e M. LOZITO, *La contrattazione...*, cit., 95.

⁶⁷⁸ Nel senso indicato nel testo, v., infatti, la circolare del Ministero del Lavoro del 21.1.13, n. 5, 9. Del resto, quale altra sanzione può immaginarsi per l'instaurazione di rapporti di apprendistato 'oltre' i tetti quantitativi massimi fissati dalla legge o oltre quelli, più bassi, eventualmente previsti dalla contrattazione?

⁶⁷⁹ Tale posizione è stata poi confermata con la circolare 21.1.13, n. 5, 12-13.

Deve inoltre segnalarsi la previsione di alcune clausole negoziali che - a parte i casi, previsti dall'art. 2, co. 3-*bis*, TU, di recesso durante il periodo di prova, di dimissioni e di licenziamento per giusta causa - escludono ulteriori ipotesi di cessazione dei rapporti di apprendistato dal computo utile ai fini della verifica delle percentuali minime di conferma⁶⁸⁰. Ebbene, nel caso in cui le parti contrattuali si riferiscano alla *percentuale minima di stabilizzazione prevista dagli accordi collettivi* stessi e più elevata di quella prevista per legge, operano una scelta che rientra nella loro autonomia negoziale. Devono invece ritenersi in contrasto con il quadro normativo le disposizioni contrattuali che escludono dal computo della *percentuale minima legale di stabilizzazione* ipotesi di cessazione del rapporto di apprendistato ulteriori rispetto a quelle individuate dalla legge (o che comunque, tramite tale esclusione, consentono un utilizzo dell'apprendistato che prescinde dal rispetto della predetta percentuale legale).

5. Osservazioni finali

L'analisi sin qui svolta, relativa alle principali scelte regolative operate dai contratti collettivi nazionali esaminati, restituisce un quadro composito e variegato, dal quale pare opportuno enucleare sinteticamente alcune 'linee di intervento' - trasversali ai singoli istituti contrattuali considerati - che risultano non sempre convergenti e talvolta, addirittura, contrastanti.

Va rimarcata, innanzitutto, la scelta dell'autonomia collettiva di intervenire, al fine di garantire garanzie ulteriori ai lavoratori impiegati con i contratti flessibili cui si riferisce questa indagine, anche in assenza di un espresso rinvio legale⁶⁸¹. Peraltro, è stato evidenziato come la contrattazione abbia disciplinato anche profili riservati al legislatore (regionale), soprattutto nel caso di inerzia di quest'ultimo⁶⁸².

Inoltre, le parti collettive, in relazione a taluni aspetti, hanno 'mantenuto in vigore' la disciplina legale previgente⁶⁸³, in alcuni casi attenuando - almeno per determinate categorie e nell'ambito di applicazione dei contratti intervenuti in tal senso - l'impatto di scelte deregolative o, se si vuole,

⁶⁸⁰ Ad esempio, l'Accordo nazionale sull'apprendistato Assicurazioni Ania 14.6.12 - fissa le percentuali minime di conferma, a seconda delle qualifiche, al 50 o al 60% - esclude dal computo i rapporti di apprendistato cessati a seguito di licenziamento per giustificato motivo soggettivo. L'Accordo Servizi di distribuzione, recapito e servizi postali Fise, Are, non sottoscritto dal Slc-Cgil, 5.3.13, rispetto al calcolo delle percentuali minime di conferma previste dalla legge, esclude, oltre alle ipotesi previste per legge a quelle individuate dall'accordo sopra citato, il licenziamento per cessazione di appalto, il superamento del periodo di comporto e il rifiuto di restare in servizio al termine del contratto di apprendistato. Analogamente, il Protocollo di intesa sull'apprendistato Servizi ambientali Confindustria 20.6.12, con riferimento alla percentuale di conferma ivi prevista dell'80% nei 15 mesi precedenti, oltre alle ipotesi escluse dalla legge, esclude dal predetto computo i rapporti di apprendistato cessati per giustificato motivo, per licenziamento collettivo, per licenziamento per passaggio di appalto, per superamento del periodo di comporto o a causa del rifiuto di restare in servizio al termine del contratto di apprendistato.

⁶⁸¹ Si pensi, con riferimento al contratto a termine, alla disciplina negoziale della stabilizzazione dei lavoratori a tempo determinato e, per quanto riguarda il *part-time*, al riconoscimento del diritto di passare dal tempo pieno al tempo parziale in ipotesi ulteriori rispetto a quelle previste per legge.

⁶⁸² In questo senso, si rinvia all'azione suppletiva, e comunque 'invasiva', della contrattazione, finalizzata ad attivare e regolare il contratto di apprendistato professionalizzante all'interno del peculiare e delicato intreccio fra legge statale, legge regionale e contrattazione.

⁶⁸³ In tal senso, v. le disposizioni contrattuali che individuano il monte-ore minimo di formazione da effettuarsi nell'apprendistato professionalizzante.

modernizzatrici, del legislatore⁶⁸⁴. Nella medesima prospettiva si collocano le clausole contrattuali che hanno introdotto, in alcune categorie, una disciplina poi ripresa ed estesa dal legislatore a tutti i lavoratori interessati⁶⁸⁵ (anche se, di converso, non mancano alcune disposizioni negoziali che, derogando, in assenza di un rinvio legale in tal senso, le tutele introdotte dalla legge, non possono che qualificarsi come nulle⁶⁸⁶).

La ricostruzione delle principali tendenze negoziali sopra effettuata evidenzia nettamente, del resto, la sempre più rapida obsolescenza del dato contrattuale, causata dalle reiterate e ravvicinate modifiche del quadro legislativo. La contrattazione nazionale è costretta, soprattutto negli ultimi anni, a 'rincorrere' costantemente le modifiche legislative, intervenute, con frequenza crescente, sugli istituti contrattuali considerati. Questo, se, sul piano pratico, spiega la progressiva diffusione di clausole con cui le parti collettive si impegnano ad incontrarsi successivamente per aggiornare il dato contrattuale alla luce delle eventuali novità legislative⁶⁸⁷, sul piano ermeneutico e sistematico rende impegnativa la ricostruzione della disciplina dei predetti istituti contrattuali. Tale disciplina, infatti, è la risultante del dinamico intreccio fra quadro legale e clausole contrattuali, che, per diversi profili, comporta un'attenta valutazione della conformità di queste ultime rispetto alle disposizioni legali (vigenti e) sopravvenute.

Peraltro, la richiamata iperattività del legislatore causa sovente, se così può dirsi, uno spiazzamento della contrattazione collettiva. Ciò si verifica, in primo luogo, nel caso in cui la disciplina negoziale, che riproduce quella legale, viene 'superata' dal sopraggiungere di disposizioni di legge meno restrittive (che, ad esempio, fissano nuovi e più ampi confini di utilizzo di un contratto⁶⁸⁸). Del resto, un fenomeno analogo si riscontra, in diversi casi, in merito ai profili in relazione ai quali la legge affida all'autonomia collettiva la facoltà di derogare il quadro legale. In tale ambito, si è assistito, in alcuni settori, ad una 'rincorsa deregolativa' tra dato legale e contrattuale. La disciplina introdotta dalla contrattazione in attuazione del rinvio legale è stata, in diversi casi, 'superata' per effetto di un intervento del legislatore - immediatamente successivo (o immediatamente precedente) - che ha introdotto direttamente (o ha affidato alla contrattazione la possibilità di introdurre) una disciplina più flessibile⁶⁸⁹.

⁶⁸⁴ Rientrano in questa linea di intervento, ad esempio, con riferimento al *part-time*, le clausole contrattuali relative al consenso del lavoratore per l'effettuazione di lavoro supplementare, al computo in organico dei lavoratori a tempo parziale, al diritto di precedenza nelle assunzioni a tempo pieno e al diritto di ripensamento.

⁶⁸⁵ È il caso della prorogabilità, in determinate ipotesi, del contratto di apprendistato e della 'stabilizzazione' di una percentuale minima di apprendisti.

⁶⁸⁶ Si pensi, per quanto riguarda il contratto a termine, alla scelta negoziale di rimuovere gli intervalli temporali minimi imposti dalla legge fra due contratti successivi; con riferimento al *part-time*, alla limitazione contrattuale dell'esercizio del diritto di ripensamento nelle ipotesi in cui il medesimo è riconosciuto per legge e, infine, in relazione all'apprendistato professionalizzante, all'esclusione dal calcolo delle percentuali minime di stabilizzazione di ipotesi di cessazione del rapporto di apprendistato ulteriori rispetto a quelle individuate dalla legge.

⁶⁸⁷ Solo per fare alcuni esempi, v., con riferimento al contratto a termine, l'Accordo sulla disciplina dei contratti a tempo determinato nel settore turismo del 2.11.12 e il ccnl Cemento calce e gesso Confindustria 20.3.13 e, con riferimento all'apprendistato, gli Accordi nazionali Agenzie marittime Federagenti 23.4.12, Alimentaristi Confindustria 24.4.12 e Trasporti Confetra 25.6.12, il ccnl Farmacie Federfarma 14.6.12 e il ccnl Cemento calce e gesso Confindustria 20.3.13.

⁶⁸⁸ Ci si riferisce alla scelta legislativa di incrementare la quota di apprendisti che un datore può assumere rispetto ai dipendenti specializzati e qualificati in organico.

⁶⁸⁹ Ad esempio, si consideri l'introduzione, accanto a quelle previste dalla legge, di 'ipotesi negoziali' di ricorso acasuale al contratto a termine e la regolazione negoziale degli intervalli temporali minimi fra contratti a termine successivi.

Rispetto allo scenario appena illustrato, va tuttavia sottolineato come la contrattazione nazionale, in altri casi, abbia scelto di non utilizzare gli 'spazi derogatori' ad essa concessi dal legislatore, rivelandosi diffidente rispetto ai predetti rimandi legali⁶⁹⁰.

Più in generale, con riferimento ai rinvii legislativi all'autonomia collettiva, deve altresì evidenziarsi come i contratti nazionali, per un verso, abbiano adempiuto solo parzialmente al compito ad essi affidato dalla legge, regolando solo alcuni dei profili oggetto di rinvio⁶⁹¹, e, per altro verso, anche in assenza di un'indicazione legislativa in tal senso, abbiano 'girato' al livello decentrato il compito, a volte oneroso, di decidere se e in che modo ottemperare ad alcuni rimandi legislativi⁶⁹².

Ebbene, attraverso la delega appena richiamata, i sindacati nazionali (applicando, in un certo senso, il principio di 'sussidiarietà verticale' al sistema contrattuale) hanno affidato rilevanti scelte regolative e deregolative a parti contrattuali che sono in grado di ponderare puntualmente, caso per caso, i diversi interessi in gioco; tuttavia, non può omettersi di osservare che al contempo, così facendo, hanno rinunciato *a priori* a predisporre una disciplina contrattuale uniforme e scevra da eventuali 'condizionamenti', che, plausibilmente, possono incidere in misura maggiore sulle dinamiche negoziali che caratterizzano il livello decentrato e, in particolare, quello aziendale.

⁶⁹⁰ Si veda, ad esempio, la prevalente scelta negoziale di non escludere l'operatività del limite massimo complessivo di durata del contratto a termine, fissato dalla legge in 36 mesi.

⁶⁹¹ In questo senso, è stata evidenziata la scarsa diffusione dell'individuazione contrattuale, prevista dalla legge, delle ragioni che consentono l'apposizione delle clausole elastiche flessibili e il ricorso al lavoro supplementare nel *part-time*.

⁶⁹² Ciò è avvenuto in relazione all'individuazione di ipotesi negoziali di ricorso acausale al contratto a termine, alla definizione delle modalità di apposizione delle clausole flessibili ed elastiche nel *part-time* e alla fissazione del monte-ore minimo di formazione nel contratto di apprendistato professionalizzante.

Sull'inapplicabilità del nuovo art. 18 st. lav. al lavoro pubblico privatizzato*

Andrea Pilati

1. L'esclusione dalla riforma del mercato del lavoro dei rapporti di lavoro privatizzati alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche: il legislatore del 2012 replica quello del 2003. 216
2. Alla ricerca del significato della previsione dell'art. 1, comma 7, della l. n. 92/2012. 220
3. La tesi dell'immediata applicabilità del nuovo art. 18 st. lav. anche ai rapporti di lavoro pubblico privatizzati: individuazione delle argomentazioni utilizzate e loro critica. 223
4. Implicazioni dell'impossibilità dell'immediata applicazione del nuovo art. 18 st. lav. al lavoro pubblico privatizzato. 228
5. Inapplicabilità del rito speciale alle controversie in materia di licenziamento dei dipendenti pubblici. 230
6. Considerazioni finali. 234

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 187/2013

1. L'esclusione dalla riforma del mercato del lavoro dei rapporti di lavoro privatizzati alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche: il legislatore del 2012 replica quello del 2003.

Era facile immaginare che disposizioni, che «esprimono, in ragione delle evidenti e per certi versi plateali antinomie, insanabili contraddizioni, peraltro insite nei loro stessi contenuti letterali che non sono certo consequenziali, anzi presentano delle vistose illogicità»⁶⁹³, avrebbero determinato difficoltà interpretative. Non era però forse prevedibile che la loro «arruffata lettera»⁶⁹⁴ avrebbe dato la stura per due letture antitetiche di quanto da esse disposto.

Il riferimento è ai commi 7 e 8 dell'art. 1 della l. 28.6.2012, n. 92, dei quali è opportuno riportare subito il contenuto. Secondo il comma 7, «le disposizioni della presente legge, per quanto da esse non espressamente previsto, costituiscono principi e criteri per la regolazione dei rapporti di lavoro dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, e successive modificazioni, in coerenza con quanto disposto dall'articolo 2, comma 2, del medesimo decreto legislativo. Restano ferme le previsioni di cui all'articolo 3 del medesimo decreto legislativo». Il comma 8 precisa che, «al fine dell'applicazione del comma 7 il Ministro per la pubblica amministrazione e la semplificazione, sentite le organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative dei dipendenti delle amministrazioni pubbliche, individua e definisce, anche mediante iniziative normative, gli ambiti, le modalità e i tempi di armonizzazione della disciplina relativa ai dipendenti delle amministrazioni pubbliche».

Già in sede di primo commento si era osservato che «una simile impostazione legislativa può creare non facili problemi interpretativi»⁶⁹⁵. In effetti, i successivi approfondimenti dottrinali e le prime pronunce giurisprudenziali hanno fatto sì che quella dell'immediata applicabilità ai rapporti di lavoro privatizzati alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche della l. n. 92/2012 – ed in particolare del novellato art. 18 st. lav. (art. 1, comma 42) e del rito speciale (art. 1, commi 47-69) – sia diventata una delle questioni più controverse tra quelle fatte sorgere dal predetto provvedimento.

A ben guardare, a venire in discussione non è il fatto che la c.d. riforma Monti-Fornero non sia, nel suo complesso, immediatamente applicabile ai rapporti di lavoro pubblico privatizzati. Anche quanti hanno riconosciuto un immediato diritto di cittadinanza al nuovo art. 18 st. lav. pure nel settore pubblico hanno infatti ammesso che le norme della recente riforma del mercato del lavoro sono destinate a non trovare immediata applicazione in questo ambito⁶⁹⁶. Nell'enucleare

⁶⁹³ C. Romeo, *La legge "Fornero" e il rapporto di pubblico impiego*, in *LPA*, 2012, 720 s.

⁶⁹⁴ F. Carinci, *Art. 18 st. lav. per il pubblico impiego privatizzato cercasi disperatamente*, in *Lav. giur.*, 2012, 1138 s. (da cui le successive citazioni), e in *LPA*, 2012, 247 ss.

⁶⁹⁵ L. Galantino, *Diritto del lavoro pubblico*, 5° ed., Giappichelli, Torino, 2012, 16. Anche L. Zoppoli, *La riforma del mercato del lavoro vista dal Mezzogiorno: profili giuridico-istituzionali*, in *Id.*, *Flex/insecurity. La riforma Fornero (l. 28 giugno 2012, n. 92) prima, durante e dopo*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2012, 74, ha parlato, in relazione all'art. 2 del d.d.l. AS 3249, di «una tecnica normativa tortuosa e poco trasparente».

⁶⁹⁶ Così L. Galantino, *Diritto del lavoro pubblico*, cit., 15. Trattasi comunque di opinione condivisa: si v., tra gli altri, F. Carinci, *Ripensando il "nuovo" articolo 18 dello Statuto dei lavoratori*, in *ADL*, 2013, 468 ss. (il saggio è stato pubblicato anche in *DRI*, 2013, 287 ss.); A. Tampieri, *La legge n. 92/2012 e il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, in G. Pellacani (a cura di), *Riforma del lavoro. Tutte le novità introdotte dalla legge 28 giugno 2012, n. 92*, Giuffrè, Milano, 2012, 29; A. Boscati, *La difficile convivenza tra il nuovo articolo 18 e il lavoro pubblico*, in *LPA*, 2012, 1000 s.; G. Gentile, *I dipendenti delle pubbliche amministrazioni*, in M. Cinelli, G. Ferraro, O. Mazzotta (a cura di), *Il nuovo mercato del lavoro dalla riforma Fornero alla legge di stabilità 2013*, Giappichelli, Torino, 2013, 220 s.;

tale rilievo, si è ritenuto di non poter dubitare «che la portata precettiva dei commi 7 e 8 sia quella di precludere, in generale, un'immediata applicazione della legge n. 92/2012 ai rapporti di lavoro pubblico, rimandandola, e quindi sospensivamente condizionandola, all'adozione di successive iniziative di "armonizzazione", debolmente vincolate all'osservanza dei "principi e criteri" (da intendersi come un *minus* rispetto alle "regole"), di cui alla legge stessa nonché alla coerenza col principio di privatizzazione (pur negato, paradossalmente, proprio dalla norma in discorso)»⁶⁹⁷.

Il punto è, in realtà, quello di accertare se almeno alcune delle previsioni della l. n. 92/2012 siano applicabili ai rapporti di lavoro privatizzati alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche da subito e quindi anche prima del completamento delle «iniziative normative», evocate dal citato comma 8. E se le norme contenute nei commi 7 e 8 dell'art. 1 della l. n. 92/2012 sono apparse come «"il rattoppo" dell'ultimo minuto, realizzato in considerazione delle polemiche suscitate dall'eventuale applicazione del "nuovo" art. 18 Stat. Lav. anche ai dipendenti pubblici»⁶⁹⁸, non è forse casuale che i tentativi di immediata applicazione della l. n. 92/2012 al settore pubblico si siano concentrati, seppur in maniera non esclusiva⁶⁹⁹, proprio sulla rinnovata versione dell'art. 18 della l. n. 300/1970 e sul rito processuale introdotto per le controversie che hanno ad oggetto l'impugnativa dei licenziamenti nelle ipotesi regolate dalla predetta norma statutaria.

C. Cester, *La riforma della disciplina dei licenziamenti: principi generali e tecniche normative*, in *Id.* (a cura di), *I licenziamenti dopo la legge n. 92 del 2012*, Cedam, Padova, 2013, 11; E. Pasqualetto, *La questione del pubblico impiego privatizzato*, *ivi*, 49; P. Albi, *Il campo di applicazione della nuova disciplina dei licenziamenti. Diversificazione del sistema rimediale ed effetti sulle garanzie dei diritti*, in P. Chieco (a cura di), *Flessibilità e tutele nel lavoro. Commentario della legge 28 giugno 2012 n. 92*, Cacucci, Bari, 2013, 382 s.; C. Spinelli, *Le nuove regole del mercato del lavoro e la loro (in)applicabilità alle pubbliche amministrazioni*, *ivi*, 837; E. Ales, A. Riccio, *Commento all'art. 2129 c.c.*, in O. Cagnasso, A. Vallebona (a cura di), *Dell'impresa e del lavoro. Artt. 2118-2187*, in E. Gabrielli (diretto da), *Commentario del codice civile*, Utet, Torino, 2013, 372 s.

Anche il Ministero del lavoro e delle politiche sociali nell'interpello n. 35 del 22.11.2012 ha ritenuto che l'art. 4, commi 16-22, della l. n. 92/2012 in materia di convalida delle dimissioni non sia immediatamente applicabile al personale contrattualizzato delle pubbliche amministrazioni. La Presidenza del Consiglio dei Ministri – Dipartimento della funzione pubblica è pervenuta alle medesime conclusioni per quanto riguarda l'art. 1, comma 26, della l. n. 92/2012, in materia di prestazioni professionali svolte da titolari di partita iva (parere n. 38226 del 25.9.2012), e l'art. 4, comma 24, della medesima legge, in materia di congedo obbligatorio e facoltativo del padre lavoratore e di voucher alla madre lavoratrice (parere n. 3629 del 20.2.2013).

⁶⁹⁷ R. Del Punta, *Sull'applicazione del nuovo art. 18 al rapporto di lavoro pubblico*, in *RIDL*, 2013, II, 418 s.

⁶⁹⁸ L. Zoppoli, *La riforma del mercato del lavoro vista dal Mezzogiorno: profili giuridico-istituzionali*, *cit.*, 75 s.; in posizione adesiva si v. A. Tampieri, *La legge n. 92/2012 e il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, *cit.*, 30 s.

⁶⁹⁹ La questione ha infatti già investito, ad esempio, anche il contratto a tempo determinato. Nel senso dell'inapplicabilità delle modifiche introdotte dalla l. n. 92/2012 al d. lgs. 6.9.2001, n. 368, si v. L. Menghini, *Il lavoro a termine nel settore pubblico. L'assetto normativo dopo il colpevole silenzio della riforma Fornero*, in *LPA*, 2012, 969 ss.; G. Franza, *La riforma del lavoro a tempo determinato*, in G. Pellacani (a cura di), *Riforma del lavoro*, *cit.*, 51; *contra*, pur con qualche distinguo, G. Ferraro, *Flessibilità in entrata: nuovi e vecchi modelli di lavoro flessibile*, in *RIDL*, 2012, I, 580; V. De Michele, *Il contratto a tempo determinato*, in M. Cinelli, G. Ferraro, O. Mazzotta (a cura di), *Il nuovo mercato del lavoro dalla riforma Fornero alla legge di stabilità 2013*, *cit.*, 22 s.; S. Scarponi, *Il lavoro a termine nelle amministrazioni pubbliche e la contrattazione collettiva dopo la riforma Fornero*, in *LPA*, 2012, 988 ss. In materia si v. anche i pareri della Presidenza del Consiglio dei Ministri – Dipartimento della funzione pubblica, relativamente alla questione degli intervalli di tempo tra successivi contratti a tempo determinato (pareri n. 37561 e 37562 del 19.9.2012) e della deroga alla durata massima di 36 mesi dei medesimi contratti (parere n. 38845 del 28.9.2012).

Per quanto invece riguarda il contratto di lavoro *part-time*, l'inapplicabilità delle modifiche introdotte dalla l. n. 92/2012 al d. lgs. 25.2.2000, n. 61, è sostenuta da V. Leccese, *A volte ritornano: il 'diritto di ripensamento' nel lavoro a tempo parziale*, in P. Chieco (a cura di), *Flessibilità e tutele nel lavoro*, *cit.*, 95 e n. 12; in posizione adesiva si v. F.M. Putaturo Donati, *Mini riforma del lavoro a tempo parziale*, in M. Cinelli, G. Ferraro, O. Mazzotta (a cura di), *Il nuovo mercato del lavoro dalla riforma Fornero alla legge di stabilità 2013*, *cit.*, 113 s.

L'intento è indubbiamente meritorio. Al di là dell'irragionevole esclusione dal campo di applicazione della l. n. 92/2012 dei rapporti di lavoro pubblico privatizzati⁷⁰⁰ e dei conseguenti dubbi di legittimità costituzionale che tale opzione ha fatto sorgere⁷⁰¹, vi è un importante precedente, che induce a temere che l'*iter* normativo «di armonizzazione della disciplina relativa ai dipendenti delle amministrazioni pubbliche», tratteggiato dall'art. 1, comma 8, della l. n. 92/2012, resti ai blocchi di partenza. Si tratta della riforma del mercato del lavoro realizzata dal d. lgs. 10.9.2003, n. 276. Questo provvedimento, dopo aver affermato che «il presente decreto non trova applicazione per le pubbliche amministrazioni e per il loro personale» (art. 1, comma 2), aveva previsto che «il Ministro per la funzione pubblica convoca le organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative dei dipendenti delle amministrazioni pubbliche per esaminare i profili di armonizzazione conseguenti alla entrata in vigore del presente decreto legislativo entro sei mesi anche ai fini della eventuale predisposizione di provvedimenti legislativi in materia» (art. 86, comma 8). Com'è noto, la predetta armonizzazione è rimasta inattuata ed il legislatore ha preferito intervenire con una normativa mirata e specifica, quale la legge delega 4.3.2009, n. 15 e il d. lgs. 27.10.2009, n. 150 (c.d. decreto Brunetta)⁷⁰². Il timore, dunque, è che la continuità tra la c.d. riforma Biagi e la c.d. riforma Monti-Fornero – rinvenibile nell'esclusione del lavoro pubblico dal campo di applicazione degli interventi legislativi in materia di occupazione e di mercato del lavoro, in radicale controtendenza rispetto al processo di privatizzazione di cui al d. lgs. n. 165/2001 – si estenda anche alla mancata emanazione delle norme di armonizzazione enunciate dall'art. 1, comma 8, della l. n. 92/2012⁷⁰³. Se dunque dovesse condividere la stessa sorte dell'art. 86, comma 8, del d. lgs. n. 276/2003, il predetto comma 8 dell'art. 1 della l. n. 92/2012 nasconderebbe un «evidente rinvio *sine die*, che equivale al capzioso proclama di rimandare per sempre, senza avere il coraggio di esprimere con chiarezza la surrettizia volontà politica e sindacale di una vera e propria *over dose* di garantismo per il pubblico impiego, non rinunciabile»⁷⁰⁴.

⁷⁰⁰ Sul punto si cfr. F. Carinci, *Complimenti, dottor Frankenstein: il disegno di legge governativo in materia di riforma del mercato del lavoro*, in *Lav. giur.*, 2012, 535, che parla di «un trattamento differenziato del tutto irragionevole»; L. Zoppoli, *La riforma del mercato del lavoro vista dal Mezzogiorno: profili giuridico-istituzionali*, cit., 74; Id., *Bentornata realtà: il pubblico impiego dopo la fase onirica*, in *WP C.S.D.L.E. «Massimo D'Antona».IT – 168/2013*, 5, che osserva che «non si riesce neanche a capire se il Governo Monti voleva aggiungere il “bastone” del licenziamento più facile, previsto con le note tortuosità dalla l. 92/2012, anche per il pubblico dipendente e non ci è riuscito o, addirittura, se il lavoro pubblico era rimasto del tutto fuori dalla riforma Fornero e nessuno ha poi saputo recuperarlo in modo intelligibile». In termini critici si v. anche A. Tampieri, *La legge n. 92/2012 e il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, cit., 30 s.; E. Pasqualetto, *La questione del pubblico impiego privatizzato*, cit., 52.

⁷⁰¹ Si v., al riguardo, Trib. Ancona, ord. 31.1.2013, in *Licenziamenti: un anno dopo la Riforma Fornero, Adapt*, Bollettino speciale n. 21/2013, in www.bollettinoadapt.it. Analoghi dubbi, relativamente all'ipotizzato procedimento di armonizzazione, sono stati espressi da E. Barraco, *Campo di applicazione e problemi di coordinamento*, in C. Cester (a cura di), *I licenziamenti dopo la legge n. 92 del 2012*, cit., 44; L. Menghini, *Il lavoro a termine nel settore pubblico. L'assetto normativo dopo il colpevole silenzio della riforma Fornero*, cit., 967, n. 7.

⁷⁰² Così, tra gli altri, A. Tampieri, *La legge n. 92/2012 e il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, cit., 30; G. Gentile, *I dipendenti delle pubbliche amministrazioni*, cit., 223.

⁷⁰³ Sul punto cfr. F. Carinci, *Art. 18 st. lav. per il pubblico impiego privatizzato cercasi disperatamente*, cit., 1136 s.; A. Tampieri, *La legge n. 92/2012 e il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, cit., 30; C. Romeo, *La legge “Fornero” e il rapporto di pubblico impiego*, cit., 717 ss. e 721; Id., *Le controversie nella Legge Fornero tra specialità e ambito di competenza*, in *Lav. giur.*, 2013, 237; E. Pasqualetto, *La questione del pubblico impiego privatizzato*, cit., 54.

⁷⁰⁴ C. Romeo, *La legge “Fornero” e il rapporto di pubblico impiego*, cit., 718 s.; per considerazioni analoghe si v. anche A. Tampieri, *La legge n. 92/2012 e il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, cit., 30 s.

Il precedente legislativo del 2003 sembra in ogni caso costituire un utile punto di riferimento per la comprensione del significato dei commi 7 e 8 dell'art. 1 della l. n. 92/2012. Le affinità tra le previsioni in esame – art. 1, comma 2, e art. 86, comma 8, del d. lgs. n. 276/2003; art. 1, commi 7 e 8, della l. n. 92/2012 – sono infatti più d'una. Dal punto di vista sistematico, questi due interventi legislativi hanno determinato una divaricazione normativa del lavoro subordinato nel settore pubblico e nel settore privato, che ormai non può considerarsi solo episodica o transitoria. Dal punto di vista della tecnica legislativa, inoltre, i medesimi provvedimenti sono accomunati dall'aver sollevato più problemi di quanti siano riusciti a risolverne⁷⁰⁵. Se è poi vero che l'art. 1, comma 2, del d. lgs. n. 276/2003 è formulato in termini più perentori rispetto all'art. 1, comma 7, della l. n. 92/2012⁷⁰⁶, va anche ricordato che la generale esclusione sancita dalla prima di queste previsioni è stata poi smentita da alcune eccezioni espressamente introdotte all'interno del medesimo provvedimento⁷⁰⁷.

Per completare il quadro normativo di riferimento, occorre rammentare anche l'art. 6 della legge 14.2.2003, n. 30, la cui delega è stata attuata dal predetto d. lgs. n. 276/2003. Secondo tale previsione, che presenta maggiori assonanze con il comma 7 dell'art. 1 della l. n. 92/2012, «le disposizioni degli articoli da 1 a 5 non si applicano al personale delle pubbliche amministrazioni ove non siano espressamente richiamate». Pure questa disposizione ha determinato problemi di non agevole soluzione. Nella l. n. 30/2003 non si riscontra infatti alcun espresso richiamo ai predetti fini; al contrario, sono presenti ulteriori ed esplicite conferme dell'inapplicabilità di determinati istituti ai rapporti di lavoro pubblico privatizzati⁷⁰⁸. Di conseguenza, dopo aver riconosciuto che la volontà del legislatore è stata quella «di impedire che le innovazioni apportate dalla legge (e, in particolare, dai suoi primi cinque articoli) abbiano immediate implicazioni sul rapporto di lavoro

⁷⁰⁵ Per tale giudizio, relativamente al d. lgs. n. 276/2003, si v. C. Zoli, *Finalità e campo di applicazione*, in M. Pedrazzoli (coordinato da), *Il nuovo mercato del lavoro*, Zanichelli, Bologna, 2004, 7 s., e *Id.*, *La privatizzazione dei rapporti di lavoro pubblico a dieci anni dalla riforma: oscillazioni e assestamenti*, in *Diritto del lavoro. I nuovi problemi. L'omaggio dell'Accademia a Mattia Persiani*, tomo I, Cedam, Padova, 2005, 1553, secondo il quale «la volontà di escludere ogni ripercussione dei nuovi decreti legislativi sulla disciplina del lavoro pubblico, da un lato, lascia aperti più interrogativi di quanti ne risolve in ordine all'individuazione della normativa applicabile al settore pubblico e rende necessario un intervento legislativo, quanto meno successivo, presumibilmente concertato con le parti sociali, anziché semplici accordi con queste ultime ...»; relativamente all'art. 1, comma 7, della l. n. 92/2012, si v. C. Cester, *Il progetto di riforma della disciplina dei licenziamenti: prime riflessioni*, in *ADL*, 2012, 549, e *Id.*, *La riforma della disciplina dei licenziamenti: principi generali e tecniche normative*, *cit.*, 11, il quale afferma che tale previsione «solleva assai più problemi di quanti ne risolve».

⁷⁰⁶ Per tale rilievo si v., tra gli altri, L. Cavallaro, *L'art. 18 st. lav. e il pubblico impiego: breve (per ora) storia di un equivoco*, in *LPA*, 2012, 1024 s.; negli stessi termini v. anche *Id.*, *Pubblico impiego e (nuovo) art. 18 St. lav.: "difficile convivenza" o coesistenza pacifica?*, in *WP C.S.D.L.E. «Massimo D'Antona».IT* – 176/2013, 6.

⁷⁰⁷ Si tratta degli artt. 86, comma 9 (somministrazione di lavoro a tempo determinato), artt. 19 e 86, comma 9 (sanzioni amministrative in materia di collocamento pubblico), art. 59, comma 3, e 86, comma 9 (nuovo e più limitativo regime dei benefici contributivi per il contratto di formazione e lavoro) e art. 54 (contratti di inserimento, limitatamente agli enti di ricerca). Sul punto si v. F. Carinci, *Una svolta fra ideologia e tecnica: continuità e discontinuità nel diritto del lavoro di inizio secolo*, in M. Miscione, M. Ricci (a cura di), *Organizzazione e disciplina del mercato del lavoro*, in F. Carinci (coordinato da), *Commentario al D.Lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, vol. I, Ipsoa, Milano, 2004, XCII s.; C. Zoli, *Finalità e campo di applicazione*, in M. Pedrazzoli (coordinato da), *Il nuovo mercato del lavoro*, Zanichelli, Bologna, 2004, 10 ss.; M. Lanotte, *Il campo di applicazione: l'esclusione delle pubbliche amministrazioni*, in L. Galantino (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro. Commento al d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276 (artt. 1-32)*, Giappichelli, Torino, 2004, 33; F. Borgogelli, *Finalità e campo di applicazione*, in E. Gragnoli, A. Perulli (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro e i nuovi modelli contrattuali*, Cedam, Padova, 2004, 9.

⁷⁰⁸ Si v. gli artt. 3, comma 1, e 5, comma 1, rispettivamente in tema di *part-time* e di certificazione dei rapporti di lavoro.

pubblico»⁷⁰⁹, i suoi interpreti si sono posti l'interrogativo se la «fonte» abilitata ad introdurre le eccezioni all'esclusione del lavoro pubblico dal campo di applicazione dei predetti artt. 1-5 fosse davvero la stessa legge delega o non piuttosto i successivi decreti legislativi⁷¹⁰.

La predetta problematica non si ripropone, ovviamente, per la c.d. riforma Monti-Fornero, che non ha seguito il doppio passaggio della legge delega e del decreto attuativo. Da questo punto di vista, pertanto, la soluzione ai problemi interpretativi posti dalla l. n. 92/2012 va necessariamente rinvenuta a partire dalle previsioni di questo provvedimento. Esse, ad avviso di chi scrive, portano ad escludere l'applicabilità ai rapporti di lavoro privatizzati alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche anche del nuovo art. 18 st. lav., pur con le difficoltà e le cautele di cui si darà conto nei paragrafi successivi.

2. Alla ricerca del significato della previsione dell'art. 1, comma 7, della l. n. 92/2012.

Se è indubbio che nel processo di formazione dell'intera legge n. 92/2012 il tema dell'articolo 18 st. lav., anche a causa della sua elevata valenza ideologica, abbia catturato la maggiore attenzione politica, tecnica e mediatica⁷¹¹, pure in relazione alla problematica dell'applicabilità della c.d. riforma Monti-Fornero al settore del lavoro pubblico tale norma statutaria, come si è già anticipato, è riuscita a suscitare il maggior interesse. In questo caso, tuttavia, questa più accentuata attenzione è stata agevolata anche da una ragione tecnico-giuridica. Come infatti si avrà modo di verificare (v. *infra* § 3), la modalità con cui lo statuto dei lavoratori viene richiamato dall'art. 51, comma 2, del d. lgs. n. 165/2001, ai fini della sua applicazione ai rapporti di lavoro privatizzati alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni, ha offerto il principale appiglio esegetico per sostenere l'immediata applicabilità anche al settore pubblico della nuova versione dell'art. 18 st. lav.

⁷⁰⁹ E. Gragnoli, *Il rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni*, in M.T. Carinci (a cura di), *La legge delega in materia di occupazione e mercato del lavoro*, Ipsoa, Milano, 2003, 245; nello stesso senso si v. A. Bellavista, *Alcune osservazioni sulla legge n. 30/2003*, in *Lav. giur.*, 2003, 706. In senso critico nei confronti di questa scelta legislativa e della conseguente divaricazione di regolamentazione tra il lavoro privato ed il lavoro pubblico privatizzato, che si pone in ingiustificata controtendenza rispetto al processo di privatizzazione del pubblico impiego in atto dal 1992/93 (cfr. in particolare l'art. 2, comma 2, del d. lgs. n. 165/2001), si v., oltre ai due autori citati in questa nota, S. Mainardi, *D.Lgs. 10 settembre 2003 n. 276 e riforma del mercato del lavoro: l'esclusione del pubblico impiego*, in *LPA*, 2003, 1074 ss.; S. Mainardi, R. Salomone, *L'esclusione dell'impiego alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni, le competenze di regioni e a statuto speciale e province autonome*, in M. Miscione, M. Ricci (a cura di), *Organizzazione e disciplina del mercato del lavoro*, cit., 34 ss.; C. Zoli, *Finalità e campo di applicazione*, cit., 7 s.; Id., *La privatizzazione dei rapporti di lavoro pubblico a dieci anni dalla riforma: oscillazioni e assestamenti*, cit., 1552 ss.; M. Tiraboschi, *Il decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276: alcune premesse e un percorso di lettura*, in Id. (a cura di), *La riforma Biagi del mercato del lavoro*, Giuffrè, Milano, 2004, 22; P. Curzio, *Introduzione*, in Id. (a cura di), *Lavoro e diritti dopo il decreto legislativo 276/2003*, Cacucci, Bari, 2004, 20 s.; M. Lanotte, *Il campo di applicazione: l'esclusione delle pubbliche amministrazioni*, cit., 29 ss.

⁷¹⁰ Per la prima soluzione si v. A. Bellavista, *Alcune osservazioni sulla legge n. 30/2003*, cit., 706; per la seconda E. Gragnoli, *Il rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni*, cit., 246 ss.; S. Mainardi, *D.Lgs. 10 settembre 2003 n. 276 e riforma del mercato del lavoro: l'esclusione del pubblico impiego*, cit., 1071; C. Zoli, *Finalità e campo di applicazione*, cit., 10; F. Borgogelli, *Finalità e campo di applicazione*, cit., 25 ss. Analoghe considerazioni erano già state espresse, relativamente alla progettata riforma, da B. Caruso, *La storia interna della riforma del p.i.: dall'illuminismo del progetto alla contaminazione della prassi*, in *LPA*, 2001, 989 ss.; M. Miscione, *L'esclusione del pubblico impiego dalla delega*, in F. Carinci, M. Miscione, (a cura di), *Il diritto del lavoro dal "Libro Bianco" al Disegno di legge delega 2002*, Ipsoa, Milano, 2002, 110.

⁷¹¹ Così, per tutti, M. Magnani, *Genesi e portata di una riforma del lavoro*, in M. Magnani, M. Tiraboschi (a cura di), *La nuova riforma del lavoro*, Giuffrè, Milano, 2012, 10; C. Cester, *Il progetto di riforma della disciplina dei licenziamenti: prime riflessioni*, cit., 547; T. Treu, *Flessibilità e tutele nella riforma del lavoro*, in *DLRI*, 2013, 34 s.

Prima di soffermarsi su tale interpretazione, è opportuno individuare il significato più plausibile dell'art. 1, comma 7, della l. n. 92/2012.

Presa alla lettera, questa norma è sembrata affermare che «le disposizioni della legge costituiscono principi e criteri non per quanto previsto, ma per quanto ... non previsto». «Col che» – si è rilevato – «si è ben oltre il limite dell'assurdo»⁷¹². Anche a prescindere da questo rilievo, è evidente che una previsione infelice e «maldestra»⁷¹³, quale quella in esame, dev'essere interpretata alla luce della sua *ratio*, che, com'è evidente, è quella di impedire l'immediata applicazione della l. n. 92/2012 ai rapporti di lavoro privatizzati alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche. In effetti, «è fuor di dubbio che affermando la valenza delle disposizioni come principi e criteri se ne intende escludere una puntuale applicazione»⁷¹⁴. Lo conferma il successivo comma 8 dell'art. 1 della l. n. 92/2012, il quale, «al fine dell'applicazione del comma 7», rinvia all'iniziativa del Ministro per la pubblica amministrazione e la semplificazione. Tale previsione, infatti, «finisce per dare un significato meramente programmatico e non vincolante all'applicazione della riforma Fornero all'area del settore pubblico»⁷¹⁵.

Il comma 7 dell'art. 1 va pertanto inteso nel senso che le disposizioni della l. n. 92/2012, ove non siano da quest'ultima espressamente dichiarate applicabili (o non applicabili) anche ai rapporti di lavoro privatizzati dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni, costituiscono meri «principi e criteri per la regolazione» dei predetti rapporti. In altri termini, «solo nel testo della l. n. 92 del 2012 si possono ricercare eventuali disposizioni derogatorie alla direttiva della non immediata applicazione della riforma al pubblico impiego privatizzato»⁷¹⁶. Con riferimento al comma 7 dell'art. 1 si può quindi ripetere quanto era già stato affermato in relazione all'art. 6 della l. n. 30/2003 – l'essere «una deroga esplicita all'art. 2, secondo comma, d.lgs. n. 165/2001»⁷¹⁷ – ed all'art. 1, comma 2, del d. lgs. n. 276/2003 – l'essere una norma che muove «se non da una logica, almeno da una tecnica uguale e contraria a quella utilizzata, sin dalle origini, della riforma del

⁷¹² Le citazioni sono tratte da F. Carinci, *Art. 18 st. lav. per il pubblico impiego privatizzato cercasi disperatamente*, cit., 1136.

⁷¹³ Per tale giudizio si v. C. Cester, *Il progetto di riforma della disciplina dei licenziamenti: prime riflessioni*, cit., 549; F. Carinci, *Ripensando il "nuovo" articolo 18 dello Statuto dei lavoratori*, cit., 470; analogo giudizio era stato espresso, relativamente all'esclusione del lavoro pubblico dal campo di applicazione del d. lgs. n. 276/2003, da S. Mainardi, *D.lgs. 10 settembre 2003 n. 276 e riforma del mercato del lavoro: l'esclusione del pubblico impiego*, cit., 1074.

⁷¹⁴ F. Carinci, *Art. 18 st. lav. per il pubblico impiego privatizzato cercasi disperatamente*, cit., 1136; in posizione adesiva si v. A. Boscati, *La difficile convivenza tra il nuovo articolo 18 e il lavoro pubblico*, cit., 1001 s.

⁷¹⁵ C. Romeo, *La legge "Fornero" e il rapporto di pubblico impiego*, cit., 732 e già 718; negli stessi termini v. anche *Id.*, *Le controversie nella Legge Fornero tra specialità e ambito di competenza*, cit., 237 e s. Il carattere programmatico del predetto art. 1, comma 8, è evidenziato pure da C. Spinelli, *Le nuove regole del mercato del lavoro e la loro (in)applicabilità alle pubbliche amministrazioni*, cit., 836 ss. Anche a giudizio di L. Mariucci, *È proprio un very bad text? Note critiche sulla riforma Monti-Fornero*, in *LD*, 2012, 434 s., «si è scelto in sostanza di rinviare», con il risultato concreto di far aumentare le distanze tra lavoro pubblico e lavoro privato.

⁷¹⁶ E. Pasqualetto, *La questione del pubblico impiego privatizzato*, cit., 52; per analoghe conclusioni si v. F. Carinci, *Ripensando il "nuovo" articolo 18 dello Statuto dei lavoratori*, cit., 470 s.; A. Boscati, *La difficile convivenza tra il nuovo articolo 18 e il lavoro pubblico*, cit., 1001; G. Gentile, *I dipendenti delle pubbliche amministrazioni*, cit., 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*, cit., 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».

⁷¹⁷ E. Gragnoli, *Il rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni*, cit., 246; negli stessi termini si v. anche M.T. Carinci, *La legge delega n. 30/2003 ed il sistema delle fonti*, in *Ead.* (a cura di), *La legge delega in materia di occupazione e mercato del lavoro*, cit., 16; F. Carinci, *Una svolta fra ideologia e tecnica: continuità e discontinuità nel diritto del lavoro di inizio secolo*, cit., XCI.

pubblico impiego, dall'attuale art. 2 comma 2 del d.lgs. n. 165/2001»⁷¹⁸; ovvero «una norma speciale destinata a prevalere su quelle ... che estendono alle pubbliche amministrazioni le stesse forme contrattuali flessibili ed in generale la medesima disciplina applicabile ai rapporti di lavoro subordinato nell'impresa (artt. 36, 1° co. e 2° co., d.lgs. 165/2001)»⁷¹⁹.

Orbene, una disciplina immediatamente applicabile ai rapporti di lavoro privatizzati alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche è contenuta nell'art. 1, comma 32, della l. n. 92/2012. Tale previsione, modificando l'art. 70 del d. lgs. n. 276/2003, ha confermato la possibilità, già concessa dall'art. 2, comma 149, della l. 23.12.2009, n. 191, anche per i committenti pubblici di ricorrere al lavoro accessorio, «nel rispetto dei vincoli previsti dalla vigente disciplina in materia di contenimento delle spese di personale e, ove previsto, dal patto di stabilità interno»⁷²⁰. Norme espressamente dichiarate inapplicabili al settore del lavoro pubblico sono invece quelle contenute nell'art. 2, comma 2, che esclude i dipendenti a tempo indeterminato delle pubbliche amministrazioni dall'ambito di applicazione dell'assicurazione sociale per l'impiego (a.s.p.i.), e nell'art. 2, comma 29, lett. d), che esonera i datori di lavoro pubblici dall'onere contributivo aggiuntivo imposto ai datori di lavoro privati che stipulano contratti di lavoro subordinato a tempo determinato⁷²¹.

Le difficoltà interpretative dell'art. 1, comma 7, della l. n. 92/2012 non finiscono tuttavia qui.

Esso non può essere preso alla lettera, neppure laddove afferma che «le disposizioni della presente legge ... costituiscono principi e criteri per la regolazione dei rapporti di lavoro ...». Invero, com'è già stato eccepito, «disposizioni dettagliate possono al massimo permettere di astrarne principi e criteri generali, ma non di per sé costituirli»⁷²².

Esso risulta altresì contraddittorio, in quanto va nella direzione esattamente opposta rispetto all'affermata «coerenza con quanto disposto dall'articolo 2, comma 2», del d. lgs. n. 165/2001. Coerenza con tale norma avrebbe in realtà imposto l'immediata applicazione della l. n. 92/2012

⁷¹⁸ S. Mainardi, *D.Lgs. 10 settembre 2003 n. 276 e riforma del mercato del lavoro: l'esclusione del pubblico impiego*, cit., 1076.

⁷¹⁹ C. Zoli, *Finalità e campo di applicazione*, cit., 8; *Id.*, *La privatizzazione dei rapporti di lavoro pubblico a dieci anni dalla riforma: oscillazioni e assestamenti*, cit., 1553; nello stesso senso si v. anche S. Mainardi, *D.Lgs. 10 settembre 2003 n. 276 e riforma del mercato del lavoro: l'esclusione del pubblico impiego*, cit., 1097 ss.

⁷²⁰ L. Cavallaro, *L'art. 18 st. lav. e il pubblico impiego: breve (per ora) storia di un equivoco*, cit., 1024 s., argomenta l'applicabilità del nuovo art. 18 st. lav. pure al lavoro pubblico contrattualizzato anche sulla base della convinzione che non vi siano norme della riforma che statuiscano espressamente sui rapporti di lavoro pubblico: di conseguenza, si chiede tale autore, «quali altrimenti potrebbero essere» tali norme, a cui si riferisce l'art. 1, comma 7, della l. n. 92/2012, «se non quelle che riguardano istituti per i quali l'applicazione al lavoro pubblico risulta necessitata in virtù di altre specifiche norme di legge, che da tempo hanno esteso quegli istituti nella loro globalità ai pubblici dipendenti?»; negli stessi termini v. *Id.*, *Pubblico impiego e (nuovo) art. 18 St. lav.: "difficile convivenza" o coesistenza pacifica?*, cit., 6. Per analoghe considerazioni si v. anche Trib. Perugia, ord. collegiale 15.1.2013, in *LPA*, 2012, 1125 s. (pubblicata anche con la data 18.1.2012 in *GC*, 2013, I, 1256), secondo il quale «la riserva dei commi 7 e 8 – generale, a fronte della specialità del comma 42 [dell'art. 1 della l. n. 92/2012] –, vale solo in relazione ai punti in cui la legge stessa modifica o innova norme non già in vigore» per lo statuto del pubblico impiego.

⁷²¹ A giudizio di R. Del Punta, *Sull'applicazione del nuovo art. 18 al rapporto di lavoro pubblico*; cit., 421 s., tali norme e soprattutto la seconda confermerebbero invece l'immediata applicabilità al lavoro pubblico privatizzato della l. n. 92/2012; secondo questo autore, «in specie nel secondo di tali casi, non si vede perché il legislatore avrebbe dovuto intervenire per sancire tale esenzione, se già tutto l'istituto del contratto a termine pubblico fosse stato esentato».

⁷²² F. Carinci, *Complimenti, dottor Frankenstein: il disegno di legge governativo in materia di riforma del mercato del lavoro*, cit., 535. Anche a giudizio di E. Pasqualetto, *La questione del pubblico impiego privatizzato*, cit., 53, «i precetti contenuti nella legge non possono equivalere in quanto tali a "principi e criteri"».

anche ai rapporti di lavoro privatizzati alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni⁷²³. Com'è stato invece unanimemente messo in evidenza dai suoi commentatori, la c.d. riforma Monti-Fornero ha compiuto un'inversione di marcia rispetto alla riforma in senso privatistico dei rapporti di lavoro pubblico⁷²⁴, al punto da indurre taluno a riscontrarvi, «nelle forme più palesi ed evidenti, il fallimento del progetto sulla c.d. “privatizzazione” del pubblico impiego e la strutturale e irriducibile divaricazione, oggi in atto, tra i due settori»⁷²⁵.

L'ultimo periodo del comma 7 dell'art. 1, infine, è superfluo, allorquando fa salve le previsioni dell'art. 3 del d. lgs. n. 165/2001, relativo al personale in regime di diritto pubblico. Si tratta infatti di soggetti per i quali già opera, in via generale, l'esclusione dal campo di applicazione del d. lgs. n. 165/2001 e quindi dall'estensione delle leggi sui rapporti di lavoro subordinato nell'impresa (v. spec. artt. 2, comma 2, e 36, comma 2)⁷²⁶.

Alla luce delle considerazioni svolte, è possibile passare ad esaminare l'opinione, che allo stato risulta prevalente in giurisprudenza, secondo cui il novellato art. 18 st. lav. è immediatamente applicabile anche ai rapporti di lavoro privatizzati alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche.

3. La tesi dell'immediata applicabilità del nuovo art. 18 st. lav. anche ai rapporti di lavoro pubblico privatizzati: individuazione delle argomentazioni utilizzate e loro critica.

L'argomentazione dei sostenitori dell'immediata applicabilità del nuovo art. 18 st. lav. anche ai rapporti di lavoro pubblico privatizzati si incentra sull'art. 51, comma 2, del d. lgs. n. 165/2001, secondo il quale «la legge 20 maggio 1970, n. 300, e successive modificazioni ed integrazioni, si applica alle pubbliche amministrazioni a prescindere dal numero dei dipendenti». In particolare, la tesi in esame fa leva sull'inciso «e successive modificazioni ed integrazioni», ivi contenuto, ritenendolo decisivo per l'accoglimento della propria prospettazione.

Più in particolare, parte della dottrina ha osservato che la l. n. 92/2012 «interviene direttamente in senso modificativo su norme che attualmente trovano applicazione immediata anche nell'ambito del pubblico impiego. Ad esempio – poiché tutta la legge n. 300 del 1970 e successive

⁷²³ Anche secondo A. Tampieri, *La legge n. 92/2012 e il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, cit., 39 s., la tendenziale esclusione delle pubbliche amministrazioni dal campo di applicazione della l. n. 92/2012 smentisce clamorosamente la “coerenza” in questione. Ulteriori critiche a tale previsione, seppur di segno diverso, sono espresse da L. Menghini, *Il lavoro a termine nel settore pubblico. L'assetto normativo dopo il colpevole silenzio della riforma Fornero*, cit., 967.

⁷²⁴ Cfr., sul punto, F. Carinci, *Dipendenti delle amministrazioni pubbliche soggette al d.lgs. n. 165/2001*, in F. Carinci, M. Miscione (a cura di), *Commentario alla Riforma Fornero*, in *Dir. & prat. lav.*, suppl. al n. 33, 2012, 3; *Id.*, *I dipendenti delle amministrazioni pubbliche dopo la l. n. 92/2012*, in *Lav. giur.*, 2012, 859 e s.; *Id.*, *Complimenti, dottor Frankenstein: il disegno di legge governativo in materia di riforma del mercato del lavoro*, cit., 535, secondo il quale quello che sarebbe poi diventato l'art. 1, comma 7, della l. n. 92/2012 «occulca la sostanziale cancellazione dell'art. 51, comma 2», del d. lgs. n. 165/2001, «nella generale ed indifferenziata degradazione delle “disposizioni della presente legge, per quanto da esse non espressamente previsto” a “principi e criteri generali per la regolazione dei rapporti di lavoro dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni”»; A. Tampieri, *La legge n. 92/2012 e il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, cit., 28 ss.

⁷²⁵ C. Romeo, *Le controversie nella Legge Fornero tra specialità e ambito di competenza*, cit., 237.

⁷²⁶ Anche a giudizio di F. Carinci, *Art. 18 st. lav. per il pubblico impiego privatizzato cercasi disperatamente*, cit., 1136, non c'era bisogno di tale previsione. Le stesse considerazioni, relativamente all'analoga precisazione contenuta nell'art. 6 della l. n. 30/2003, sono state svolte da E. Gragnoli, *Il rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni*, cit., 246; in posizione adesiva si v. S. Mainardi, *D.Lgs. 10 settembre 2003 n. 276 e riforma del mercato del lavoro: l'esclusione del pubblico impiego*, cit., 1073.

modificazioni è espressamente applicabile alle pubbliche amministrazioni, a prescindere dal numero dei dipendenti, in base all'art. 51, comma 2°, d.lgs. n. 165 del 2001 – [il] nuovo testo dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori, in mancanza di un'espressa deroga per il pubblico impiego, sembra destinato inevitabilmente a trovare applicazione immediata anche in questo ambito, per lo meno con riferimento al licenziamento disciplinare. Infatti, la norma generale di cui all'art. 1, comma [7] della legge non sembra sufficiente sul piano tecnico-giuridico a modificare l'ambito di applicabilità delle norme oggetto della riforma»⁷²⁷. Nello stesso ordine di considerazioni si è sostenuto che «alcune novità apportate dalla legge n. 92/2012», tra cui le modifiche introdotte all'art. 18 st. lav., «trovino immediata applicazione anche nel lavoro pubblico, nonostante la previsione di carattere generale di cui all'art. 1, comma 7, allorché esista una preesistente disposizione di legge» – individuata appunto nell'art. 51, comma 2, del d. lgs. n. 165/2001 – «che estenda espressamente al pubblico impiego gli istituti o le discipline interessate dalle modifiche»⁷²⁸. In queste ipotesi, dunque, «si rivela tutta la fragilità e la limitatezza dell'impianto normativo di cui all'art. 1, comma 7, della legge in esame, allorché, inutilmente, richiede una "espressa previsione" da parte della legge stessa, al fine di estendere alla pubblica amministrazione le nuove regole». Invero, «allorché si intervenga novellando leggi preesistenti e già da tempo applicabili alla pubblica amministrazione», per escludere i dipendenti pubblici dalle novità introdotte dalla riforma sarebbe necessaria «un'apposita e specifica previsione di legge in funzione esonerativa, che in molti casi non è prevista dalla riforma in commento»⁷²⁹.

In maniera ancor più esplicita, la motivazione a cui la giurisprudenza ha fatto ampio ricorso è la seguente: il nuovo art. 18 st. lav. è immediatamente applicabile ai rapporti di pubblico impiego privatizzati, in quanto il richiamo dell'art. 51, comma 2, del d. lgs. n. 165/2001 alla l. n. 300/1970 è operato «con l'utilizzo della tecnica del rinvio mobile che recepisce il contenuto di norme collocate in altre fonti adeguandosi automaticamente all'evoluzione delle medesime»⁷³⁰.

⁷²⁷ L. Galantino, *Diritto del lavoro pubblico*, cit., 16.

⁷²⁸ A. Tampieri, *La legge n. 92/2012 e il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, cit., 27; negli stessi termini v. anche *Id.*, *Il licenziamento dei lavoratori delle pubbliche amministrazioni*, in G. Pellacani (a cura di), *I licenziamenti individuali e collettivi*, Giappichelli, Torino, 2013, 825 s. In posizione adesiva si v. G. Gentile, *I dipendenti delle pubbliche amministrazioni*, cit., 227 s.. Nello stesso senso si v., in particolare, Trib. Bari, ord. 14.1.2013, in *RIDL*, 2013, II, 410 ss., specie 412, con nota adesiva di R. Del Punta, *Sull'applicazione del nuovo art. 18 al rapporto di lavoro pubblico*, cit.

⁷²⁹ Le citazioni sono tratte ancora da A. Tampieri, *La legge n. 92/2012 e il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, cit., rispettivamente 33 e 39. Secondo tale autore, *ivi*, 37, «la vaga e indeterminata previsione esonerativa del lavoro pubblico (art. 1, comma 7 della legge n. 92/2012) è norma assolutamente generale, mentre ... quella di cui all'art. 51, comma 2 del d.lgs. n. 165/2001 ... è disposizione speciale e come tale destinata (pur se cronologicamente anteriore) a sopravvivere, secondo il criterio *lex posterior generalis non derogat legi priori speciali*».

⁷³⁰ Trib. Perugia, ord. 9.11.2012, in *LPA*, 2012, 1119; nel senso dell'esistenza di un rinvio mobile si v. anche, in dottrina, L. Cavallaro, *Pubblico impiego e (nuovo) art. 18 St. lav.: "difficile convivenza" o coesistenza pacifica?*, cit., 4, e, in giurisprudenza, Trib. Terni, ord. 10/14.12.2012, in *www.giuslavoristi.it.*; Trib. Bari, ord. 14.1.2013, cit.; Trib. Perugia, ord. collegiale 15.1.2013, cit.; Trib. Ancona, ord. 31.1.2013, cit.; Trib. S. Maria Capua Vetere, ord. 2.4.2013, in *GC*, 2013, I, 1253. Giungono ad analoghe conclusioni R. Riviero, *Indicazioni operative sul rito Fornero (con una divagazione minima finale)*, in *Lav. giur.*, 2013, 22, che parla di un «rinvio recettizio», e M. De Luca, *Riforma della tutela reale contro il licenziamento illegittimo e rapporto di lavoro privatizzato alle dipendenze di amministrazioni pubbliche: problemi e prospettive di coordinamento*, in *LPA*, 2013, 3 e 6, secondo il quale vi è un «rinvio formale» allo statuto dei lavoratori.

Non si ritiene di poter condividere questa interpretazione, che si pone in aperto contrasto con la formulazione letterale dei commi 7 e 8 dell'art. 1 della l. n. 92/2012⁷³¹.

L'obiezione di fondo che si può muovere a questa tesi è quella di ritenere che la modifica da parte della l. n. 92/2012 di normative già applicabili ai rapporti di lavoro privatizzati alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni configuri di per sé l'espressa previsione – richiesta dall'art. 1, comma 7, in questione – di immediata applicabilità delle disposizioni da essa introdotte ai predetti rapporti di lavoro. In altri termini, l'opinione in esame confonde l'espressa previsione da parte della l. n. 92/2012 dell'applicabilità delle sue previsioni anche al settore pubblico con la mera modifica, da parte di questa legge, di discipline già applicabili al medesimo settore. In realtà, il fatto che la l. n. 92/2012 sia intervenuta a modificare normative precedentemente applicabili anche ai rapporti di lavoro pubblico privatizzati non comporta automaticamente – stante la previsione ostativa di cui ai commi 7 e 8 dell'art. 1 della medesima legge – l'applicabilità di tali modifiche pure ai predetti rapporti di lavoro⁷³².

A tale rilievo critico, che mina alla radice la tenuta di questa tesi, se ne possono aggiungere altri.

Ai fini che qui interessano, la possibilità di distinguere tra materie e/o istituti che già si applicavano al settore del lavoro pubblico e su cui la l. n. 92/2012 ha introdotto modifiche, da un lato, e materie e/o istituti disciplinati *ex novo* da tale legge, dall'altro, è priva di fondamento normativo. L'«armonizzazione della disciplina relativa ai dipendenti delle amministrazioni pubbliche», a cui fa riferimento l'art. 1, comma 8, della l. n. 92/2012, essendo prevista «al fine dell'applicazione del comma 7», non può che riguardare tutte le disposizioni di questa legge. Al riguardo, infatti, è imprescindibile il riferimento, contenuto nel medesimo comma 7, a (tutte) «le disposizioni della presente legge», che non consente di introdurre distinzioni o limitazioni di sorta.

Com'è poi già stato obiettato all'opinione in esame, il rinvio mobile contenuto nell'art. 51, comma 2, del d.lgs. n. 165/2001 «vale solo se ed in quanto le successive “*modificazioni ed integrazioni*” non abbiano escluso di poter essere applicabili anche ai pubblici dipendenti privatizzati»⁷³³. Al riguardo, si deve ribadire che i commi 7 e 8 dell'art. 1 della l. n. 92/2012 hanno proprio questo effetto impeditivo.

Operano quindi un'inversione logica quanti ritengono che, per negare l'immediata applicazione del nuovo art. 18 st. lav. ai rapporti di lavoro privatizzati alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche, si «dovrebbe postulare una abrogazione tacita parziale dell'art. 51 comma 2 citato, con espunzione dalla norma del richiamo alle modifiche del solo art. 18, fermo restando il rinvio mobile alle altre parti dello Statuto dei lavoratori». Se è indubbiamente vero che «tale

⁷³¹ In tal senso si v. in particolare E. Pasqualetto, *La questione del pubblico impiego privatizzato*, cit., 52 s.

⁷³² Per considerazioni analoghe si v. già Trib. Monza, ord. 28.2.2013, a quanto consta inedita, secondo cui «il richiamo espresso necessario per la applicazione della legge in parola alla PA non può essere individuato per il tramite del rinvio operato dalla disposizione dell'art. 51 co. 2 del T.U. 165/2001», nonché M. Gerardo, A. Mutarelli, *Il licenziamento nel pubblico impiego dopo la Riforma Fornero (ovvero il cubo di Rubik)*, cit., 197 s.

⁷³³ F. Carinci, *Ripensando il “nuovo” articolo 18 dello Statuto dei lavoratori*, cit., 471 s.

abrogazione non ha appigli testuali né può farsi derivare da ragioni sostanziali o sistematiche»⁷³⁴, è vero, ancor prima, che l'effetto preclusivo dell'immediata applicazione del nuovo art. 18 st. lav. ai rapporti di lavoro privatizzati alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche è già realizzato dai commi 7 e 8 dell'art. 1 della l. n. 92/2102. Per giungere ad escludere la predetta applicazione, dunque, non è necessario rinvenire la parziale abrogazione dell'art. 51, comma 2, del d. lgs. n. 165/2001. Tanto meno la mancata immediata applicazione del rinnovato art. 18 st. lav. al pubblico impiego privatizzato determina una violazione del predetto art. 51, comma 2⁷³⁵.

Secondo un'altra delle argomentazioni utilizzate dai sostenitori dell'opinione in esame, «non essendo più in vigore l'art. 18 vecchio testo; e non essendo stata disposta una deroga per la P.A., ne conseguirebbe che per il pubblico impiego non vi sia più una disciplina specifica»⁷³⁶. L'opinione per cui l'art. 18 st. lav. ante riforma Monti-Fornero sarebbe inapplicabile al settore pubblico, essendo stato abrogato da quest'ultima, non convince. Dal punto di vista letterale, si consideri che l'art. 1, comma 42, della l. n. 92/2012 esordisce, affermando che «all'articolo 18 della legge 20 maggio 1970, n. 300, sono apportate le seguenti modificazioni: ...». In virtù di quanto previsto dall'art. 1, commi 7 e 8, della c.d. riforma Monti-Fornero, si tratta di modificazioni non immediatamente applicabili ai rapporti di lavoro privatizzati alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche. Per tali rapporti continua pertanto a trovare applicazione la precedente versione dell'art. 18 st. lav.. Del resto, l'abrogazione del "vecchio" art. 18 st. lav. anche per il settore pubblico contraddirebbe l'intento della l. n. 92/2012 di escludere, salvo espressa previsione, interventi immediati per i rapporti di lavoro privatizzati alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche. L'art. 1, comma 42, della l. n. 92/2012, dunque, «pone un problema non di abrogazione, ma di disapplicazione»⁷³⁷. Pertanto, piuttosto che ritenere che il vecchio art. 18 st. lav. sia stato abrogato anche per i rapporti di lavoro che, quali quelli del settore pubblico privatizzato, esulano dal campo di applicazione della l. n. 92/2012, è preferibile riconoscere che i predetti commi 7 e 8 abbiano disattivato il – o interrotto il funzionamento del – meccanismo del rinvio mobile o formale alla l. n.

⁷³⁴ Le citazioni sono tratte da Trib. Perugia, ord. collegiale 15.1.2013, *cit.*; nello stesso senso si v. Trib. Perugia, ord. 9.11.2012, *cit.* Per considerazioni simili v. anche L. Cavallaro, *L'art. 18 st. lav. e il pubblico impiego: breve (per ora) storia di un equivoco*, *cit.*, 1025; *Id.*, *Pubblico impiego e (nuovo) art. 18 St. lav.: "difficile convivenza" o coesistenza pacifica?*, *cit.*, 7.

⁷³⁵ Per l'affermazione contraria a quella di cui al testo si v. ancora Trib. Perugia, ord. collegiale 15.1.2013, *cit.*, 1126.

⁷³⁶ R. Rivero, *Indicazioni operative sul rito Fornero (con una divagazione minima finale)*, *cit.*, 22; il ragionamento di questo autore così prosegue: «a meno che non si ritenga che nel comma 7 vi sia anche una implicita deroga all'abrogazione del vecchio art. 18 o comunque una riserva volta a mantenere in vita il vecchio art. 18 ... ai fini della sua applicazione alla P.A. Ma solo questa riserva non compare da nessuna parte; non solo, nell'ordinamento c'è, invece, un rinvio recettizio del T.U. n. 165 (art. 51, comma 2) "alla legge 20 maggio 1970, n. 300, e successive modificazioni ed integrazioni", e quindi al nuovo art. 18, che andrebbe applicato anche alla P.A., nella sua interezza, in mancanza di espresse deroghe. La tesi è rafforzata dall'art. 2, comma 2, T.U. n. 165, ...». Nello stesso senso si v. Trib. Perugia, ordinanza 9.11.2012; confermata da Trib. Perugia, ordinanza collegiale 15.1.2013, *citt.*, 1117 ss.; Trib. S. Maria Capua Vetere, ord. 2.4.2013, *cit.*, 1253.

⁷³⁷ F. Carinci, *Ripensando il "nuovo" articolo 18 dello Statuto dei lavoratori*, *cit.*, 472; nello stesso senso v. già *Id.*, *Art. 18 st. lav. per il pubblico impiego privatizzato cercasi disperatamente*, *cit.*, 1138 s.; in posizione analoga si v. E. Pasqualetto, *La questione del pubblico impiego privatizzato*, *cit.*, 58, n. 20; *contra* A. Boscato, *La difficile convivenza tra il nuovo articolo 18 e il lavoro pubblico*, *cit.*, 1000 e 1005 s. Con riferimento alla l. n. 30/2003, la tesi dell'inapplicabilità, anziché dell'abrogazione, delle norme destinate a sopravvivere nel solo settore del lavoro pubblico è stata sostenuta da E. Gragnoli, *Il rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni*, *cit.*, 254 s.; in posizione adesiva si v. L. Zoppoli, *Nuovi lavori e pubbliche amministrazioni (ovvero Beowulf versus Grendel, atto II)*, in *Studi in onore di Giorgio Ghezzi*, Cedam, Padova, 2005, vol. II, 1805 s.

300/1970, introdotto dall'art. 51, comma 2, del d. lgs. n. 165/2001⁷³⁸. In quest'ultima norma, pertanto, deve ora rinvenirsi un «rinvio materiale [a] vecchio testo dell'art. 18 fino alla prevista "armonizzazione"»⁷³⁹.

Si può ulteriormente osservare che la tesi dell'immediata applicabilità del rinnovato art. 18 st. lav. ai rapporti di lavoro privatizzati alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche non riesce – ma in realtà neppure se ne fa carico – a fornire ai commi 7 e 8 dell'art. 1 un'interpretazione coerente con il proprio assunto e comunque alternativa rispetto a quella della non immediata applicabilità della l. n. 92/2012 al settore del lavoro pubblico privatizzato. E ciò conferma la convinzione che la predetta opinione si pone in insanabile contrasto con il tenore letterale di queste previsioni.

In realtà, all'inciso «e successive modificazioni ed integrazioni», contenuto nell'art. 51, comma 2, del d. lgs. n. 165/2001, viene attribuita un'eccessiva rilevanza in sede interpretativa. Se è condivisibile l'assunto per cui si è in presenza di un rinvio mobile alle previsioni della l. n. 300/1970, è indubbio che alla conclusione dell'applicazione al settore pubblico dello statuto dei lavoratori così come successivamente modificato e integrato si sarebbe agevolmente pervenuti anche in assenza della predetta locuzione. Non si dimentichi che l'art. 55, comma 2, del d. lgs. 3.2.1993, n. 29, si limitava ad affermare che «la legge 20 maggio 1970, n. 300, si applica alle pubbliche amministrazioni a prescindere dal numero dei dipendenti». L'inciso «e successive modificazioni ed integrazioni», di cui si discute, è stato aggiunto dall'art. 51, comma 2, del d. lgs. n. 165/2001, all'interno del quale è stato trasfuso l'art. 55, comma 2, del d. lgs. n. 29/1993. Non risulta, tuttavia, che anteriormente a questa precisazione del legislatore si ritenesse di dover fare riferimento all'originaria stesura della l. n. 300/1970. Lo dimostra anche il fatto che, in sede di commento dell'art. 51, comma 2, del d. lgs. n. 165/2001, al predetto inciso non sia stata dedicata alcuna attenzione⁷⁴⁰.

⁷³⁸ Pur arrivando alla conclusione dell'immediata applicabilità del nuovo art. 18 st. lav. anche al pubblico impiego, pure *L. Cavallaro, L'art. 18 st. lav. e il pubblico impiego: breve (per ora) storia di un equivoco*, cit., 1025 s., ritiene che «in assenza della clausola di cui al comma 7 dell'art. 1, la legge n. 92/2012 si sarebbe ... estesa automaticamente al variegato mondo del lavoro pubblico» e che «l'unico significato ragionevolmente attribuibile a quella clausola sta nell'impedire che la riforma Fornero possa nel suo complesso determinare quell'aggiornamento automatico *per relationem* della normativa relativa al pubblico impiego che è previsto in forma generale dall'art. 2, T.U. n. 165/2001»; negli stessi termini v. anche *Id., Pubblico impiego e (nuovo) art. 18 St. lav.: "difficile convivenza" o coesistenza pacifica?*, cit., 7. Analoghe considerazioni, concludendo per la non immediata applicabilità del nuovo art. 18 st. lav., vengono svolte da Trib. Monza, ord. 28.2.2013, cit.; *M. Gerardo, A. Mutarelli, Il licenziamento nel pubblico impiego dopo la Riforma Fornero (ovvero il cubo di Rubik)*, cit., 198. Si v. anche le considerazioni di *C. Romeo, La legge "Fornero" e il rapporto di pubblico impiego*, cit., 720 s.

⁷³⁹ *A. Vallebona, La riforma del lavoro*, Giappichelli, Torino, 2012, 55 e negli stessi termini *Id., La disciplina sostanziale dei licenziamenti*, in *F.P. Luiso, R. Tiscini, A. Vallebona, La nuova disciplina sostanziale e processuale dei licenziamenti*, Giappichelli, Torino, 2013, 14; in posizione adesiva si v. *V. Luciani, Il licenziamento del dipendente pubblico tra ambiguità normative e inerzie applicative*, in *MGL*, 2012, 767; *F.M. Giorgi, Il nuovo processo per l'impugnazione dei licenziamenti*, in *Id. (coordinato da), La riforma del mercato del lavoro. Aspetti sostanziali e processuali*, Jovene, Napoli, 2013, 318. Anche a giudizio di *E. Barraco, Campo di applicazione e problemi di coordinamento*, cit., 44, «il rinvio formale operato» dall'art. 51, comma 2, del d. lgs. n. 165/2001 alle «successive modificazioni ed integrazioni» dello Statuto viene però irrimediabilmente derubricato a mero rinvio materiale dalla prevista necessità di un intervento normativo *ad hoc* di "armonizzazione" delle norme sul pubblico impiego alle disposizioni della riforma in commento».

⁷⁴⁰ Si v. al riguardo, i commenti di *M.T. Carinci, L'estensione del Titolo I dello Statuto dei lavoratori alle pp.aa.*, in *F. Carinci, L. Zoppoli (a cura di), Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, tomo I, Utet, Torino, 2004; della stessa autrice v. già *L'estensione dello Statuto dei Lavoratori*, in *F. Carinci (diretto da), Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche. Commentario*, tomo II, Giuffrè, Milano, 1995, 886 e ss., e *L'estensione dello Statuto dei Lavoratori*, in *F. Carinci, M. D'Antona (diretto da), Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche. Commentario*, 2° ed., tomo II, Giuffrè, Milano, 2000, 1485 e ss.; *G. Gentile, Commento all'art. 51 del d. lgs.*

4. Implicazioni dell'impossibilità dell'immediata applicazione del nuovo art. 18 st. lav. al lavoro pubblico privatizzato.

Sulla scorta di quanto osservato nei paragrafi precedenti, è giocoforza concludere che, fino a quando non si realizzi l'armonizzazione di disciplina disegnata dall'art. 1, comma 8, della l. n. 92/2012, per i rapporti di lavoro pubblico privatizzati rimane in vigore l'art. 18 st. lav. nella versione antecedente alla c.d. riforma Monti-Fornero. Quest'ultima, infatti, come già rilevato (v. *retro* § 2), «limitando il proprio campo applicativo, ha impedito si producesse un completo e definitivo fenomeno abrogativo» di tale norma⁷⁴¹. Ne consegue che la disciplina previgente «sopravviv[e] nella sua versione originaria per l'impiego pubblico, mentre [ha] valore nella sua versione modificata per il solo lavoro privato»⁷⁴².

Anche questa soluzione, peraltro, suscita perplessità. Essa infatti, pur se risulta maggiormente conforme alla *ratio* e alla lettera della legge, determina in una serie di materie una divaricazione normativa tra il vecchio testo, destinato a continuare ad applicarsi al solo settore pubblico, ed il nuovo testo, limitato all'area del lavoro privato. Da questo punto di vista, la tesi che ritiene immediatamente applicabile anche ai rapporti di lavoro pubblico privatizzati il nuovo art. 18 st. lav. introduce invece un'interpretazione razionalizzatrice, anche se poi non è in grado, utilizzando questo stesso assunto, di ricomprendere anche le discipline introdotte *ex novo* dalla l. n. 92/2012. Ne deriverebbe quindi «un'applicazione rapsodica di una normativa, che è stata invece concepita come un disegno unitario»⁷⁴³.

In ultima analisi, dunque, l'opinione che nega l'immediata applicabilità del novellato art. 18 st. lav. al settore pubblico, benché «sotto il profilo strettamente giuridico e istituzionale, non è certo la più soddisfacente», risulta «essere l'unica concretamente praticabile»⁷⁴⁴. Si spiega pertanto come, nonostante le controindicazioni che da essa discendono – quale quella di far coesistere due versioni divergenti di una medesima norma, con le conseguenti ed inevitabili complicazioni –, questa interpretazione abbia incontrato il favore della maggioranza della dottrina⁷⁴⁵ e sia stata

n. 165/2001, in G. Amoroso, V. Di Cerbo, L. Fiorillo, A. Maresca (a cura di), *Diritto del lavoro. Il lavoro pubblico*, vol. III, 1° ed., Giuffrè, Milano, 2004, 502 ss.; 2° ed., 2007, 614 ss.; 3° ed., 2011, 818 ss.

⁷⁴¹ V. Luciani, *Il licenziamento del dipendente pubblico tra ambiguità normative e inerzie applicative*, cit., 767.

⁷⁴² F. Carinci, *Art. 18 st. lav. per il pubblico impiego privatizzato cercasi disperatamente*, cit., 1136 ss.; nello stesso senso v. *Id.*, *Ripensando il "nuovo" articolo 18 dello Statuto dei lavoratori*, cit., 472.

⁷⁴³ C. Spinelli, *Le nuove regole del mercato del lavoro e la loro (in)applicabilità alle pubbliche amministrazioni*, cit., 838.

⁷⁴⁴ Le citazioni sono tratte da C. Romeo, *La legge "Fornero" e il rapporto di pubblico impiego*, cit., 720 s.

⁷⁴⁵ Oltre agli autori citati nelle tre note precedenti, si v. L. Mariucci, *È proprio un very bad text? Note critiche sulla riforma Monti-Fornero*, cit., 435 s.; C. Cester, *Il progetto di riforma della disciplina dei licenziamenti: prime riflessioni*, cit., 549; P. Tullini, *Riforma della disciplina dei licenziamenti e nuovo modello giudiziale di controllo*, in *RIDL*, 2013, I, 152; E. Pasqualetto, *La questione del pubblico impiego privatizzato*, cit., 57 s.; C. Cester, *La riforma della disciplina dei licenziamenti: principi generali e tecniche normative*, cit., 11; E. Barraco, *Campo di applicazione e problemi di coordinamento*, cit., 44; C. Spinelli, *Le nuove regole del mercato del lavoro e la loro (in)applicabilità alle pubbliche amministrazioni*, cit., 843 s.; M. Ferraresi, *L'articolo 18 dello Statuto dei lavoratori dopo la riforma Fornero: bilancio delle prime applicazioni in giurisprudenza*, in *DRI*, 2013, 351 s.; M. Gerardo, A. Mutarelli, *Il licenziamento nel pubblico impiego dopo la Riforma Fornero (ovvero il cubo di Rubik)*, cit., 196 ss. Come si è già anticipato, la tesi in questione è invece minoritaria in giurisprudenza; nel senso dell'impossibilità dell'immediata applicazione dell'art. 18 st. lav. ai rapporti di lavoro pubblico privatizzati si sono espressi Trib. Roma 23.1.2013, in *GC*, 2013, I, 1255, e Trib. Monza, ord. 28.2.2013, cit.

riferita anche ai dirigenti pubblici⁷⁴⁶, sulla scorta dell'ormai consolidato orientamento giurisprudenziale, che riconosce la tutela reintegratoria pure a questa categoria di lavoratori⁷⁴⁷.

Al fine di corroborare l'opinione a cui si ritiene di aderire, è utile ricordare che la diatriba che è scaturita dai commi 7 e 8 dell'art. 1 della l. n. 92/2012 era rinvenibile già con riferimento alla l. n. 30/2003 ed al d. lgs. n. 276/2003. Essa riguardava naturalmente gli istituti rispetto ai quali l'intervento legislativo del 2003 aveva modificato discipline applicabili anche al settore pubblico.

Con riferimento, ad esempio, alle novità introdotte nell'art. 2112 c.c., la dottrina non aveva mancato di prospettare la soluzione che viene ora affacciata in relazione al nuovo art. 18 st. lav. «La tecnica della novella operata su norme preesistenti» – si era osservato – «potrebbe condurre all'interpretazione, per vero un po' acrobatica, per cui l'inciso dell'art. 6 della l. n. 30/2003 (“ove non siano espressamente richiamate”) possa essere riferito a tutte le disposizioni proprie dell'attuale disciplina del pubblico impiego che appunto richiamano norme del codice civile o di altre leggi sul lavoro subordinato, ora modificate dalla riforma Biagi. In questo modo, l'intervento manipolativo spiegherebbe effetti anche nei confronti delle pubbliche amministrazioni, stante il rinvio materiale che leggi precedenti già operano alla fonte che viene successivamente modificata». Tale soluzione era stata tuttavia respinta, ritenendo che, per quanto più coerente e risolutiva di numerosi problemi di coordinamento, essa non trovasse sufficiente supporto normativo: «non solo perché l'inciso dell'art. 6 della l. n. 30 non pare affatto riferirsi a qualunque richiamo precedente alle norme introdotte o modificate dalla riforma, ma, al più ... alle sole norme del d.lgs. n. 276/2003. Quanto piuttosto per la prevalenza del criterio dell'esclusione operato con norme cronologicamente successive, il quale, se un senso deve avere, non può che investire anche la porzione di regole già applicabili all'impiego pubblico che oggi vengono modificate con la tecnica della novella»⁷⁴⁸.

La stessa problematica aveva acceso un dibattito ancor più animato relativamente al contratto di lavoro *part-time*. Per tale istituto l'art. 3 della l. n. 30/2003 aveva ulteriormente escluso l'applicabilità delle emanande norme ai rapporti di lavoro alle dipendenze di amministrazioni pubbliche. La maggior parte dei commentatori aveva conseguentemente ritenuto che ne fosse scaturita una

⁷⁴⁶ P. Sordi, *Il licenziamento del dirigente pubblico*, in G. Pellacani (a cura di), *I licenziamenti individuali e collettivi*, cit., 856; per l'esclusione in generale dell'applicazione della nuova versione dell'art. 18 st. lav. al lavoro pubblico privatizzato v. già *Id.*, *L'ambito di applicazione del nuovo rito per l'impugnazione dei licenziamenti e disciplina della fase di tutela urgente*, Relazione all'incontro di studio organizzato dal C.S.M. sul tema “*La riforma del mercato del lavoro nella legge 28 giugno 2012 n. 92*”, Roma 29-31 ottobre 2012, in <http://www.giuslavoristi.it/sezioni-regionali/lazio/osservatorio-legge-922012/dottrina/301-relazione-del-presidente-paolo-sordi-2>, 9 s.

⁷⁴⁷ Tale orientamento risale a Cass. 1.2.2007, n. 2233, pubblicata tra l'altro in *ADL*, 2007, 686 ss., con nota di A. Boscati, ed ha trovato conforto in Corte Cost. 24.10.2008, n. 351, in *MGL*, 2009, 663, con nota di A. Vallebona. Successivamente si v. Cass. 20.2.2007, n. 3929; Cass., s.u., 16.2.2009, n. 3677; Cass. 13.6.2012, n. 9651; Cass. 31.7.2012, n. 13710; Cass. 18.12.2012, n. 23330; Cass. 29.7.2013, n. 18198. Sulla disciplina introdotta dalla contrattazione collettiva in materia si v. A. Boscati, *La difficile convivenza tra il nuovo articolo 18 e il lavoro pubblico*, cit., 1014 ss.

⁷⁴⁸ S. Mainardi, *D.Lgs. 10 settembre 2003 n. 276 e riforma del mercato del lavoro: l'esclusione del pubblico impiego*, cit., 1095 s. L'inapplicabilità alle pubbliche amministrazioni delle modifiche introdotte all'art. 2112 c.c. dall'art. 32 del d. lgs. n. 276/2003 è sostenuta anche da F. Carinci, *Una riforma “conclusa”. Fra norma scritta e prassi applicativa*, in F. Carinci e L. Zoppoli (a cura di), *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, tomo I, cit., LXXV e s.; L. Zoppoli, *Nuovi lavori e pubbliche amministrazioni (ovvero Beowulf versus Grendel, atto II)*, cit., 1805 s.; di opinione contraria è invece A. Andreoni, *Impresa modulare, trasferimenti di azienda, appalti interni: la soft law sul ciclo di produzione*, in G. Ghezzi (a cura di), *Il lavoro tra progresso e mercificazione. Commento critico al decreto legislativo n. 276/2003*, Ediesse, Roma, 2004, 212.

diversa regolamentazione tra settore privato e pubblico⁷⁴⁹. Non era però mancato chi – facendo leva anche sulla previsione che dichiara applicabile pure ai rapporti di lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche, ove non diversamente disposto, le disposizioni in materia di *part time* (art. 10 del d. lgs. n. 61/2000) – aveva sostenuto che «il legislatore delegato è intervenuto direttamente sul d.lgs. n. 61/2000 e tale tecnica di novellazione comporta che le modifiche apportate abbiano lo stesso campo di applicazione del provvedimento riformato»⁷⁵⁰.

La prevalente interpretazione affermata in relazione all'intervento legislativo del 2003, che come si è già rilevato costituisce il precedente rispetto a quello del 2012 quanto ad esclusione dal proprio campo di applicazione del lavoro pubblico privatizzato (v. *retro* § 1), offre dunque spunti di conferma della bontà della conclusione a cui si è ritenuto di aderire in relazione al rinnovato testo dell'art. 18 st. lav. È poi indubbio che la situazione venutasi a creare all'indomani del d. lgs. n. 276/2003 avrebbe dovuto indurre il legislatore del 2012 ad astenersi dall'utilizzare una tecnica legislativa, che si era già rivelata foriera di difficoltà interpretative.

5. Inapplicabilità del rito speciale alle controversie in materia di licenziamento dei dipendenti pubblici.

La connessione, sottolineata da più parti⁷⁵¹, tra la problematica relativa al rinnovato art. 18 st. lav., di cui ci si è occupati nelle pagine precedenti, e quella riguardante la possibilità di utilizzare da subito anche per i rapporti di lavoro pubblico privatizzati il nuovo rito speciale, introdotto dall'art. 1, commi 47-69, della l. n. 92/2012 (c.d. rito Fornero), induce a svolgere alcune considerazioni anche sulla predetta disciplina processuale. Si tratta, pure in questo caso, di una questione che ha diviso gli interpreti.

Le ragioni che avrebbero dovuto indurre il legislatore ad estendere anche ai rapporti di lavoro privatizzati alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche il nuovo rito sono probabilmente

⁷⁴⁹ Si v. F. Borgogelli, *Finalità e campo di applicazione*, cit., 44; S. Mainardi, *D.Lgs. 10 settembre 2003 n. 276 e riforma del mercato del lavoro: l'esclusione del pubblico impiego*, cit., 1100; F. Carinci, *Una riforma "conclusa". Fra norma scritta e prassi applicativa*, cit., LXXV s.; M. Brollo, *Le modifiche al d. lgs. n. 61/2000 sul lavoro a tempo parziale*, in M. Brollo, M.G. Mattarolo, L. Menghini (a cura di), *Contratti di lavoro flessibili e contratti formativi*, in F. Carinci (coordinato da), *Commentario al D.Lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, vol. III, Ipsoa, Milano, 2004, 168 ss.; C. Zoli, *Finalità e campo di applicazione*, cit., 28; Id., *La privatizzazione dei rapporti di lavoro pubblico a dieci anni dalla riforma: oscillazioni e assestamenti*, cit., 1560 s.; R. Santucci, *La nuova disciplina del contratto di lavoro part-time*, in M. Rusciano (a cura di), *Problemi giuridici del mercato del lavoro*, Jovene, Napoli, 2004, 185; Id., *Il part-time nella nuova disciplina: dalla "flessibilità limitata" alla "precarietà"?*, in R. De Luca Tamajo, M. Rusciano, L. Zoppoli (a cura di), *Mercato del lavoro. Riforma e vincoli di sistema*, Editoriale scientifica, Napoli, 2004, 44 ss.; R. Altavilla, *Le forme flessibili di impiego nelle pubbliche amministrazioni e il d.lgs. n. 276/2003*, in *DL*, 2004, I, 66 s.; L. Zoppoli, *Nuovi lavori e pubbliche amministrazioni (ovvero Beowulf versus Grendel, atto II)*, cit., 1806 e n. 7; più di recente si v. L. Calafa', *Il contratto di lavoro a tempo parziale*, in M. Brollo (a cura di), *Il mercato del lavoro*, in M. Persiani, F. Carinci (diretto da), *Trattato di diritto del lavoro*, vol. VI, Cedam, Padova, 2012, 1204; E. Ales, A. Riccio, *Commento all'art. 2129 c.c.*, cit., 370; V. Leccese, *A volte ritornano: il 'diritto di ripensamento' nel lavoro a tempo parziale*, cit., 93, n. 2. L'inapplicabilità ai rapporti di lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche delle modifiche introdotte dal d. lgs. n. 276 del 2003 al d. lgs. n. 61/2000 era stata affermata anche dalla circolare n. 9 del 18.3.2004 del Ministro del lavoro.

⁷⁵⁰ M. Lanotte, *Il campo di applicazione: l'esclusione delle pubbliche amministrazioni*, cit., 41 e già 33 s.; per un'analoga prospettiva si v. R. Del Punta, *Lavoro a tempo parziale*, in M. Pedrazzoli (coordinato da), *Il nuovo mercato del lavoro*, Zanichelli, Bologna, 2004, 524 ss.

⁷⁵¹ Sul punto si v. C. Romeo, *La legge "Fornero" e il rapporto di pubblico impiego*, cit., 717; R. Rivero, *Indicazioni operative sul rito Fornero (con una divagazione minima finale)*, cit., 22; F. Carinci, *Ripensando il "nuovo" articolo 18 dello Statuto dei lavoratori*, cit. Su tale connessione si v., in termini più generali, A. Maresca, *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche dell'art. 18 statuto dei lavoratori*, in *RIDL*, 2012, I, 455 ss.

ancor più solide di quelle che avrebbero dovuto determinare l'immediata applicazione pure in questo ambito del nuovo testo dell'art. 18 st. lav. Come infatti è già stato rilevato da quanti si sono sforzati di sostenere l'immediata utilizzabilità anche nel pubblico impiego privatizzato non solo del nuovo art. 18 st. lav., ma anche del rito speciale, «se la finalità della nuova legge è quella di dare certezze alle parti dei rapporti di lavoro ai quali si applichi l'art. 18 st. lav., non si vede perché il lavoro pubblico debba essere trattato diversamente. E questa considerazione non vale solo per i lavoratori, ma anche per le amministrazioni, che hanno anch'esse, al pari dei datori di lavoro privati, l'esigenza di sapere in tempi ragionevoli quale è l'esito di una controversia relativa al licenziamento di un dipendente»⁷⁵².

A ben guardare, l'esigenza di garantire una maggior celerità del processo del lavoro era e rimane ancora più pressante, allorché si ritenga che i rapporti di lavoro privatizzati alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche siano rimasti estranei al campo di applicazione del nuovo art. 18 st. lav. In questo caso, infatti, continuando a restare in vigore la precedente formulazione di tale norma, ci si trova in presenza di «controversie a importo crescente»⁷⁵³, a prescindere dalle conseguenze del vizio da cui il licenziamento sia affetto (nullità, annullabilità o inefficacia). La dilatazione della durata del processo si ripercuote cioè sull'entità dell'indennità risarcitoria, parametrata sulle retribuzioni nel frattempo perdute, che il datore di lavoro sarà in ogni caso tenuto a corrispondere in caso di accertata illegittimità del licenziamento.

La questione dell'immediata applicabilità del nuovo rito anche alle controversie in materia di impugnazione di licenziamento in cui sia parte una pubblica amministrazione si pone peraltro in termini sensibilmente diversi rispetto all'analogica vicenda, relativa alla nuova versione dell'art. 18 st. lav. Com'è stato riconosciuto anche dalla giurisprudenza favorevole a tale estensione, «a stretto rigore l'art. 1, commi 48 e ss. l. n. 92/2012, non oper[a] una novellazione di norme preesistenti, ma introduc[e] un *aliquid novi*, creando un nuovo rito speciale»⁷⁵⁴. In effetti, la disciplina processuale in questione è indubbiamente estranea e comunque non riconducibile allo statuto dei lavoratori. Non è quindi possibile far leva su una locuzione analoga a quella «e successive modificazioni ed integrazioni» – contenuta nell'art. 51, comma 2, del d. lgs. n. 165/2001 e riferita alla l. n. 300/1970, che come si è visto costituisce il principale appiglio per la tesi che ritiene immediatamente applicabile l'art. 18 st. lav. anche al lavoro pubblico privatizzato –, al fine di sostenere l'estensione del nuovo rito al settore pubblico. Tanto meno si può ritenere che l'art. 1, comma 47, della l. n. 92/2012 configuri un'espressa previsione di applicabilità della disciplina processuale al lavoro pubblico, ai sensi dell'art. 1, comma 7, della medesima legge⁷⁵⁵.

⁷⁵² P. Curzio, *Il nuovo rito per i licenziamenti*, in P. Chieco (a cura di), *Flessibilità e tutele nel lavoro*, cit., 411 s.; per considerazioni analoghe si v. Trib. Bari, ord. 14.1.2013, cit., 413.

⁷⁵³ L'espressione è di A. Vallebona, *Una buona svolta del diritto del lavoro: il "collegato" 2010*, in MGL, 2010, 213; *Id*, *Il Collegato lavoro: un bilancio tecnico*, ivi, 904, ed è stata ripresa, tra gli altri, da M. Pedrazzoli, *Licenziamenti in comparazione. La «flessibilità in uscita» nei paesi europei e la recente riforma italiana*, in M. Pedrazzoli (a cura di), *Le discipline dei licenziamenti in Europa. Ricognizioni e confronti*, in corso di pubblicazione, § 15.

⁷⁵⁴ Trib. Bari, ord. 14.1.2013, cit., 413.

⁷⁵⁵ Per tale opinione si v., invece, M. Gerardo, A. Mutarelli, *Il licenziamento nel pubblico impiego dopo la Riforma Fornero (ovvero il cubo di Rubik)*, cit., 200.

Le argomentazioni di quanti pervengono ad una conclusione positiva in relazione all'immediata applicabilità del c.d. rito Fornero anche ai rapporti di lavoro pubblico privatizzati risultano pertanto ancora più fragili, dal punto di vista testuale, di quelle utilizzate per raggiungere il medesimo scopo con riferimento al rinnovato art. 18 st. lav. Si spiega così come qualche commentatore, pur ritenendo applicabile anche al settore pubblico privatizzato la nuova versione della norma statutaria ora richiamata, sia arrivato alla conclusione opposta per quanto riguarda il rito speciale. Sul punto si è osservato che l'esclusione di carattere generale di cui all'art. 1, comma 7, della l. n. 92/2012 è «sufficiente a giustificare l'inapplicabilità dell'istituto in questione ..., perché qui il legislatore non interviene direttamente sulla norma, bensì *aggiunge* un elemento "esterno" ad essa (in questo caso un rito speciale), che la completa e che riguarda la sua concreta attuazione»⁷⁵⁶.

Oltre che facendo leva sull'applicabilità dell'art. 18 st. lav.⁷⁵⁷ o sulla coerenza con le opzioni di fondo della riforma processuale⁷⁵⁸, la possibilità di immediato ricorso al c.d. rito Fornero anche nel settore pubblico è stata sostenuta con ulteriori argomentazioni di ordine sia letterale che sistematico.

Dal primo punto di vista è stata proposta un'interpretazione dell'art. 1, comma 7, della l. n. 92/2012, volta a circoscrivere la prevista armonizzazione alle sole norme che hanno ad oggetto «la disciplina sostanziale del rapporto di lavoro». La previsione «per la regolazione dei rapporti di lavoro», contenuta nel predetto comma, è stata dunque restrittivamente intesa, al fine di escludere dal suo ambito la disciplina processuale, e fatta prevalere sul più ampio richiamo alle «disposizioni della presente legge», con cui il medesimo comma 7 esordisce⁷⁵⁹. Una siffatta opinione forza però eccessivamente la lettera di questa disposizione. Come si è già avuto modo di rilevare, infatti, il predetto comma 7 dell'art. 1 della l. n. 92/2012 stabilisce che (tutte) «le disposizioni della presente legge ... costituiscono principi e criteri per la regolazione dei rapporti di lavoro dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni» ed il successivo comma 8 prevede l'attività di

⁷⁵⁶ A. Tampieri, *La legge n. 92/2012 e il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, cit., 34 s.; in posizione adesiva si v. G. Gentile, *I dipendenti delle pubbliche amministrazioni*, cit., 228 s. Per l'ipotesi contraria, ovvero dell'immediata applicabilità ai rapporti di lavoro pubblico contrattualizzati del rito speciale, ma non della nuova versione dell'art. 18 st. lav., si v. P. Sordi, *L'ambito di applicazione del nuovo rito per l'impugnazione dei licenziamenti e disciplina della fase di tutela urgente*, cit., 9 s.; M. Leone, A. Torrice, *Il procedimento per la impugnativa dei licenziamenti: il legislatore strabico*, in F. Amato, R. Sanlorenzo, *La legge n. 92 del 2012 (Riforma Fornero): un'analisi ragionata*, in

http://www.magistraturademocratica.it/mdem/qg/doc/Commentario_riforma_Fornero_%28legge_92_2012%29.pdf, 201; F.M. Giorgi, *Il nuovo processo per l'impugnazione dei licenziamenti*, cit., 318 s.; M. Gerardo, A. Mutarelli, *Il licenziamento nel pubblico impiego dopo la Riforma Fornero (ovvero il cubo di Rubik)*, cit., 196 ss.; Trib. Roma 23.1.2013, cit., 1255.

⁷⁵⁷ In dottrina cfr. P. Curzio, *Il nuovo rito per i licenziamenti*, cit., 411; D. Dalfino, *Il nuovo procedimento in materia di impugnativa del licenziamento (nella l. 28 giugno 2012, n. 92)*, in *Il giusto proc. civ.*, 2012, 772 e n. 21; A. Boscati, *La difficile convivenza tra il nuovo articolo 18 e il lavoro pubblico*, cit., 1012 s.; C. Musella, *Il rito speciale in materia di licenziamento*, in M. Cinelli, G. Ferraro, O. Mazzotta (a cura di), *Il nuovo mercato del lavoro dalla riforma Fornero alla legge di stabilità 2013*, cit., 359. Per la giurisprudenza si v. Trib. Perugia, ord. 9.11.2012, cit., 1119 s., confermata da Trib. Perugia, ord. collegiale 15.1.2013, cit., 1124 ss.; Trib. Terni, ord. 10/14.12.2012, cit.; Trib. Bari, ord. 14.1.2013, cit., 413 s.; Trib. Ancona, ord. 31.1.2013, cit.

⁷⁵⁸ P. Curzio, *Il nuovo rito per i licenziamenti*, cit., 411 s.

⁷⁵⁹ In tal senso si v. P. Sordi, *L'ambito di applicazione del nuovo rito per l'impugnazione dei licenziamenti e disciplina della fase di tutela urgente*, cit., 9; in posizione adesiva si v. A. Boscati, *La difficile convivenza tra il nuovo articolo 18 e il lavoro pubblico*, cit., 1013; F. Miani Canevari, *Brevi osservazioni sugli aspetti processuali della riforma dell'art. 18 St. Lav.*, in *ADL*, 2013, 552; F.M. Giorgi, *Il nuovo processo per l'impugnazione dei licenziamenti*, cit., 318. Trib. Catanzaro 28.2.2013, in *GC*, 2013, I, 1255; Trib. Trento 13.3.2013, *ivi*, 1254. L'applicabilità del rito speciale è stata affermata anche da Trib. Siracusa 13.11.2012, segnalata da C. Romeo, *Le controversie nella Legge Fornero tra specialità e ambito di competenza*, cit., 239.

armonizzazione proprio «al fine dell'applicazione del comma 7». Neppure la distinzione tra la disciplina sostanziale e quella processuale trova pertanto fondamento: sia l'una che l'altra, in realtà, concorrono ad approntare «la regolazione dei rapporti di lavoro dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni».

Nella consapevolezza dell'opinabilità di questa lettura dell'art. 1, comma 7, della l. n. 92/2012, i sostenitori dell'immediata applicabilità anche al settore pubblico del rito speciale hanno ulteriormente osservato, dal punto di vista sistematico, che «rispetto alla disciplina processuale dettata dai successivi commi 47-69, non sembra concepibile riconoscere uno spazio di intervento al Ministro per la pubblica amministrazione per interventi di "armonizzazione"»; vi sarebbe cioè una «incompatibilità "ontologica"» rispetto alla disciplina transitoria di cui all'art. 1, commi 7 e 8, della «normativa di natura processualciviltistica, per sua natura tendenzialmente uniforme per tutte le controversie aventi ad oggetto rapporti contrattuali della stessa natura»⁷⁶⁰. Altri, pur non condividendo tale argomento⁷⁶¹, perviene alla medesima conclusione dell'immediata applicabilità del c.d. rito Fornero, richiamando «ovvie esigenze di coordinamento e corrispondenza tra lavoro pubblico e privato (ormai realtà ineliminabile del nostro sistema), nonché di semplificazione dei possibili problemi applicativi che potrebbero conseguire alla parcellizzazione (solo al rapporto privato, non a quello pubblico) della nuova disciplina»⁷⁶².

Si tratta, in entrambi i casi, di considerazioni che, pur condivisibili nel merito, non possono sovrapporsi, per sostituirla, alla *voluntas legis*, desumibile ancora una volta dall'art. 1, commi 7 e 8, della l. n. 92/2012, di escludere allo stato il lavoro pubblico privatizzato dal campo di applicazione anche delle nuove norme processuali⁷⁶³. Questa scelta di fondo del legislatore rende vano, per quanto qui interessa, pure il ricorso all'ulteriore argomento, per cui «il presupposto per l'applicazione del nuovo rito è la richiesta da parte del dipendente dell'applicabilità di una delle forme di tutela contemplate dall'art. 18 dello Statuto dei lavoratori. Non vi è differenza tra vecchio e nuovo articolo 18: ciò che rileva è che si applichi un articolo 18»⁷⁶⁴.

⁷⁶⁰ In tal senso si v. P. Sordi, *L'ambito di applicazione del nuovo rito per l'impugnazione dei licenziamenti e disciplina della fase di tutela urgente*, cit., 9; l'argomentazione così prosegue: «altrimenti detto: mentre è comprensibile che il recesso della pubblica amministrazione sia regolato da norme diverse da quelle che disciplinano l'analogo atto dei datori di lavoro privati, non altrettanto può dirsi a proposito della disciplina processuale delle controversie aventi ad oggetto l'impugnazione dei licenziamenti». In posizione adesiva si v. A. Boscati, *La difficile convivenza tra il nuovo articolo 18 e il lavoro pubblico*, cit., 1013; F. Miani Canevari, *Brevi osservazioni sugli aspetti processuali della riforma dell'art. 18 St. Lav.*, cit., 552; M. Gerardo, A. Mutarelli, *Il licenziamento nel pubblico impiego dopo la Riforma Fornero (ovvero il cubo di Rubik)*, cit., 200 s. In giurisprudenza, nello stesso senso, si v. Trib. Bari, ord. 14.1.2013, cit., 414; Trib. Catanzaro 28.2.2013, cit., 1255; Trib. Trento 13.3.2013, cit., 1254.

⁷⁶¹ Secondo R. Tiscini, *Il procedimento per l'impugnativa dei licenziamenti in regime di tutela reale: profili processuali*, in F.P. Luiso, R. Tiscini, A. Vallebona, *La nuova disciplina sostanziale e processuale dei licenziamenti*, cit., 92, questo argomento «non convince. Da anni si assiste alla promozione di un sistema equilibrato e sostanzialmente equivalente tra la disciplina (oltre che sostanziale, pure processuale) del rapporto di lavoro».

⁷⁶² R. Tiscini, *Il procedimento per l'impugnativa dei licenziamenti in regime di tutela reale: profili processuali*, cit., 91.

⁷⁶³ Tra quanti hanno escluso l'immediata applicabilità al lavoro pubblico contrattualizzato anche del rito speciale, si v. F. Carinci, *Ripensando il "nuovo" articolo 18 dello Statuto dei lavoratori*, cit., 473 s.; C. Romeo, *La legge "Fornero" e il rapporto di pubblico impiego*, cit., 720 s.; Id., *Le controversie nella Legge Fornero tra specialità e ambito di competenza*, cit., 238 ss.; M. De Cristofaro, G. Gioia, *Il nuovo rito dei licenziamenti: l'anelito alla celerità per una tutela sostanziale dimidiata*, in C. Cester (a cura di), *I licenziamenti dopo la legge n. 92 del 2012*, cit., 382, n. 10; G. Vidiri, *Il nuovo rito sui licenziamenti: una normativa di difficile lettura*, in RIDL, 2013, I, 44 ss.; in giurisprudenza si v. Trib. Monza, ord. 28.2.2013, cit., arg. ex art. 1, commi 7 e 8, della l. n. 92/2012.

⁷⁶⁴ A. Boscati, *La difficile convivenza tra il nuovo articolo 18 e il lavoro pubblico*, cit., 1012 e s.; nello stesso senso si v. anche M. Leone, A. Torrice, *Il procedimento per la impugnativa dei licenziamenti: il legislatore strabico*, cit., 201; F.M. Giorgi, *Il nuovo processo per*

Anche per il quesito dell'immediata applicabilità ai rapporti di lavoro pubblico privatizzati del rito speciale è quindi preferibile una risposta negativa.

6. Considerazioni finali.

Come si è già avuto modo di riconoscere (v. *retro* § 3), l'adesione alla teoria che nega l'immediata applicabilità del novellato art. 18 st. lav. al pubblico impiego privatizzato nasce dalla convinzione che, sulla scorta dei dati normativi di riferimento (art. 1, commi 7 e 8, l. n. 92/2012), questa sia la «unica e sola via percorribile»⁷⁶⁵. Tralasciando in questa sede di valutare l'opportunità o meno dell'esclusione dalla c.d. riforma Monti-Fornero dei rapporti di lavoro privatizzati alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche, ci si può avviare alla conclusione di queste riflessioni, svolgendo alcune considerazioni sull'incertezza interpretativa – e forse è proprio questo l'unico dato incontrovertibile – che caratterizza la materia.

Quello introdotto dai commi 7 e 8 dell'art. 1 della l. n. 92/2012 sarà anche un «piccolo capolavoro di italica furbizia»⁷⁶⁶. Tuttavia, se valutato per l'apporto in termini di (in)certezza del diritto che ha fornito, rappresenta la fonte di ulteriori problemi interpretativi, che si aggiungono a quelli generati dal rinnovato art. 18 st. lav. e che comunque un legislatore più accorto avrebbe potuto e dovuto evitare. La nuova versione di questa norma statutaria, che è già di per sé complessa, contorta e complicata⁷⁶⁷, è in effetti diventata, come si è avuto modo di verificare, anche l'oggetto della disputa circa la sua immediata applicabilità al lavoro pubblico privatizzato.

Se, dunque, la l. n. 92/2012 ha realizzato «una riforma che, invece di sistemare, complica e frammenta il preesistente quadro normativo, ampliando notevolmente il ruolo del giudice nell'interpretare ed applicare le nuove regole sui licenziamenti»⁷⁶⁸, le divergenti interpretazioni sulla più specifica questione qui esaminata dimostrano che, quale che sia la soluzione che si ritenga di

l'impugnazione dei licenziamenti, cit., 318 s.; M. De Luca, *Riforma della tutela reale contro il licenziamento illegittimo e rapporto di lavoro privatizzato alle dipendenze di amministrazioni pubbliche: problemi e prospettive di coordinamento*, cit., 12 s.; M. Gerardo, A. Mutarelli, *Il licenziamento nel pubblico impiego dopo la Riforma Fornero (ovvero il cubo di Rubik)*, cit., 199 s.; Trib. Perugia, ord. collegiale 15.1.2013, cit., 1125 ss.

⁷⁶⁵ L'espressione è di C. Romeo, *La legge "Fornero" e il rapporto di pubblico impiego*, cit., 723.

⁷⁶⁶ F. Carinci, *Complimenti, dottor Frankenstein: il disegno di legge governativo in materia di riforma del mercato del lavoro*, cit., 535.

⁷⁶⁷ Per questo giudizio e per le numerose incertezze interpretative determinate dalla nuova formulazione dell'art. 18 st. lav. si v., per tutti, F. Carinci, *Complimenti, dottor Frankenstein: il disegno di legge governativo in materia di riforma del mercato del lavoro*, cit., 530 s e 533; L. Zoppoli, *Il nuovo art. 18, profili sostanziali e processuali*, in *Id.*, *Flex/insecurity. La riforma Fornero (l. 28 giugno 2012, n. 92) prima, durante e dopo*, cit., 82, secondo il quale la nuova versione dell'art. 18 st. lav. difetta, ancor più della precedente, di «rigore, coerenza, sistematicità, chiarezza, semplicità applicativa e linearità interpretativa»; V. Speciale, *La riforma del licenziamento individuale tra diritto ed economia*, in *RIDL*, 2012, I, 523 s. e 537; P. Ichino, *La riforma dei licenziamenti e i diritti fondamentali dei lavoratori*, in L. Nogler, L. Corazza (a cura di), in *Risistemare il diritto del lavoro. Liber amicorum Marcello Pedrazzoli*, Franco Angeli, Milano, 2012, 800 s.; M.T. Carinci, *Il rapporto di lavoro al tempo della crisi: modelli europei e flexicurity "all'italiana" a confronto*, in *DLRI*, 2012, 549; C. Cester, *Il progetto di riforma della disciplina dei licenziamenti: prime riflessioni*, cit., 548; *Id.*, *La riforma della disciplina dei licenziamenti: principi generali e tecniche normative*, cit., 6; A. Perulli, *Fatto e valutazione giuridica del fatto nella nuova disciplina dell'art. 18 st. lav. Ratio ed aporie dei concetti normativi*, in *ADL*, 2012, 790 ss.; F. Carinci, M. Miscione, *La "Riforma Fornero" (L. n. 92/2012)*, *ivi*, 807; A. Palladini, *La nuova disciplina in tema di licenziamenti*, in *RIDL*, 2012, I, 655 e 660; M. Pedrazzoli, *Licenziamenti in comparazione. La «flessibilità in uscita» nei paesi europei e la recente riforma italiana*, cit., § 16.

⁷⁶⁸ L. Zoppoli, *Il nuovo art. 18, profili sostanziali e processuali*, cit., 128 s.

preferire, anche i commi 7 e 8 dell'art. 1 di tale legge hanno accresciuto le difficoltà applicative e, quindi, la discrezionalità giudiziaria⁷⁶⁹.

Dal contrastato panorama, che si è cercato di ricostruire nelle pagine precedenti, emerge allo stato un significativo scollamento tra la dottrina maggioritaria, da un lato, e la giurisprudenza dominante, dall'altro. La prima, infatti, pur senza risparmiare critiche alla scelta del legislatore di escludere dalla riforma i rapporti di lavoro pubblico privatizzati, rimane fedele al testo dell'art. 1, commi 7 e 8, della l. n. 92/2012 e non è disposta a riconoscere, in assenza di interventi di armonizzazione, l'immediata applicabilità delle nuove previsioni anche in tale ambito. La seconda appare invece incurante delle resistenze politico-sindacali che hanno impedito un'immediata estensione della riforma ai rapporti di lavoro privatizzati alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche e decisa, al contrario, ad imboccare la strada dell'applicazione diretta ed immediata anche a tali rapporti delle nuove norme, sostanziali e processuali, in materia di licenziamento. In questo loro procedere i giudici non si sono attardati neppure sulle difficoltà applicative del rinnovato art. 18 st. lav., che, secondo una parte della dottrina, derivano dall'incompatibilità del peculiare regime in materia di licenziamento, dettato per il settore pubblico dal d. lgs. n. 165/2001, con la nuova disposizione statutaria, costruita a misura del lavoro privato⁷⁷⁰.

L'atteggiamento dei giudici trova certamente una giustificazione "fattuale" anche nel trascinarsi della questione dell'estensione della c.d. riforma Monti-Fornero al lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni. L'impatto della l. n. 92/2012 in questo settore è stato valutato, al momento della sua entrata in vigore, nei termini di «una totale incertezza su quel che potrà accadere nell'immediato futuro»⁷⁷¹. Come si è già anticipato, la situazione non ha registrato sostanziali mutamenti ed il processo di armonizzazione annunciato dal comma 8 dell'art. 1 della l. n. 92/2012 non si è ancora realizzato. Anche il protocollo di intesa sul lavoro pubblico dell'11.5.2012,

⁷⁶⁹ L'aggravamento dell'incertezza e soprattutto dell'imprevedibilità dell'esito delle cause in materia di licenziamento, determinate dalla l. n. 92/2012, è stata ben presto evidenziata, tra gli altri, da S. Magrini, *Quer pasticciaccio brutto (dell'art. 18)*, in ADL, 2012, 537; V. Speciale, *La riforma del licenziamento individuale tra diritto ed economia*, cit., 537 s.; G. Vidiri, *La riforma Foriero: la (in)certezza del diritto e le tutele differenziate del licenziamento illegittimo*, in RIDL, 2012, I, 620 ss.; P. Tosi, *L'improbabile equilibrio tra rigidità "in entrata" e flessibilità "in uscita" nella legge n. 92/2012 di riforma del mercato del lavoro*, in ADL, 2012, 835 s.; A. Palladini, *La nuova disciplina in tema di licenziamenti*, cit., 655.

⁷⁷⁰ Sul punto si v., in particolare, F. Carinci, *Art. 18 st. lav. per il pubblico impiego privatizzato cercasi disperatamente*, cit., 1139, secondo il quale, ad esempio, la violazione della procedura disciplinare determinerebbe, ex art. 55, comma 1, del d. lgs. n. 165/2001, una nullità radicale ed insanabile e non già una mera inefficacia, sanzionabile con l'indennità risarcitoria ex art. 18, comma 6, st. lav.; v. anche Id., *Ripensando il "nuovo" articolo 18 dello Statuto dei lavoratori*, cit., 474 ss. Su posizioni analoghe si v. A. Boscati, *La difficile convivenza tra il nuovo articolo 18 e il lavoro pubblico*, cit., 1006; M. De Luca, *Riforma della tutela reale contro il licenziamento illegittimo e rapporto di lavoro privatizzato alle dipendenze di amministrazioni pubbliche: problemi e prospettive di coordinamento*, cit., 4 ss. La giurisprudenza si è espressa in senso contrario, condannando il datore di lavoro alla sola indennità risarcitoria, prevista dalla nuova versione dell'art. 18, comma 6, st. lav., nelle ipotesi di violazione del termine per l'apertura del procedimento disciplinare a causa del ritardo del responsabile della struttura nella trasmissione degli atti all'ufficio competente per i procedimenti disciplinari (Trib. Ancona, ord. 31.1.2013, cit.), di tardività della contestazione disciplinare (Trib. S. Maria Capua Vetere, ord. 2.4.2013, cit., 1253) e di violazione del termine per la conclusione del procedimento disciplinare (Trib. Perugia, ord. collegiale 15.1.2013, cit., 1128 s.). In dottrina, per analoghe conclusioni, si v. L. Cavallaro, *L'art. 18 st. lav. e il pubblico impiego: breve (per ora) storia di un equivoco*, cit., 1026 ss.; Id., *Pubblico impiego e (nuovo) art. 18 St. lav.: "difficile convivenza" o coesistenza pacifica?*, cit., 10 ss.

⁷⁷¹ U. Buratti, M. Tiraboschi, *L'incerto impatto della riforma sul lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, in M. Magnani, M. Tiraboschi (a cura di), *La nuova riforma del lavoro*, cit., 65 s.

sottoscritto tra Governo, regioni, province, comuni e organizzazioni sindacali⁷⁷², che doveva costituire «la base per un più ampio disegno riformatore del lavoro pubblico», è stato accantonato⁷⁷³ – o quantomeno la sua applicazione è stata lasciata in secondo piano⁷⁷⁴ – e comunque attuato solo parzialmente⁷⁷⁵. Nel frattempo sono stati emanati provvedimenti aventi un'impostazione autonoma rispetto alla l. n. 92/2012⁷⁷⁶, finalizzati alla riduzione delle dotazioni organiche ed alla gestione delle eccedenze del personale (art. 2 del d.l. 6.7.2012, n. 95, convertito con modificazioni nella l. 7.8.2012, n. 135: c.d. *spending review*) ed alla prevenzione e repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione (l. 6.11.2012, n. 190: c.d. legge anticorruzione⁷⁷⁷). «Nelle more dell'attuazione dell'articolo 1, comma 8, della legge 28 giugno 2012, n. 92», il legislatore ha altresì concesso in via transitoria agli accordi collettivi decentrati la possibilità di prorogare i contratti di lavoro a tempo determinato, che superano il limite dei trentasei mesi previsto dall'art. 5, comma 4-bis, del d. lgs. n. 268/2001 (art. 1, comma 400, l. 24.12.2012, n. 228, c.d. legge di stabilità 2013, modificato dall'art. 4, comma 4, del d.l. 21.5.2013, n. 54, convertito, con modificazioni, dalla l. 18.7.2013, n. 85)⁷⁷⁸. Pure le disposizioni relative al lavoro nelle pubbliche amministrazioni, inizialmente contenute nel d.l. 28.6.2013, n. 76, convertito nella l. 9.8.2013, n. 99 e recante tra l'altro «primi interventi urgenti per la promozione dell'occupazione, in particolare giovanile», sono state stralciate dal testo pubblicato nella Gazzetta Ufficiale e l'emanazione di un provvedimento *ad hoc* per il comparto pubblico è stata rinviata all'indomani di un successivo confronto con organizzazioni sindacali, Regioni ed enti locali⁷⁷⁹. Da ultimo, il d.l. 31.8.2013, n. 101, contenente «disposizioni urgenti per il perseguimento di obiettivi di razionalizzazione nelle pubbliche amministrazioni», si è limitato, per quanto qui maggiormente interessa, ad introdurre ulteriori restrizioni all'uso del lavoro flessibile e ad intervenire sulla disciplina in tema di accesso alle pubbliche amministrazioni.

⁷⁷² Il testo dell'intesa è consultabile in http://www.funzionepubblica.gov.it/media/974771/testo_accordo.pdf. Nel paragrafo relativo alle «Nuove regole riguardanti il mercato del lavoro» si prevede che l'intervento normativo dovrà, tra l'altro, «riordinare la disciplina dei licenziamenti per motivi disciplinari fermo restando le competenze attribuite alla contrattazione collettiva nazionale».

⁷⁷³ In tal senso, ancora, U. Buratti, M. Tiraboschi, *L'incerto impatto della riforma sul lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, cit., 66.

⁷⁷⁴ Così U. Buratti, *Proposte per un lavoro pubblico non burocratico*, ADAPT Labour Studies E-Book Series, n. 11, 2013, 35, in www.bollettinoadapt.it.

⁷⁷⁵ In tal senso si v. M. Tiraboschi, *Presentazione*, in U. Buratti, *Proposte per un lavoro pubblico non burocratico*, cit., X. Per un bilancio, a distanza di un anno dalla sottoscrizione di tale protocollo, di quanto è stato realizzato e di quanto è invece rimasto sulla carta si v. U. Buratti, *A un anno dall'intesa sul lavoro pubblico*, in *Bollettino ordinario ADAPT*, 13 maggio 2013, n. 18, in www.bollettinoadapt.it.

⁷⁷⁶ In tal senso si v. G. Gentile, *I dipendenti delle pubbliche amministrazioni*, cit., 223.

⁷⁷⁷ Si v. anche il d. lgs. 14.3.2013, n. 33, «Riordino della disciplina riguardante gli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni da parte delle pubbliche amministrazioni», ed il d. lgs. n. 8.4.2013, n. 39, «Disposizioni in materia di inconfiribilità e incompatibilità di incarichi presso le pubbliche amministrazioni e presso gli enti privati in controllo pubblico, a norma dell'articolo 1, commi 49 e 50, della legge 6 novembre 2012, n. 190».

⁷⁷⁸ Nel senso che questa previsione confermerebbe la non immediata applicabilità delle disposizioni della l. n. 92/2012 ai rapporti di lavoro privatizzati alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni si v. F. Carinci, *Ripensando il "nuovo" articolo 18 dello Statuto dei lavoratori*, cit., 473; C. Spinelli, *Le nuove regole del mercato del lavoro e la loro (in)applicabilità alle pubbliche amministrazioni*, cit., 842.

⁷⁷⁹ Sul punto si v. U. Buratti, *Lavoro pubblico, cronaca di una (nuova) riforma per ora solo annunciata*, in M. Tiraboschi (a cura di), *Interventi urgenti per la promozione dell'occupazione, in particolare giovanile, e della coesione sociale. Primo commento al decreto legge 28 giugno 2013, n. 76*, ADAPT Labour Studies E-Book Series, n. 10, 2013, 452 ss., in www.bollettinoadapt.it; V. Picarelli, G. Tolve, *Valutazione sintetica delle parti stralciate al d.l. n. 76/2013*, ivi, 435 ss.; M. Tiraboschi, *Presentazione*, cit., X s.

Tornando alle opposte opinioni, espresse dalla maggioranza della dottrina e dalla prevalente giurisprudenza in relazione all'immediata applicabilità del nuovo art. 18 st. lav. al lavoro pubblico privatizzato, è indubbio che esse condividano la censura per la soluzione adottata dal legislatore del 2012. La divaricazione nasce allorché la prima ritiene di non poter forzare il dato normativo, al punto da giungere alla soluzione contraria, da essa preferita, mentre la seconda è convinta di poter percorrere itinerari ermeneutici, idonei a consentire di pervenire a tale risultato. Si tratta tuttavia di una diversità di vedute, che mette in luce una frattura piuttosto netta tra le due "categorie" di interpreti. In particolare, la giurisprudenza prevalente non ha finora condiviso la portata, così come delineata dalla dottrina maggioritaria, del rinvio allo statuto dei lavoratori contenuto nell'art. 51, comma 2, del d. lgs. n. 165/2001. Se poi fosse vero che le prime decisioni giudiziarie sono state ispirate da alcuni interventi di magistrati ad incontri di studio, che si sono svolti nei mesi immediatamente successivi all'entrata in vigore della l. n. 92/2012⁷⁸⁰, il dialogo tra la dottrina e la giurisprudenza non sarebbe risultato in questo caso tra i più fecondi.

⁷⁸⁰ In tal senso si v. F. Carinci, *Ripensando il "nuovo" articolo 18 dello Statuto dei lavoratori*, cit., 468, nota 12, riferendosi agli interventi di L. Cavallaro, *La riforma cd. Fornero: questioni processuali*, Relazione all'incontro di studio organizzato dal C.S.M. sul tema "La tutela del lavoratore tra novità normative e revirements giurisprudenziali", Agrigento 21 settembre 2012, e di R. Rivero, *Indicazioni operative sul rito Fornero (con una divagazione minima finale)*, cit. Ad essi si possono aggiungere quelli di P. Sordi, *L'ambito di applicazione del nuovo rito per l'impugnazione dei licenziamenti e disciplina della fase di tutela urgente*, cit., e di P. Curzio, *Il nuovo rito per i licenziamenti*. I predetti ultimi tre saggi riproducono le rispettive Relazioni all'incontro di studio organizzato dal C.S.M. sul tema "La riforma del mercato del lavoro nella legge 28 giugno 2012 n. 92", Roma 29-31 ottobre 2012.

Le modifiche in tema di lavoro a termine nel “decreto lavoro”: alcune osservazioni in tema di “acausalità” e proroga del contratto*

Cristina Alessi

1. Premessa	239
2. Il contratto a termine “acausale”	240
2.1. Il contratto acausale tra termine e somministrazione	242
2.1.1 Il contratto acausale di cui alla lettera a) dell’art. 1, comma 1-bis, d. lgs. n. 368/2001: durata e proroga	243
2.1.2 Le ipotesi “speciali”: i contratti acausali tra rinvii alla contrattazione collettiva e <i>start-up</i> innovative	245

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 188/2013

1. Premessa

La prima impressione che si ha scorrendo il testo del d. lgs. n. 368/2001 è che il contratto a termine abbia rappresentato, nel corso di questi ultimi anni, una sorta di palestra nella quale esercitare prove di flessibilità più o meno mite⁷⁸¹, a seconda dell'ispirazione dei redattori delle modifiche⁷⁸². Il numero di interventi correttivi e modificativi intervenuti nel corso del tempo è considerevole; a questi si sono sovrapposte le pronunce della giurisprudenza, specie della Corte di giustizia europea, a cui si è guardato con grande attenzione, se non con apprensione, ricavandone indicazioni interpretative e linee guida di politica legislativa.

Il risultato è stato quello di confermare il ruolo del contratto a termine come emblema della flessibilità del lavoro, e del tipo di flessibilità di volta in volta adottata, sovraccaricandolo anche di aspettative salvifiche per la situazione del mercato del lavoro. Uno strumento, insomma, capace di venire incontro alle legittime esigenze delle imprese di incremento temporaneo della propria base occupazionale e, al tempo stesso, di favorire l'aumento del tasso di occupazione, specie giovanile. Se si guarda anche al recente accordo siglato dalle organizzazioni sindacali e datoriali per l'Expo 2015 e alle prime valutazioni che ne sono state date, ci si accorge che sull'utilizzo del lavoro temporaneo come volano per l'incremento dell'occupazione sono riposte molte speranze⁷⁸³.

Questa idea, però, deve fare i conti con il sempre maggiore utilizzo del contratto a tempo determinato ben oltre il primo ingresso nel mercato del lavoro, con le conseguenti ricadute sulla stabilità del lavoro. Si tratta di una constatazione che si avvia a diventare un luogo comune, tant'è che se si guarda alla rappresentazione che del contratto a termine si è data nella filmografia più recente, ci si accorge che esso viene percepito come un contratto che non offre prospettive di vita, che assoggetta il lavoratore al potere del datore di lavoro di rinnovare il contratto e via dicendo⁷⁸⁴.

Da questo punto di vista, la situazione del mercato del lavoro attuale ci mostra un quadro articolato, nel quale, grazie anche agli ultimi interventi legislativi, il contratto a termine gioca un ruolo importante, costituendo la modalità principale di assunzione dei lavoratori. Le statistiche dimostrano che circa il 70% delle prime assunzioni avvengono con contratto a termine, contro un risicato 2,6 % destinato alle assunzioni con contratto di apprendistato⁷⁸⁵. Numeri di questo tipo fanno pensare che la strategia volta a fare del contratto di apprendistato lo strumento "principe"

⁷⁸¹ Utilizzo qui l'espressione di B. Caruso, *Alla ricerca della "flessibilità mite": il terzo pilastro delle politiche del lavoro comunitarie*, in *Dir. Rel. Ind.*, 2000, p. 141 ss.

⁷⁸² Secondo L. Zappalà, *La tutela della persona nel lavoro a termine*, Torino, Giappichelli, 2012, p. 9 ss., il lavoro a termine costituisce "uno specchio del più generale dibattito sulla trasformazione e sulla presunta esigenza di "modernizzazione" del diritto del lavoro". Di "istituto senza pace" parla anche M. Altimari, *La legislazione del lavoro dal Governo tecnico alle "larghe intese"*, di prossima pubblicazione in *Riv. Giur. Lav.*

⁷⁸³ Il riferimento è all'accordo denominato "Protocollo Sito Espositivo Expo 2015", siglato in data 23 luglio 2015 tra CGIL, CISL e UIL e la società EXPO 2015.

⁷⁸⁴ In questo senso la rappresentazione più emblematica è quella del film "Generazione mille euro", di M. Venier (2008), ma un'impotenza simile si trova ne "L'intrepido" di G. Amelio (2013) e in "Tutta la vita davanti" di P. Virzì (2007)

⁷⁸⁵ Secondo i dati forniti dal Ministero del Lavoro, nel IV trimestre 2012 le nuove assunzioni hanno riguardato per il 66,7% contratti a tempo determinato, per il 17,5% contratti a tempo indeterminato e solo per il 2,6 % i contratti di apprendistato.

di ingresso nel mercato del lavoro dei giovani⁷⁸⁶ sia sostanzialmente fallita, e che la finalità formativa di quella tipologia contrattuale sia stata spesso, in realtà, svilita a favore di altri vantaggi collegati al contratto in parola, come la riduzione dei costi della manodopera. Ciò è tanto più vero se si guarda ai numeri, veramente irrisori, delle assunzioni attraverso l'apprendistato di alta formazione, che doveva costituire al tempo stesso un modo per accrescere le competenze professionali dei giovani ancora inseriti nei percorsi scolastici, anche universitari e per rendere l'impresa un luogo di alta formazione. Il progressivo allentamento dei vincoli posti alla stipulazione del contratto a termine ha spostato decisamente le convenienze delle imprese, da quelle economiche, ma subordinate all'assunzione di precisi obblighi di formazione, a quelle prevalentemente normative, collegate cioè alla facilità di assunzione dei lavoratori e ai minori rischi di stabilizzazione del rapporto di lavoro conseguenti alle modifiche legislative più recenti.

2. Il contratto a termine “acausale”

Fin dalla prima approvazione del d. lgs. n. 368/2001, la questione principale che ha agitato la dottrina ha riguardato il significato da attribuire alla previsione circa la necessaria sussistenza, ai fini della legittima stipulazione del contratto a termine, di ragioni “tecniche, organizzative, produttive o sostitutive”. Non si intende riprendere, in questa sede, le fila del dibattito. Quel che si può dire è che la giurisprudenza nazionale ha ben presto frenato i tentativi della dottrina che vedeva nella previsione dell'art. 1 del d. lgs. n. 368/2001 una precisa scelta del legislatore nella direzione di una perfetta alternatività tra contratto a termine e contratto a tempo indeterminato. A partire dalle prime pronunce in materia⁷⁸⁷, infatti, la giurisprudenza ha ricordato come detta previsione avesse al contrario confermato “il principio generale secondo cui il rapporto di lavoro subordinato è normalmente a tempo indeterminato, costituendo l'apposizione del termine un'ipotesi derogatoria” rispetto al contratto a tempo indeterminato⁷⁸⁸. Da queste affermazioni, sostenute nel tempo anche dalle diverse modifiche intervenute sulla formulazione dell'art. 1⁷⁸⁹, la giurisprudenza ha fatto discendere, da un lato, l'onere del datore di lavoro di specificare le ragioni tecniche, organizzative, produttive e sostitutive richieste dalla legge per la legittima apposizione

⁷⁸⁶ L'obiettivo di rendere l'apprendistato la modalità prevalente di ingresso nel mercato del lavoro dei giovani è scritta a chiare lettere nell'art. 1, comma 1, lett. b) della legge n. 92/2012, meglio nota come “riforma Fornero”. Sul punto si v. T. Treu, *Flessibilità e tutele nella riforma del lavoro*, WP CSDLE “Massimo D'Antona”.it, n. 155/2012, p. 27 ss.; L. Zappalà, *La tutela della persona nel lavoro a termine*, Torino, Giappichelli, 2012, spec. p. 116 ss.

⁷⁸⁷ La prima affermazione della Cassazione sulla natura derogatoria del contratto a termine rispetto alla regola della normale indeterminatezza del contratto di lavoro subordinato si trova in Cass. 21 maggio 2002, n. 7468, in *Foro It.*, 2002, I, c. 1956 ss., in una controversia alla quale era ancora applicabile la l. n. 230/1962.

⁷⁸⁸ Così (ma l'affermazione è ricorrente) Cass. 21 novembre 2011, n. 24479, in *D&G*, 2011, 30 novembre. Si v., da ultimo, Cass. 18 ottobre 2013, n. 23702, inedita, che ritiene che anche l'ipotesi di contratto “acausale” introdotto dalla l. n. 92/2012 sia eccezionale e debba essere, comunque, “verificabile”. Sul punto si tornerà più avanti.

⁷⁸⁹ Com'è noto, nel corpo dell'art. 1 del D. Lgs. n. 368/2001 è stato introdotto dalla l. n. 247/2007 il comma 01 che recitava “il contratto di lavoro subordinato è stipulato di regola a tempo indeterminato”. Successivamente, l. n. 92/2012 ha modificato detto comma, che oggi stabilisce che “il contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato costituisce la forma comune di rapporto di lavoro”. La nuova formulazione riproduce quella del preambolo dell'Accordo quadro allegato alla direttiva n. 99/70/CE. Sebbene in dottrina si sia sostenuto che la nuova previsione risulta più flessibile rispetto a quella precedente, non sembra che possa giustificare una diversa interpretazione del rapporto tra contratto di lavoro a termine e contratto a tempo indeterminato. Sul punto sia consentito il rinvio a C. Alessi, *Flessibilità del lavoro e potere organizzativo*, Torino, Giappichelli, 2012, p. 10 ss., anche per i richiami alla dottrina.

del termine e, dall'altro, la conversione in contratto di lavoro a tempo indeterminato nel caso di accertata assenza delle suddette ragioni⁷⁹⁰.

A questo punto, la discussione si è spostata su un diverso piano, concernente cioè la possibile introduzione di un primo contratto a termine "acausale", cioè senza nessuna restrizione in ordine alla presenza di una causale giustificativa per l'apposizione del termine. Il dibattito, cioè, ha riguardato il legame tra la direttiva 99/70/CE e le norme nazionali in materia di abusi. Secondo la lettura più liberale, il paragrafo 5 della direttiva in parola non impone affatto agli Stati membri l'obbligo di limitare il ricorso al primo contratto a termine⁷⁹¹; le sue previsioni più restrittive riguarderebbero, da questo punto di vista, esclusivamente la reiterazione dei contratti a tempo determinato. A questa posizione ha dato un decisivo appoggio la giurisprudenza della Corte di giustizia: alla sentenza *Mangold*⁷⁹², nota in realtà per ragioni molto diverse, nella quale incidentalmente la Corte aveva osservato che la previsione in materia di abusi riguardava esclusivamente il primo contratto, hanno fatto seguito numerose decisioni che hanno affermato a chiare lettere che l'accordo quadro "non obbliga gli Stati membri ad adottare una misura che imponga di giustificare ogni primo o unico contratto di lavoro a tempo determinato"⁷⁹³.

L'esito di questa interpretazione, per quanto riguarda il nostro ordinamento, è stato il primo intervento di liberalizzazione del lavoro a termine da parte del legislatore: la riforma Fornero ha introdotto la possibilità di assumere un lavoratore con un contratto a tempo determinato della durata massima di un anno senza necessità di specificare la causale giustificativa per l'apposizione del termine. Si tratta di una novità di incontestabile rilievo, dal momento che segna l'ingresso nel nostro ordinamento di un'ipotesi di assoluta irrilevanza della causale giustificativa. Non che non esistessero, in realtà, alcune ipotesi di apposizione del termine apparentemente svincolate da ragioni tecniche e organizzative: i casi più richiamati, in proposito, sono quelli delle poste e del trasporto aereo. In quelle ipotesi, tuttavia, come ha sottolineato molto bene la Cassazione, non si tratta propriamente di "acausalità", bensì di predeterminazione da parte del legislatore delle ipotesi di legittima apposizione del termine⁷⁹⁴, fondata "sulla valutazione – presuntiva ed *ex ante* – della sussistenza delle ragioni legittimanti"⁷⁹⁵. In altre parole, secondo un condivisibile orientamento giurisprudenziale, la garanzia dell'uso corretto del contratto a termine consiste in questi casi nella "concomitante osservanza del limite di durata massima del contratto e del limite della quota percentuale di lavoratori assunti"⁷⁹⁶. Lo stesso avviene anche oggi, come si vedrà, per i contratti stipulati dalle c.d. *start-up* innovative e per le ipotesi la cui individuazione è affidata ai contratti collettivi. In effetti, realmente "acausali" possono considerarsi solo i contratti

⁷⁹⁰ Si v., ad esempio, Trib. Lodi 28 ottobre 2011, IN *D&L*, 2011, p. 877 ss.

⁷⁹¹ È la posizione di A. Vallebona, secondo il quale la libertà di stipulazione del primo contratto si sarebbe potuta ricavare già dal d. lgs. n. 368/2001, nel testo precedente alla riforma Fornero. Si v. A. Vallebona, *La riforma del lavoro 2012*, Torino, Giappichelli, 2012, p. 17 ss.

⁷⁹² Corte giust. UE 22 novembre 2005, C-144/04, *Mangold*, in *Riv. giur. lav.*, 2006, II, p. 205 ss., con nota di L. CALAFÀ, e in *Riv. it. dir. lav.*, 2006, II, p. 250 ss., con nota di O. BONARDI

⁷⁹³ Corte giust. UE 11 novembre 2010, C-20/10, *Vino I*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2011, II, p. 860 ss., con nota di M. Borzaga; Corte giust. UE 23 aprile 2009, C-378/07, *Angelidaki*, in *Foro It.*, 2009, 11, 4, c. 496, con nota di A. M. Perrino.

⁷⁹⁴ Secondo la giurisprudenza, in quel caso il legislatore "si è limitato a operare una tipizzazione della ricorrenza di esigenze oggettive, secondo una valutazione di tipicità sociale": così Cass. 26 luglio 2012, n. 13221, in *Mass. Giust. Civ.*, 2012, 9, n. 1070; nello stesso senso Cass. 11 luglio 2012, n. 11659, in *Lav. Giur.*, 2012, p. 1109 ss.

⁷⁹⁵ In questo senso App. Milano 6 ottobre 2011, in *Lav. Giur.*, 2012, p. 97 ss.

⁷⁹⁶ Trib. Foggia 16 gennaio 2013, *Zu.Er.c. Poste Italiane*, reperibile nella banca dati "Leggi d'Italia".

riconducibili all'art. 1, comma 1-*bis*, lett. a) del d. lgs. n. 368/2001, come modificato dal d.l. n. 76/2013, e quelli che possono essere stipulati in ragione delle condizioni personali dei lavoratori, ad esempio i contratti a termine di cui all'art. 8 della l. n. 223/1991, per i quali non è richiesta alcuna causale giustificativa legata alle necessità organizzative dell'impresa.

Come si cercherà di sostenere nel prosieguo del lavoro, sono queste le uniche ipotesi di irrilevanza giuridica delle esigenze per le quali il contratto a termine viene stipulato. Si può ritenere, al contrario, che in tutti gli altri casi la legge assegni rilievo alla causale, sia pure tipizzata, adottata dal datore di lavoro.

2.1. Il contratto acausale tra termine e somministrazione

Le pronunce della Corte di giustizia prima richiamate hanno spianato la strada per l'introduzione, nel nostro ordinamento, di alcune ipotesi di contratti temporanei c.d. "acausali", contratti per i quali, cioè, il datore di lavoro non è tenuto a indicare e a provare l'esistenza di una causale giustificativa di carattere temporaneo. La previsione che ha immediatamente suscitato l'attenzione della dottrina è senza dubbio quella relativa alla possibile stipulazione di un primo contratto a termine acausale contenuta nella l. n. 92/2012, che ha inserito il comma 1-*bis* nell'art. 1 del d.lgs. n. 368/2001; nel medesimo solco si collocano anche le previsioni in materia di *start up* innovative, di cui all'art. 28 del d.l. n. 179/2012, convertito in l. 221/2012, che ampliano la possibilità di ricorso al contratto acausale per le imprese che presentano i requisiti previsti dal medesimo d.l. e in funzione dell'avvio dell'attività delle stesse⁷⁹⁷. Sul punto si tornerà più avanti; per ora si può osservare come questa previsione (insieme ad alcune altre) prefiguri, in realtà, un contratto a termine *causale*, proprio perché la stipulazione del contratto a termine è subordinata alla presenza delle condizioni indicate dalla legge.

L'intervento del legislatore, com'è noto, ha riguardato non solo il contratto a termine di cui al d. lgs. n. 368/2001, ma anche la somministrazione di lavoro a tempo determinato disciplinata dagli artt. 20 ss. del d. lgs. n. 276/2003. Con riguardo a quest'ultima fattispecie contrattuale, le modifiche alla disciplina originaria sul profilo della causale sono state inizialmente limitate alla somministrazione dei lavoratori in mobilità⁷⁹⁸, in seguito giustificate con il doveroso recepimento della direttiva 2008/104/CE⁷⁹⁹ e, successivamente, introdotte (sotto forma di piccoli aggiustamenti) dalla riforma Fornero⁸⁰⁰. Il carattere dirimente delle previsioni in materia di somministrazione, tuttavia, non pare essere stato adeguatamente colto, almeno fino all'introduzione del comma 1-*bis* all'art. 1 del d.lgs. n. 368/2001. Invero, in quella disciplina non era difficile intravedere le linee programmatiche dell'evoluzione della complessa materia dei contratti di natura temporanea.

⁷⁹⁷ Per una sintesi delle novità introdotte si v. N. Porelli, *Start-up: deroghe alla disciplina del contratto a tempo determinato e retribuzione dei lavoratori*, in *Bollettino Adapt*, 5 novembre 2012, n. 39; si v. inoltre C. Cordella, *Riforma Fornero e start up innovative, le modifiche targate 2012 in tema di contratto a tempo determinato: tra finalità economico-occupazionali e recepimento del diritto comunitario*, WP CSDLE "Massimo D'Antona".it, n. 171/2013.

⁷⁹⁸ L'irrilevanza della causale giustificativa per la somministrazione, tanto a termine quanto a tempo determinato, dei lavoratori in mobilità è stata prevista dall'art. 2, comma 142, della l. 23 dicembre 2009, n. 191 (l. finanziaria per il 2010)

⁷⁹⁹ Il recepimento della direttiva europea è avvenuto con il d. lgs. 2 marzo 2012, n. 24. Per un primo commento si veda I. Ambrosi, M. D'Auria, *Il lavoro tramite agenzia interinale*, in *Famiglia, Persone e successioni*, 2012, p. 397 ss.; per un'analisi approfondita delle nuove disposizioni si v. M.D. Ferrara, *Il lavoro tramite agenzia interinale nell'esperienza europea*, Padova, Amon, Padova, 2012.

⁸⁰⁰ Alla l. 28 giugno 2012, n. 92 si devono le modifiche relative alle causali per la somministrazione a tempo indeterminato e quella riguardante il primo contratto di somministrazione a termine.

2.1.1 Il contratto acausale di cui alla lettera a) dell'art. 1, comma 1-bis, d. lgs. n. 368/2001: durata e proroga

Cercando di mettere ordine nei tasselli di questo complesso mosaico, si può anzitutto partire dalla ricognizione dei casi in cui il contratto a termine e la somministrazione possono essere definiti "acausali" a pieno titolo. Si tratta delle ipotesi nelle quali la causale giustificativa è giuridicamente irrilevante ai fini della legittima apposizione del termine, di modo che il lavoratore non può contestarne l'assenza né la temporaneità per ottenere la conversione in contratto a tempo determinato.

La fattispecie principale è quella prevista dall'art. 1, comma 1-bis, lett. a), del d. lgs. n. 368/2001, a mente del quale il requisito causale non è richiesto "nell'ipotesi del primo rapporto a tempo determinato, di durata non superiore a 12 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". Il medesimo comma, alla lettera b), prevede inoltre che il requisito causale non sia richiesto "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", con ciò estendendo anche al contratto a termine quanto già previsto per la somministrazione a tempo determinato.

La prima previsione, com'è noto, è stata la più ampia concessione in tema di flessibilità del lavoro contenuta nella riforma Fornero. La possibilità di assumere a termine senza dover indicare (e provare) la sussistenza di una causale giustificativa di carattere temporaneo rende, almeno per la prima assunzione, del tutto fungibile il ricorso al contratto a termine o a quello a tempo indeterminato, eliminando il contenzioso sulla ricorrenza delle ragioni "tecniche organizzative produttive o sostitutive" di carattere temporaneo. Occorre ricordare, a tal proposito, che a partire dall'entrata in vigore del d. lgs. n. 368/2001, sia la dottrina che la giurisprudenza largamente maggioritarie si sono orientate nel senso di ritenere che il datore di lavoro, in caso di contestazione, debba provare non solo la sussistenza delle suddette ragioni, ma anche il carattere temporaneo delle stesse⁸⁰¹, e ciò tanto per il contratto a tempo determinato che per la somministrazione di lavoro⁸⁰². Su questi profili, peraltro, si è formato un contenzioso di notevoli proporzioni, anche a causa del massiccio (e spesso disinvolto) utilizzo di contratti a tempo determinato da parte di alcuni datori di lavoro, come Poste italiane. Da questo punto di vista, la previsione dell'irrilevanza della causale giustificativa ha certamente contribuito a incrementare il ricorso al contratto a

⁸⁰¹ In dottrina la prima formulazione di questa ipotesi interpretativa si deve a V. Speciale, *La nuova legge sul lavoro a termine*, in *Giornale dir. lav. e relazioni ind.*, 2001, p. 361 ss.; per la ricostruzione delle posizioni della dottrina e della giurisprudenza sul punto si rinvia, da ultimo a R. Voza, *Il contratto a tempo determinato*, in P. Chieco, a cura di, *Flessibilità e tutele nel lavoro. Commentario della legge 28 giugno 2012, n. 92*, Bari, Cacucci, 2012, p. 75 ss. e a C. Alessi, *Flessibilità...*, cit., spec. p. 62 ss.

⁸⁰² Sulla necessaria indicazione di ragioni oggettive di carattere temporaneo per il legittimo ricorso alla somministrazione a tempo determinato si v. Trib. Roma 15 gennaio 2013, in *Riv. Giur. Lav.*, 2013, II, p. 262 ss., con nota di S. Mattone; Trib. Firenze 14 febbraio 2012, in *D&L*, 2012, p. 452 ss., con nota di I. Romoli; Trib. Bergamo 27 ottobre 2011, in *Arg. Dir. Lav.*, 2012, p. 706 ss., con nota di F. Bacchini; Trib. Padova 4 febbraio 2011, in *Foro Pad.*, 2012, 1, I, p. 115, con nota di P. Cianfrocca. Nella giurisprudenza di legittimità Cass. 3 aprile 2013, n. 8120, in *Foro It.*, 2013, I, c. 1923 ss.; Cass. 8 maggio 2012, n. 6933, in *Mass. Giust. Civ.*, 2012, 5, p. 572 ss.

tempo determinato, che costituisce ormai, come si è detto, lo strumento principale di primo ingresso nel mercato del lavoro.

In queste ipotesi, il ricorso al contratto a termine è limitato non attraverso la richiesta di una ragione giustificativa, bensì attraverso la fissazione della durata massima del contratto. Si tratta di una delle modalità indicate dalla direttiva 99/70/CE per la definizione delle condizioni oggettive cui è subordinata l'apposizione del termine, condizioni che continuano a distinguere il contratto a tempo determinato da quello a tempo indeterminato, che resta, sempre secondo la direttiva, la forma comune dei rapporti di lavoro⁸⁰³. Ciò che si intende dire, insomma, è che anche il ricorso al primo contratto a termine è soggetto a vincoli e limitazioni in funzione della preferenza dell'ordinamento, nazionale ed europeo, per il contratto a tempo indeterminato. Gli strumenti repressivi degli abusi, invece, nell'ottica della direttiva europea, sono riservati ai contratti a termine successivi al primo. Questa osservazione ci porta direttamente al cuore della questione che si affronterà in queste pagine, cioè qual è il significato di "acausalità" adottato dal legislatore e se detto significato sia variabile in relazione alle diverse tipologie previste dall'art. 1, comma 1-bis, d.lgs. n. 368/2001 e dalle norme in materia di somministrazione e di *start-up* innovative.

Prima di esaminare le ipotesi previste dalla legge, è opportuno chiarire quale sia l'accezione di "acausalità" che si intende adottare ai fini della presente indagine. È di tutta evidenza, infatti, che con il termine "acausale", ormai divenuto di uso comune, non si indica tanto l'assenza della causale giustificativa del contratto a termine, bensì la sua irrilevanza ai fini della legittima apposizione del termine di durata al contratto di lavoro. Come si è osservato in altra sede, nelle ipotesi previste dalla legge il datore di lavoro non è tenuto a indicare la ragione tecnico-organizzativa per la quale il contratto è stipulato, né a provarla in caso di contestazione⁸⁰⁴. La controversia sulla legittima apposizione del termine, in queste ipotesi può riguardare unicamente la presenza delle condizioni previste dalla legge per l'irrilevanza della causale (il fatto cioè che si tratti del primo contratto, la sua durata etc.), condizioni cioè diverse dalle "ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo" di cui all'art. 1, comma 1, d. lgs. n. 368/2001 o all'art. 20, comma 4, del d.lgs. n. 276/2003, per ciò che attiene alla somministrazione a tempo determinato. Fino a questo punto, dunque, il percorso del legislatore è abbastanza chiaro. Le cose diventano più complesse quando le condizioni in presenza delle quali "il requisito di cui al comma 1 non è richiesto" sono in qualche misura riconducibili proprio alle ragioni oggettive sopra indicate. Sul punto si tornerà più avanti; per ora si può anticipare come in queste ipotesi l'indagine del giudice debba riguardare proprio la presenza delle suddette ragioni, nonostante la pretesa irrilevanza delle stesse.

Tornando all'ipotesi generale, quella cioè di cui all'art. 1, comma 1-bis, lett. a), del d. lgs. n. 368/2001, come si è visto l'unica limitazione prevista dalla legge per la sua stipulazione riguarda la durata, fissata nel periodo massimo di un anno. È bene chiarire immediatamente che detta limitazione temporale riguarda esclusivamente l'ipotesi prevista dalla lettera a), mentre per quelle previste dalla lettera b) l'eventuale fissazione di un periodo massimo di durata del contratto è affidata alla contrattazione collettiva, che può individuarlo anche in misura superiore all'anno. La conclusione si ricava, tra l'altro, dalla disciplina generale della proroga, che viene estesa, attraverso la cancellazione del comma 2-bis dell'art. 4, alle ipotesi di contratto a termine

⁸⁰³ Si v. il considerando 6 dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato allegato alla direttiva 99/70/CE.

⁸⁰⁴ Si rinvia nuovamente a C. Alessi, *Flessibilità...*, cit., p. 62 ss.

di cui alla lettera b), ma non a quelle di cui alla lettera a), che mantengono una disciplina specifica sul punto.

Secondo la versione originaria della l. n. 92/2012, infatti, il contratto a termine “acausale” non poteva essere prorogato, neppure qualora fosse stato stipulato per una durata inferiore all’anno. Su questo profilo è intervenuto di recente il d.l. n. 76/2013, convertito in legge n. 99/2013, con una modifica apparentemente di poco conto, ma che solleva alcune questioni interpretative. Si tratta della previsione di cui all’art. 7, comma 1, lett. b), che abroga il comma 2-*bis* dell’art. 4, d.lgs. n. 368/2001, che escludeva la possibilità di prorogare il contratto stipulato ai sensi dell’art. 1, comma 1-*bis*. La legge di conversione del decreto, molto opportunamente, specifica che la durata massima di 12 mesi è “comprensiva di eventuale proroga”. La sola cancellazione del comma 2-*bis* dell’art. 4 del d. lgs. n. 368/2001, infatti, avrebbe potuto far ritenere applicabile la disciplina generale della proroga, compresa la durata massima di tre anni del contratto prorogato. La conclusione è ora espressamente esclusa, ma avrebbe potuto ricavarsi comunque in via interpretativa, ponendo mente al fatto che, come si è detto, la durata limitata nel tempo funziona, nel caso di cui alla lettera a) dell’art. 1, comma 1-*bis*, d. lgs. n. 368/2001, come limite al ricorso al contratto a tempo determinato, in luogo della ragione oggettiva. In quest’ottica, la deroga rispetto al ricorso al contratto a tempo indeterminato, che continua a costituire la “forma comune” di rapporto di lavoro è giustificata non tanto dall’esistenza di una ragione tecnica, produttiva, organizzativa o sostitutiva, quanto dalla durata limitata nel tempo del contratto e alla possibilità di usufruirne per una sola volta (la prima) tra le medesime parti.

La questione più delicata, in questo caso, riguarda le condizioni di legittimità della proroga. Secondo l’art. 4, com’è noto, il contratto a termine può essere prorogato, con il consenso del lavoratore e in presenza di ragioni oggettive. Mentre, com’è ovvio, il requisito del consenso del lavoratore non pone alcun problema, maggiori perplessità solleva il richiamo di cui all’art. 4 alle “ragioni oggettive” che dovrebbero sussistere ai fini della legittimità della proroga e che non sono invece richieste ai fini della conclusione del contratto. Delle due l’una: o si ritiene che la proroga del contratto “acausale” segua regole proprie, distinte da quelle previste per la generalità dei contratti a termine, oppure si ritiene applicabile la disciplina di cui all’art. 4 sulla sussistenza di ragioni oggettive. Nel caso previsto dalla lett. a) del comma 1-*bis* sembra che la soluzione debba essere quella che valorizza la specificità del contratto acausale: così come nessuna ragione oggettiva è richiesta ai fini dell’apposizione del termine, nessuna giustificazione dovrà essere richiesta per la proroga, proprio perché vale come limite la durata massima di un anno.

2.1.2 Le ipotesi “speciali”: i contratti acausali tra rinvii alla contrattazione collettiva e *start-up* innovative

È ora il momento di analizzare le ulteriori ipotesi nelle quali, ai sensi della legge, non è richiesto il requisito di cui all’art. 1, comma 1, del d. lgs. n. 368/2001 né quello di cui all’art. 4, D. lgs. n. 276/2003. Si tratta di fattispecie previste in alcune disposizioni legislative, che pare opportuno, per chiarezza, riepilogare.

La prima è quella disciplinata dalla lett. b) dell’art. 1, comma 1-*bis*, d.lgs. n. 368/2001, secondo il quale il requisito causale non è richiesto “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”. Previsione analoga è contenuta nell’art. 20,

comma 5-*quater*⁸⁰⁵, del d. lgs. n. 276/2003, in relazione alla somministrazione di lavoro a tempo determinato.

In questi casi, come si comprende dal tenore della norma, il rinvio alla contrattazione collettiva, anche di livello aziendale, è molto ampio. La legge, cioè, non determina limiti di durata, né vincola all'individuazione di ipotesi ben precise, come prevedeva il testo precedente dell'art. 1, comma 1-*bis*⁸⁰⁶. Da questo punto di vista, la nuova disciplina affida al contratto collettivo la funzione di integrazione del precetto legale, secondo il classico modello di rinvio utilizzato nella legislazione sulla flessibilità a partire dagli anni '80⁸⁰⁷. Solo che oggi, accanto alle citate previsioni, esiste pur sempre quella di cui all'art. 8 della l. n. 148/2011, di conversione del d.l. n. 138/2011, su cui si è speso molto inchiostro, e che dovrebbe, da sola, consentire alla contrattazione collettiva cd. "di prossimità" di intervenire in materia di flessibilità del lavoro. In verità, però, la legislazione successiva sembra smentire il ruolo di norma "rivoluzionaria, dell'art. 8"⁸⁰⁸, se è vero, come sembra, che le disposizioni come quelle ora citate si muovono pur sempre nel quadro del classico rapporto tra legge e contrattazione collettiva. Rinviando ad analisi più approfondite sullo specifico punto, si può però segnalare che proprio il livello aziendale, oggetto del rinvio di cui all'art. 8, sia quello più difficilmente controllabile e che proprio per questo può risultare destabilizzante per il sistema⁸⁰⁹. La soluzione più coerente con il quadro normativo complessivo dovrebbe dunque essere quella della cancellazione della previsione, come peraltro auspicato anche in dottrina.

Tornando alla norma in esame, occorre dire la contrattazione collettiva potrà individuare sia ipotesi "soggettive", nelle quali cioè la possibilità di stipulare un contratto "acausale" è legata alla situazione del lavoratore (ad esempio lo stato di disoccupazione, l'età, la situazione di svantaggio nell'accesso al mercato del lavoro), sia ipotesi oggettive, legate cioè alle necessità dell'impresa, sulla falsariga di quelle previste in precedenza in alternativa al contratto "acausale" *tout court*. È facile immaginare, infatti, che i contratti collettivi indicheranno alcune situazioni "tipo" nelle quali il datore di lavoro è autorizzato a ricorrere al contratto a termine⁸¹⁰.

⁸⁰⁵ La previsione è stata inserita nell'art. 4 dal d. lgs. n. 24/2012, di attuazione della dir. 2008/104/CE.

⁸⁰⁶ L'art. 1, comma 1-*bis*, del d.lgs. n. 368/2001, introdotto dalla l. n. 92/2012 e sostituito dal d.l. n. 76/2013, autorizzava i contratti collettivi a prevedere che il requisito causale non fosse richiesto nell'ambito di un processo organizzativo determinato dall'avvio di una nuova attività, dal lancio di un prodotto o di un servizio innovativo, dall'implementazione di un rilevante cambiamento tecnologico, dalla fase supplementare di un significativo progetto di ricerca e sviluppo, dal rinnovo o dalla proroga di una commessa esistente. La norma richiedeva però che detta possibilità fosse alternativa rispetto a quella generale e che i contratti così stipulati non superassero la percentuale del 6% dei lavoratori occupati. Si trattava, insomma, di una previsione di scarso interesse per le imprese, rispetto a quella generale, salvo per quanto attiene alla possibilità di utilizzare, in queste ipotesi, il contratto a termine per una durata superiore a 12 mesi e anche con un lavoratore già in precedenza occupato dallo stesso datore di lavoro con un contratto di lavoro subordinato. Si v. sul punto P. Tosi, *Il contratto a tempo determinato dopo la legge n. 92/2012*, WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT, n. 154/2012, p. 8, che parla di previsione "controproducente oltretutto illogica".

⁸⁰⁷ Sul punto si v., per tutti, M. D'Antona, *Contrattazione collettiva e autonomia individuale nei rapporti di lavoro atipici*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 1990, p. 553 ss.

⁸⁰⁸ Si v. A. Perulli, V. Speciale, *L'art. 8 della legge 14 settembre 2011, n. 148 e la "rivoluzione di agosto" del diritto del lavoro*, WP CSDLE "Massimo D'Antona", n. 133/2011.it.

⁸⁰⁹ Alcuni accordi siglati sulla base dell'art. 8 del d. l. n. 138/2011 sono reperibili sul sito dell'Osservatorio Trentino Diritti sociali del Lavoro, consultabile all'indirizzo www.dirittisocialitrentino.it. Sull'esperienza dell'Osservatorio si v. A. Mattei, *Il grado di evoluzione della cd. Contrattazione di prossimità a partire dall'osservatorio trentino sui diritti sociali del lavoro*, paper presentato al Convegno "Consenso, dissenso, rappresentanza nel governo delle relazioni industriali", Venezia, 25-26 ottobre 2013, e reperibile sul sito del Convegno, all'indirizzo <http://convegnovenezia.wordpress.com>.

⁸¹⁰ Come del resto è avvenuto anche nella vigenza del d. lgs. n. 368/2001: si v. M. Lozito, *Tendenze della contrattazione nazionale in materia di contratto a termine, part-time e apprendistato professionalizzante*, WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT, n. 186/2013, spec. p. 4 ss.

Nello stesso filone si collocano anche le norme, di recente introduzione, sulle c.d. *start up* innovative. Il d.l. n. 179/2012, convertito in legge n. 221/2012, ha previsto, all'art. 28, che le ragioni di cui all'art. 1, d.lgs. n. 368/2001 "si intendono sussistenti" quando il contratto a tempo determinato sia stipulato per lo svolgimento di attività inerenti o strumentali all'oggetto sociale della *start-up*. La presunzione vale per un periodo massimo di 4 anni dalla costituzione della società; in questo arco temporale possono essere stipulati contratti a termine di durata compresa tra 6 e 36 mesi, rinnovabili anche in deroga alla disciplina sulla successione di cui all'art. 5, d. lgs. n. 368/2001.

In tutte le ipotesi oggettive appena descritte, i presupposti richiesti dalla legge funzionano come causali giustificative per l'apposizione del termine; ogni volta, cioè, che la legge stabilisce che il requisito di cui al comma 1 dell'art. 1 del d. lgs. n. 368/2001 non è richiesto in determinate circostanze, sono proprio quelle circostanze che devono essere dimostrate perché l'apposizione del termine risulti legittima. In un sistema nel quale l'apposizione del termine è soggetta a limitazioni, in altre parole, il giudice può certamente sindacare il rispetto dei presupposti richiesti dalla legge per la sua legittimità; se il presupposto è la costituzione di una *start-up* innovativa e l'utilizzo di un contratto a termine entro un certo arco temporale, non c'è dubbio che in assenza dei suddetti requisiti il giudice debba dichiarare la conversione in contratto a tempo indeterminato. Lo stesso discorso vale anche per le ulteriori ipotesi previste dalla contrattazione collettiva, comprese quelle "soggettive". Da questo punto di vista, si può ritenere che le ipotesi direttamente disciplinate dalla legge e quelle previste dalla contrattazione collettiva fungano da presupposti di applicazione della disciplina del contratto a tempo determinato; in assenza, non potrà che applicarsi la disciplina della "forma comune" di contratto di lavoro, cioè quella del contratto a tempo indeterminato.

Alla ricostruzione ora illustrata si potrebbe obiettare che il requisito causale, uscito dalla porta, rientra dalla finestra, sotto forma di presupposto di applicazione della disciplina del contratto a termine. In realtà, l'accertamento del giudice è sostanzialmente diverso nei due casi. Quando deve accertare la sussistenza delle ragioni tecniche, produttive, organizzative e sostitutive, il giudice compie un'indagine valutativa, tant'è vero che si spinge a sindacare non solo l'effettiva sussistenza delle suddette esigenze, ma anche la loro temporaneità. Nelle ipotesi in cui il requisito causale "non è richiesto", a fronte della presenza dei presupposti stabiliti dalla legge o dalla contrattazione collettiva, il giudice deve limitarsi ad accertare che il datore di lavoro si trovi in una delle situazioni di fatto previste, ma non può sindacare né l'esistenza di una ragione organizzativa, né tantomeno la sua temporaneità⁸¹¹. Questa valutazione è operata, in un certo modo, *ex ante* dal legislatore o dalla contrattazione collettiva, come del resto avviene nelle ipotesi dei contratti a termine per le poste o per il trasporto aereo.

Per le ipotesi "soggettive", invece, la possibilità di stipulare il contratto a tempo determinato è collegata alla posizione di "debolezza" del lavoratore sul mercato del lavoro, riconosciuta come tale dalla legge o dalla contrattazione collettiva. In questi casi, il contratto a termine funge da

⁸¹¹ Come esattamente rileva C. Cordella, *Riforma Fornero...*, cit., p. 19 ss., nel caso delle *start up* innovative "le ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo, richieste ai sensi dell'art. 1, comma 1, d. lgs. n. 368/2001, sono intese come sussistenti in via presuntiva" e pertanto "è assoggettata al controllo giudiziale nel solo caso sia accertata l'assenza dei requisiti per l'inquadramento dell'impresa come *start up* innovativa" (corsivo di chi scrive). In senso analogo si v. G. Zilio Grandi, M. Sferrazza, *Il termine nel contratto di lavoro: riflessioni a margine della riforma Fornero*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2013, n. 3, p. 559 ss.

incentivo per l'inserimento dei lavoratori e non è collegato ad alcuna ragione organizzativa, neppure predeterminata dal legislatore. L'accertamento da parte del giudice sulla legittima apposizione del termine, dunque, può riguardare esclusivamente il possesso da parte del lavoratore dei requisiti richiesti dalla legge e il rispetto degli ulteriori limiti previsti dalla legge (ad esempio la durata massima del contratto).

In tutte le ipotesi sopradescritte, si pone il problema dell'applicabilità della previsione in materia di proroga. Come si è visto, il d.l. n. 76/2013 ha eliminato il comma 2-bis dell'art. 4, che escludeva la possibilità di prorogare il contratto a termine stipulato secondo le previsioni dell'art. 1, comma 1-bis. A questo punto, poiché la limitazione di durata della proroga è prevista solo per il contratto acausale di cui all'art. 1, comma 1-bis, lett. a), si deve concludere che per tutte le altre ipotesi di contratto a termine si applichi la disciplina generale. La proroga, cioè, deve ritenersi ammissibile per una sola volta e là dove il primo contratto sia di durata inferiore a 3 anni; in questo caso, inoltre, la proroga deve essere richiesta da ragioni oggettive e riferirsi alla stessa attività lavorativa per la quale il contratto è stato stipulato a tempo determinato. La conclusione conferma anche che per tutte le ipotesi in cui le ragioni oggettive rilevano ai fini della legittima apposizione del termine, nel senso di cui si è detto, dette ragioni sono altresì richieste ai fini della proroga, di talché l'indagine del giudice deve spingersi fino alla verifica della loro sussistenza.

Del resto, in ipotesi analoghe, nelle quali la legge consentiva il ricorso al contratto a termine "acausale" anche prima della modifica introdotta dalla riforma Fornero⁸¹², la (scarna) giurisprudenza formatasi sull'argomento ha ritenuto necessario, ai fini della legittimità della proroga, la sussistenza di ragioni oggettive, da indicarsi specificamente da parte del datore di lavoro⁸¹³. Si tratta dei casi i cui l'irrilevanza della causale giustificativa deriva, come si è visto, dalla "tipizzazione legislativa di un'ipotesi di legittima apposizione del termine"⁸¹⁴, di talché la proroga può giustificarsi in ragione della persistenza della ragione (tipizzata) prevista dalla legge. È proprio questo profilo che segna il distacco di queste ipotesi rispetto a quelle previste dall'art. 1, comma 1-bis, lett. a), d. lgs. n. 368/2001. Nella fattispecie che abbiamo definito "generale", infatti, manca perfino l'individuazione di causali tipizzate, potendo il contratto a termine essere concluso per qualsivoglia ragione, anche semplicemente in funzione di prova del lavoratore. In questo quadro, consentire la proroga solo in presenza di ragioni oggettive significherebbe aggravare la posizione del datore di lavoro, che si esporrebbe anche a una contestazione giudiziale non tanto sull'apposizione del termine, quanto sulla sussistenza delle condizioni legittimanti la proroga. In quel caso, come si è avuto modo di notare, è la limitazione della durata del contratto che giustifica l'apposizione del termine, tant'è che la proroga è ammessa solo per la durata massima (di 12 mesi) stabilita dalla legge.

Nelle ipotesi affidate alla contrattazione collettiva e in quelle in cui la ragione oggettiva rileva, sia pure indirettamente, come nel caso delle *start-up* innovative, ai fini della legittima apposizione del termine, invece, torna ad applicarsi la regola generale di cui all'art. 4, comma 1, d. lgs. n.

⁸¹² Si tratta delle ipotesi previste dall'art. 2 del D. lgs. n. 368/2001, che consente l'apposizione del termine per le assunzioni effettuate dalle aziende di trasporto aereo e dalle aziende di servizi aeroportuali (comma 1) nonché per quelle effettuate dalle imprese concessionarie di servizi nel settore delle poste (comma 1-bis).

⁸¹³ Trib. Milano 6 luglio 2013, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2012, 3, p. 705 ss., con nota di M. Paulli.

⁸¹⁴ Sono le parole della Corte costituzionale: cfr. Corte cost. 8 luglio 2009, n. 214, in *Dir. rel. ind.*, 2009, p. 737 ss., con nota di A. Bollani. Sul punto si v. anche C. Alessi, *Flessibilità del lavoro...*, cit., spec. p. 65 ss.

368/2001, in virtù del rilievo della ragione oggettiva. Questo spiega per quale ragione la durata massima del contratto iniziale e di quello prorogato può essere superiore a 12 mesi ed arrivare fino a 3 anni, purchè continuino ad essere presenti i presupposti applicativi individuati dalla contrattazione collettiva, siano essi di carattere oggettivo o soggettivo.

Come si è osservato, dunque, il significato di “acausalità” varia in funzione delle varie ipotesi previste dalla legge; per quelle affidate al contratto collettivo, così come in tutti i casi in cui il legislatore tipizza le ragioni di ricorso al contratto a tempo determinato, come si è cercato di dimostrare, si può parlare di “acausalità” solo nel senso di presunzione di sussistenza delle ragioni tecnico-organizzative in presenza dei presupposti di fatto stabiliti dalla legge o dal contratto collettivo. In assenza di detti presupposti, che esonerano il datore di lavoro dall'allegazione e dalla prova delle ragioni giustificative, riprende vigore la regola generale di cui all'art. 1, comma 1, del d. lgs. n. 368/2001.

Crisi occupazionali e tecniche di tutela*

Giuseppe Ferraro

1. L'eccedenza occupazionale in Europa	251
2. Le principali tecniche di intervento nel nostro ordinamento: una breve ricostruzione storicistica	252
3. Linee di ispirazione della riforma del mercato del lavoro	256
4. Le modifiche introdotte dalla riforma Fornero	258
5. Alcune implicazioni sistematiche	260
6. La soppressione dell'istituto della mobilità	261
7. I fondi bilaterali nelle crisi occupazionali	262
8. Le principali attività non standard	264
9. La vincolatività degli accordi sindacali sulle prestazioni straordinarie	266
10. La vincolatività dei trattamenti nei confronti dei singoli lavoratori	268
11. La procedura aziendalistica di incentivi all'esodo	269
12. Nuove tecniche di tutela e profili di costituzionalità	272
13. Sul ruolo sindacale nella riforma del welfare	275

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 189/2013

1. L'eccedenza occupazionale in Europa

L'oggetto della ricerca riguarda le tecniche e le procedure di gestione delle eccedenze occupazionali nel quadro delle più attuali trasformazioni del sistema di welfare⁸¹⁵.

La sofferenza occupazionale, ciclica o emergenziale che sia, costituisce un dato ormai endemico delle economie avanzate, rilevabile in maniera più o meno accentuata in tutti i paesi europei, essendo determinata da fattori economici e produttivi di portata internazionale talmente noti che non varrebbe neppure richiamarli: crisi aziendali e ristrutturazioni periodiche, processi incalzanti di delocalizzazione e internalizzazione, aggiornamento permanente delle competenze tecniche e professionali, ricambio generazionale, cicliche crisi finanziarie, etc.⁸¹⁶.

Si tratta di un tema di importanza centrale negli equilibri politici e sociali dei singoli paesi, il quale, nei suoi complessi risvolti e nei relativi rimedi legislativi, costituisce una parte significativa dei sistemi di welfare la cui trattazione comprende indirettamente anche la disciplina in materia di licenziamenti collettivi. Quest'ultimo tema, benché apparentemente autonomo, va esaminato in una logica globale, tenendo conto *sia* dei rimedi preventivi operanti all'interno dei rapporti di lavoro per contenere la riduzione del lavoro, *sia* di quelli compensativi che intervengono sul versante della protezione dei redditi e della tutela della disoccupazione, tra i quali un posto di primo piano assumono le procedure di mobilità e le iniziative proattive con finalità *lato sensu* formative (pratiche di *recruitment*, *placement*, *long life learning*, *workfare* etc.)⁸¹⁷.

Con una certa semplificazione si può ritenere che esista una sostanziale contrapposizione tra ordinamenti giuridici ispirati da una logica liberista, che riconoscono una notevole flessibilità in uscita, semmai temperata da politiche attive sul mercato del lavoro, specie di assistenza e di ricollocazione dei dipendenti, ed ordinamenti giuridici di stampo dirigistico, che irrigidiscono il potere imprenditoriale di ridurre la manodopera, incentivando così una più stabile integrazione tra istanze delle imprese e quelle dei lavoratori che vi sono occupati. Ma è questa una rilevazione assolutamente superficiale se non integrata e contestualizzata con riferimento ai vari elementi

⁸¹⁵ La letteratura sul tema è ampia e interdisciplinare: v. tra gli altri U. ASCOLI (a cura di) *Il welfare in Italia*, Bologna, 2011; M. FERRERA, V. FARGION, M. JESSOLA, *Alle radici del welfare all'italiana*, Bologna, 2012; M. VIOLINI, G. VITTADIN (a cura di), *La sfida del cambiamento, superare la crisi senza sacrificare nessuno*, Milano, 2012; L. GUEZZONI (a cura di), *La riforma welfare dieci anni dopo la "Commissione Onofri"*, Bologna, 2008; v. pure, con specifico riferimento ai riflessi della crisi sui sistemi previdenziali, V.N. WAGNER, *Financing Social Security. Business as usual*, in *Working Paper*, Etui Bruxelles, 9/2011, p. 6; D. NATALI, *Pensions after the Financial Crisis: a Comparative analysis of Recent Reforms in Europe*, in *Working Paper*, Etui Bruxelles, 7/2011, p. 9. In un'ottica giuslavorista G. PROSPERETTI, *Nuove politiche per il welfare states*, Torino, 2012; T. TREU (a cura di), *Welfare aziendale*, Milano, 2013; ID., *Le istituzioni del lavoro nell'Europa della crisi*, rel. Aidclass 16/17.5.2013, dattiloscritto. Su temi correlati, A. PERULLI, *La responsabilità sociale dell'impresa, idee e prassi*, Bologna, 2013.

⁸¹⁶ Come ben rilevato in recenti analisi, P. AUER, *La flexicurity nel tempo della crisi*, in *DRI*, 2011, p. 41, "i paesi caratterizzati da politiche di *flexicurity* presentano il tasso di disoccupazione più basso, ma hanno vissuto maggiori incrementi rispetto al gruppo continentale. Solo l'analisi del *cluster* di *flexicurity* anglosassone (come gli Stati Uniti) ha riportato gli aumenti più alti, dovuti in modo particolare a quanto avvenuto in Irlanda. Il divario tra i tassi di disoccupazione tra il gruppo continentale e di *flexicurity* si è ridotto durante la crisi da 2,3 punti a 0,9 punti percentuali. I paesi con politiche di *flexicurity* del nord-europa (Svezia, Finlandia e soprattutto Danimarca) hanno riportato invece aumenti considerevoli".

⁸¹⁷ Sulle politiche attive in Italia e in Europa, v. per tutti P. PASCUCCI, *Servizi per l'impiego, politiche attive, stato di disoccupazione e condizionalità nella legge n. 92 del 2012*, in *RDSS*, 2012, p. 503 ss.; A. ALAIMO, *Servizi per l'impiego e disoccupazione nel "welfare attivo" e nei mercati del lavoro transnazionali*, *ivi*, p. 555 ss.; F. GIUBILEO, *Uno o più modelli di politiche del lavoro in Europa? I servizi al lavoro in Italia, Germania, Francia, Svezia e Regioni Unite*, *ivi*, 2011, p. 759 ss.

che contraddistinguono i diversi ordinamenti giuridici ed all'eterogeneità di interventi che consentono di affrontare lo stato di inoccupazione, totale o parziale che sia.

Una spiccata flessibilità gestionale, organizzativa, salariale e degli orari di lavoro, può consentire di prevenire operazioni di contrazione occupazionale, come avvenuto nel paese più apprezzato per la virtuosità dei rimedi adottati, la Germania⁸¹⁸, dove nel corso della crisi globale sono state sperimentate tecniche ad ampio raggio di flessibilizzazione e contrazione degli orari di lavoro, secondo regole giuridiche non molto diverse da quelle da tempo operanti in Italia attraverso i contratti di solidarietà, che invece non hanno dato risultati altrettanto soddisfacenti. Il che lascia subito intendere che tecniche anche efficaci possono essere improduttive se calate in un contesto sociale ed economico scarsamente recettivo.

Le politiche scandinave di elevata mobilità della manodopera e ispirate al mito, ormai appannato, persino in ambito europeo, della *flexicurity*⁸¹⁹, trovano ampie compensazioni nelle istituzioni attive dell'impiego e in un sistema di tutela dei redditi che rimane molto generoso nonostante la morsa della crisi. Tutto ciò non ha impedito una contrazione dei tassi occupazionali, una riduzione dei trattamenti di disoccupazione e persino un ripensamento delle tecniche di protezione sociale⁸²⁰.

Nelle indagini economiche e sociologiche è frequente la tendenza a comparare questo modello con altri ordinamenti nazionali al fine della verifica dei risultati più produttori. Così il modello scandinavo (con alti livelli di copertura di impronta universalistica) viene talora contrapposto a quello inglese (più selettivo nelle forme di protezione), come quello danese viene approfondito in alternativa a quello tedesco, che pure sembra avere dato i risultati più gratificanti in termini occupazionali⁸²¹. Ma le indagini in materia restano sempre insoddisfacenti in ragione di tutti gli elementi storici, economici e sociali che occorrerebbe monitorare per formulare degli affidabili giudizi di sintesi. Sta di fatto che in misura diversa la crisi in corso non ha risparmiato alcun paese e dovunque si pongono problemi di surplus occupazionale; al contempo aumentano le istanze di protezione sociale nello stesso momento in cui si registra ovunque una contrazione delle risorse disponibili al punto che viene messo in discussione lo stesso modello sociale europeo.

2. Le principali tecniche di intervento nel nostro ordinamento: una breve ricostruzione storicistica

Nel nostro sistema giuridico è stato più volte affrontato il tema della gestione delle crisi occupazionali, già nelle vecchie leggi in materia di politiche industriali degli anni '70 (v. in part. la legge n. 675/1977), che prefiguravano inediti modelli di mobilità interaziendale, ed ancora un importante testo di riferimento è rappresentato dalla legge n. 223/1991, che si contraddistingue per un tentativo di soluzione globale della complessa problematica, attraverso l'integrazione tra tutele interne al rapporto di lavoro, che si esprimono essenzialmente nell'istituto della cassa

⁸¹⁸ Per tutti M. FERRERA, *Neo-welfarismo liberale: nuove prospettive per lo stato sociale in Europa*, in *Stato e Mercato*, 2013, 97, p. 4 ss.

⁸¹⁹ Sulla difficile gestione della *flexicurity* anche in paesi ove è da tempo praticata, v. P. AUER, *La flexicurity*, cit., sp. p. 37; B. GAZIER, *La strategia europea per l'occupazione nella tempesta: il ripristino di una strategia a lungo termine*, in *DRI*, 2011, 1/XXI, p. 59 ss.; P. KONGSHOI MADSEN, *Reagire alla tempesta. La flexicurity danese e la crisi*, in *DRI*, 2011, 1/XXI, p. 78 ss.

⁸²⁰ Sul trend in atto nelle politiche di welfare si adoperano definizioni diverse: adattamento, ricalibratura o riconfigurazione dello stato sociale: G. VITTADINI, T. AGASISTI, *Caratteristiche del welfare sussidiario*, p. 86 ss., in L. VIOLINI, G. VITTADINI (a cura di), *La sfida*, cit.

⁸²¹ Si sofferma in particolare sulla comparazione Danimarca-Germania, P. AUER, *La flexicurity*, cit., p. 37, pervenendo alla conclusione che "la *flexicurity* – quale paradigma di riforma del mercato del lavoro – è giunta alla fine anche per la contraddittorietà delle pratiche che ne sono espressione".

integrazione nelle sue diverse modalità esplicative, con tutele esterne, concentrate prevalentemente nella gestione dei processi di mobilità della manodopera e in varie pratiche incentivanti. Si tratta di un testo legislativo organico, alquanto rigoroso nell'impostazione teorica, nel differenziare le crisi occupazionali temporanee da quelle definitive e nel disegnare una serie articolata di rimedi e procedure. Nel complesso si è rivelato alquanto efficace sul piano operativo, se è vero che ha consentito di affrontare periodiche crisi congiunturali e una riconversione progressiva del sistema produttivo, persino nelle ultime drammatiche temperie di portata internazionale. Il limite di quel modello, unanimemente riconosciuto, è costituito dalla sua settorialità essendo stato concepito con riferimento al settore industriale che all'epoca costituiva ancora il motore trainante della nostra economia. Esso peraltro è frutto di uno storico compromesso politico-sindacale tra le principali forze economiche e sociali che ne hanno promosso l'emanazione, i cui riflessi si percepiscono tuttora negli attuali equilibri del sistema di relazioni industriali. Muovendo dal nucleo originario degli ammortizzatori sociali, si è costruito un sistema di protezione degli *insiders* o dei *core workers* progressivamente crescente, che si è sviluppato attorno agli istituti della mobilità, della disoccupazione speciale, dei contratti di solidarietà e dei prepensionamenti, istituti con i quali è stato possibile arginare lo stato di disoccupazione o almeno anestetizzarne gli effetti più drammatici⁸²².

Tale modello normativo ha rilevato tutta la sua parzialità già nel corso degli anni '90 con l'irresistibile sviluppo del terziario avanzato e ancor più con la crisi di importanti gruppi bancari e assicurativi, allorché si è posta la necessità di un riassetto globale del sistema finanziario attraverso operazioni di concentrazione e di riqualificazione delle aziende con pensanti ricadute sul piano occupazionale. In quella contingenza è apparsa in tutta la sua gravità la carenza di un sistema generale di ammortizzatori che assecurasse le operazioni di ristrutturazione in corso. Sicché è stato gioco-forza ricercare soluzioni interne per lo più autofinanziate.

A seguire di qualche anno, si è registrata la crisi di grandi aziende pubbliche di preminente interesse nazionale, come le Poste, i Monopoli, l'Alitalia, le Ferrovie, che pure non disponevano di un sistema adeguato di ammortizzatori sociali suscettibili di assecurare operazioni di riassetto e di privatizzazione, ed anche in quel caso è stato necessario predisporre dei rimedi speciali, ora replicando tecniche già collaudate nel settore primario ora sperimentando soluzioni originali specie sul versante dei contratti di solidarietà e dei prepensionamenti⁸²³.

In questo quadro complessivo, *da un lato* si è messo in moto un processo espansivo degli ammortizzatori sociali tradizionali, che ha riguardato in particolare settori limitrofi o complementari a quello industriale (servizi ausiliari, mense, istituti di vigilanza, indotto in genere) ovvero a elevato

⁸²² Come sottolinea la letteratura sociologica, schemi di *short time work* esistono in molti paesi europei e in particolare in quelli con un sistema di welfare bismarchiano; solo in Italia, però, essi costituiscono un equivalente funzionale degli schemi assicurativi di disoccupazione, così S. SACCHI, F. PANCALDI, C. ARISI, *The economic crisis as a trigger of convergence? Short time work in Italy, Germany and Austria*, in *Social Policy and Administration*, 2012, XLV, 4, p. 465-487. La ragione è da ricercarsi nella politica del sostegno alla disoccupazione, ossia in un equilibrio frutto delle dinamiche di scambio politico tra governo, sindacati e imprenditori a fronte delle crisi aziendali degli anni '70 e '80 e dell'aumentato rischio di disoccupazione, dal quale si cerca di tenere immuni i *core workers* della grande industria e delle aziende dell'indotto. Così S. SACCHI, P. VESAN, *Le politiche del lavoro*, in U. ASCOLI (a cura di), *Il welfare*, cit., p. 148 ss.

⁸²³ Politiche di prepensionamento affiorano periodicamente nell'ordinamento italiano in maniera organica sin dagli anni '80: v. legge n. 155/1981 a cui viene fatto intenso ricorso per fronteggiare l'eccedenza di manodopera registrato nell'intero decennio (così S. SACCHI, P. VESAN, *Le politiche*, cit., p. 149). Politiche di incentivazione all'esodo sono poi periodicamente riaffiorate negli anni successivi sia nel settore privato sia nel settore pubblico, a volte mascherate da procedure di mobilità che preludevano a forme di anticipazione dello stato di quiescenza.

tasso occupazionale (la grande distribuzione, agenzie di viaggio e turismo con oltre 50 addetti), *da un altro lato* sono andate emergendo soluzioni endogene di natura legale o convenzionale, *sia* in settori economicamente deboli e con scarse risorse finanziarie (artigianato, edilizia, agricoltura), *sia* in settori tradizionalmente forti e con discrete risorse economiche, com'è appunto il caso degli istituti di credito e degli enti assicurativi. E mentre nel primo caso gli interventi appaiono storicamente proiettati ad affrontare i disagi derivanti dalla precarietà, discontinuità e stagionalità della produzione e del lavoro, nel secondo caso essi sono protesi alla ricerca di soluzioni che consentissero esodi massicci di personale, specie se prossimo al pensionamento, quale premessa indispensabile di un riassetto organizzativo e produttivo, di una riduzione dei costi e di un ampio turnover.

Emblematica di un tale processo rimane la legge del 23.12.1996, n. 662, art. 2, comma 28⁸²⁴ - divenuta improvvisamente di grande attualità ed interesse scientifico - la quale, destinata ad operare in un'ottica congiunturale, "*in attesa di un'organica riforma del sistema degli ammortizzatori sociali*", è divenuta il modello di riferimento per forme alternative di protezione sociale di stampo endo-categoriale o settoriale. Essa prevede (art. 2, comma 28) che, con uno o più decreti del Ministero del lavoro, sentite le organizzazioni sindacali, siano "*definite in via sperimentale, misure per il perseguimento di politiche attive di sostegno del reddito e dell'occupazione nell'ambito dei processi di ristrutturazione aziendale e per fronteggiare situazioni di crisi di enti ed aziende pubblici e privati erogatori di servizi di pubblica utilità, nonché delle categorie e settori di impresa sprovvisti del sistema di ammortizzatori sociali*". A tal fine, i criteri direttivi contemplano la costituzione da parte della contrattazione collettiva nazionale di *appositi fondi* inseriti presso l'Inps e gestiti con il concorso delle parti sociali⁸²⁵.

In attuazione dell'art. 2, comma 28, legge cit., e del successivo regolamento quadro (d.m. 27.11.1997, n. 477), sono stati istituiti presso l'Inps vari fondi settoriali preceduti da appositi accordi collettivi recepiti in decreti ministeriali: ciò è avvenuto per i dipendenti del credito e per i dipendenti del credito cooperativo (d.m. 28.4.2000, n. 157 e n. 158), per il personale proveniente da imprese esercenti l'assicurazione obbligatoria della responsabilità civile e in liquidazione coatta amministrativa (d.m. 28.9.2000, n. 351), per il personale già dipendente dell'amministrazione autonoma dei Monopoli di Stato e trasferito all'E.T.I. e società derivate (d.m. 18.2.2002, n. 88), per il personale addetto ai servizi di riscossione dei tributi erariali (d.m. 24.11.2003, n. 375), per il personale di Poste Italiane SpA (d.m. 1.7.2005, n. 178), per il personale dipendente dalle imprese assicuratrici (d.m. 21.1.2011, n. 33)⁸²⁶.

Specifiche misure di agevolazione all'esodo sono state introdotte per i dipendenti di grandi enti creditizi più o meno dissestati, come quelle previste in occasione dell'operazione di risanamento, ristrutturazione e privatizzazione del Banco di Napoli (l. 19.11.1996, n. 588) e della cessione al Banco di Sicilia della Sicilcassa in crisi (l. 8.11.1997, n. 388), che hanno preceduto la scomparsa degli enti originari assorbiti in più ampi gruppi bancari.

⁸²⁴ Su di essa v. per tutti M. SQUEGLIA, *Previdenza contrattuale e fondi di solidarietà bilaterali*, in *DRI*, 2012, p. 628 ss.; G. SIGILLÒ MASSARA, *La tutela del reddito nel ddl di riforma del mercato del lavoro. Uno sguardo di insieme*, in *MGL*, 2012, 7, p. 587 ss.; L. VENDITTI, *Licenziamento collettivo e tecniche di tutela*, Napoli, 2012.

⁸²⁵ V. da ultimo L. VENDITTI, *Licenziamenti collettivi e tecniche di tutela*, Napoli, 2013, sp. p. 79 ss., *ivi* ampia bibliografia.

⁸²⁶ Così L. VENDITTI, *Licenziamenti*, cit.

Autonomamente per le Ferrovie dello Stato è intervenuto l'art. 59, comma 6, l. n. 449/1997, che ha consentito di istituire un fondo ad hoc a seguito di accordo collettivo stipulato nel 1998 e recepito con decreto ministeriale (d.m. 21.5.1998, n. 54-T) per essere a sua volta sostituito da successivo accordo del 2009 a sua volta recepito (d.m. 23.6.2009, n. 510).

Un analogo fondo è stato istituito per il personale del trasporto aereo, contestualmente all'estensione dei trattamenti di integrazione salariale straordinaria e di mobilità al personale, anche navigante, dei vettori aerei e delle società da questi derivanti a seguito di processi di riorganizzazione o trasformazione societarie (art. 1-bis e 1-ter, l. 3.12.2004, n. 191). Trattamenti questi poi integrati e consolidati per consentire il salvataggio dell'Alitalia (art. 2, l. 27.10.2008, n. 166) e delle imprese operanti nel comparto (art. 2, comma 37, l. 22.12.2008, n. 203), ove è registrabile un uso spregiudicato delle tecniche di prepensionamento⁸²⁷.

In questo contesto è emerso anche un modello autonomo di intervento in caso di riduzione del lavoro contraddistinto dalla "condizionalità" dell'intervento pubblico in quanto subordinato alla disponibilità di risorse private reperibili all'interno del settore di riferimento. Questa tecnica partecipativa, introdotta nel settore dell'artigianato, ove è imperniata sulla partecipazione degli enti bilaterali, è stata riproposta anche per estendere i trattamenti di disoccupazione (v. in part. art. 13, commi 7 e 8, l. 14.5.2005, n. 80), per poi essere estesa in termini più sofisticati anche in altri settori⁸²⁸.

Il processo sin qui evocato ha poi assunto una configurazione peculiare a seguito della crisi globale, nel corso della quale l'istituto più utilizzato è stato quello degli "ammortizzatori in deroga", che ha comportato una graduale e disordinata estensione delle tecniche protettive più in voga in settori tradizionalmente esclusi e quindi assecondando un'impostazione tendenzialmente generalista ancorché condizionata da plafond finanziari predeterminati e da valutazioni discrezionali del potere politico. È questa un'esperienza ampiamente analizzata⁸²⁹, criticata da alcuni ed esaltata da altri: dai primi in quanto espressione di una sostanziale disgregazione del sistema di

⁸²⁷ Per una ricostruzione analitica di queste operazioni estensive degli ammortizzatori sociali nelle sue molteplici varianti regolamentari, v. per tutti da ultimo L. VENDITTI, *Licenziamenti collettivi*, cit., p. 86 ss., da cui sono tratti dati di grande utilità; ma v. già sul tema G. SIGILLÒ MASSARA, *Fondi di solidarietà e sistemi previdenziali*, in *Lav. Prev.*, 2008, 1, p. 1 ss. Si segnala che alla stregua del comma 42, art. 3, legge 92, la disciplina dei fondi di solidarietà istituiti ai sensi dell'art. 2, comma 28, l. 23.12.1996, n. 662, è adeguata alle norme della presente legge con decreto del Ministero del lavoro e politiche sociali, di concerto con il Ministero dell'economia e delle finanze, sulla base di accordi o contratti collettivi, da stipulare tra le organizzazioni comparativamente più rappresentative a livello nazionale entro il 30.6.2013; v. pure il comma 44 per il settore del trasporto aereo e del sistema aeroportuale, e comma 45 per il settore del trasporto ferroviario.

⁸²⁸ Nel quadro delle misure anticrisi del 2008 e del 2009, questa possibilità di accedere all'indennità di disoccupazione è stata rivisitata dal legislatore fra l'altro per estendere ai settori diversi dall'artigianato il relativo meccanismo condizionale, sebbene con il correttivo che, in mancanza dell'intervento integrativo degli enti bilaterali, i lavoratori possano accedere direttamente ai trattamenti in deroga (v. art. 19, l. 28.1.2009, n. 2, come modificato dall'art. 7-ter, l. 9.4.2009, n. 33). Inoltre lo stesso meccanismo è stato applicato in via sperimentale nei confronti dei lavoratori sospesi per crisi aziendali o occupazionali che abbiano maturato i requisiti per l'assicurazione per l'impiego (art. 3, comma 17, l. n. 92). In termini L. VENDITTI, *Licenziamento collettivo*, cit., p. 96; M. SQUEGLIA, *Previdenza contrattuale*, cit., sp. p. 641.

⁸²⁹ V. F. LISO, *Ancora sugli ammortizzatori sociali*, in M. CINELLI G. FERRARO, *Lavoro, Competitività, Welfare*, Tomo II, Torino, 2009, p. 475; D. GAROFALO, *Gli ammortizzatori sociali in deroga*, Milano, 2010; M. CINELLI, *La riforma degli ammortizzatori sociali*, cit. nonché il fascicolo della RGL integralmente dedicato al tema degli ammortizzatori sociali, 2011, n. 2, con contributi di A. DI STASI, A. ANDREONI, M. BARBIERI, M. NUNNIN. G. MORO; ove è anche riportata la proposta di riforma CGIL commentata da F. FAMMONI, A. ANDREONI, P. SESTITO, B. ANASTASIA, G. AMARI.

protezione sociale al di fuori di regole certe e prevedibili, lasciate in balia della più ampia discrezionalità politica, e al contempo manifestazione tangibile dell'incapacità del sistema politico di elaborare soluzioni protettive di stampo universalistico e solidaristico; apprezzata dai secondi in quanto esperienza duttile e flessibile, proiettata a dilatare l'ambito soggettivo di intervento dei tradizionali ammortizzatori sociali, peraltro con la sperimentazione di tecniche almeno in parte inusitate segnatamente là dove prevedono il coinvolgimento degli enti locali e degli enti bilaterali⁸³⁰.

3. Linee di ispirazione della riforma del mercato del lavoro

In questo confuso scenario si va ad inserire la riforma del 2012, che, in presenza di esperienze così eterogenee, è apparsa subito ispirata da spinte contraddittorie che ne hanno condizionato la struttura tecnica e le potenzialità operative: estendere le forme di tutela contro lo stato di disoccupazione in un'ottica universalista secondo una linea di ispirazione teorica unanimemente, quanto astrattamente, condivisa, e risalente agli atti e alle indicazioni della "Commissione Onofri"⁸³¹ della fine degli anni '90, ma al contempo mantenere sotto rigoroso controllo la spesa pubblica in presenza di risorse sempre più declinanti anche per i vincoli di risanamento finanziario categoricamente imposti dall'Unione europea. Di qui una tangibile dissociazione tra le solenni dichiarazioni di intenti e l'articolazione normativa nella cui trama formativa è registrabile un progressivo arretramento su posizioni sempre più tradizionaliste.

Indubbiamente su tale deludente risultato ha fortemente pesato il condizionamento dei poteri forti del mondo del lavoro, tradizionalmente ispirati da una logica conservativa, nonché, è inutile dirlo, la crisi in atto e il complessivo declino produttivo del nostro paese, ma anche una certa astrattezza dell'impostazione teorica dei redattori del testo di riforma, non del tutto consapevoli dei riflessi profondi, persino istituzionali, derivanti da una crisi di carattere epocale. Sicché la riforma è rimasta a metà del guado, sostanzialmente conservativa dei tradizionali ammortizzatori sociali⁸³² e con una fiacca apertura generalista sul versante dei trattamenti di disoccupazione⁸³³, fortemente condizionati dalla scarsità delle risorse che ha imposto di preservare una impostazione classica di finanziamento delle risorse di stampo lavoristico-assicurativo.

Le novità di maggiore rilievo si concentrano nell'abolizione della indennità di mobilità e nella correlata valorizzazione degli enti bilaterali, che in qualche modo intaccano gli equilibri del settore maggiormente protetto quantomeno sul versante dei trattamenti di disoccupazione⁸³⁴. Da questo punto di vista si può dire che si è verificata una frattura all'interno del solido sistema di protezione delle categorie tradizionalmente privilegiate con la conservazione delle protezioni interne al rapporto e l'allineamento di quelle esterne.

⁸³⁰ R. PESSI, *Gli ammortizzatori sociali in deroga: persistenza o fine del modello assicurativo?*, in *RDSS*, 2010, 2, p. 127.

⁸³¹ Su cui v. per tutti L. GUERZONI (a cura di), *La riforma del welfare*, cit.

⁸³² Ad eccezione delle integrazioni conferite nel corso delle procedure concorsuali, su cui v. ora art. 2, comma 70, l. n. 228/2012, alla stregua del quale l'art. 3, comma 1, l. n. 223/91 e succ. mod., è stato modificato nei termini seguenti: le parole "qualora la continuazione dell'attività non sia stata disposta o sia cessata" sono sostituite dalle seguenti "quando vi siano prospettive di continuazione o di ripresa dell'attività e di salvaguardia, anche parziale, dei livelli di occupazione da valutare in base a parametri oggettivi definiti con decreto del Ministero del lavoro e delle politiche sociali". Art. 3 abrogato a decorrere dall'1.1.2016.

⁸³³ Su cui v. per tutti M. CINELLI, *Il welfare tra risparmio e razionalizzazione*, in M. CINELLI, G. FERRARO, O. MAZZOTTA (a cura di), *Il nuovo mercato del lavoro*, cit., p. 343 ss.; v. pure P. BOZZAO, *L'assicurazione sociale per l'impiego*, *ivi*, p. 427 ss.

⁸³⁴ Sul punto v. per tutti M. CINELLI, *Gli ammortizzatori sociali nel disegno di riforma del mercato del lavoro*, in *RDSS*, 2012, p. 227; M. BARBIERI, *Ragionando di ammortizzatori sociali*, in ricordo di G. GAROFALO, *ivi*, 2012, p. 307.

In questo quadro contraddittorio, il testo di riforma non affronta in maniera organica la questione della gestione delle eccedenze di personale, eppure contiene una serie di disposizioni che prefigurano un modello che si può ritenere ormai alternativo rispetto a quello della storica riforma del 1991. A questo proposito il legislatore, anziché generalizzare il modello imperniato sull'istituto della mobilità, quale configurato dalla legge n. 223, ritenuto evidentemente troppo oneroso per le disastrose finanze pubbliche, e anche eccessivamente assistenzialista, preferisce seguire una strada totalmente alternativa, abrogando del tutto tale istituto, anche nei settori in cui esso efficacemente operava, e al suo posto ha delegato i fondi bilaterali di solidarietà a svolgere un ruolo preminente in materia di gestione degli esuberanti di personale, eventualmente anche incorporando alcune esperienze che erano state ampiamente sperimentate nella vecchia riforma.

La scelta di valorizzare la bilateralità quale tecnica di protezione sociale era più volte trapelata, come si è visto, nella legislazione precedente, ma in ambiti settoriali e in un'ottica congiunturale, e sempre in attesa della mitica riforma degli ammortizzatori sociali. Ora il legislatore fa invece una scelta di campo e, abbandonando ogni disegno di generalizzazione dei tradizionali ammortizzatori sociali – particolarmente onerosi specie se organicamente collegati alle procedure di mobilità – assegna ai fondi di solidarietà bilaterale (così definiti *ex art. 3, commi 4 e 14*), una doppia funzione qualificante: una di carattere *obbligatoria* e l'altra di carattere *facoltativa*. La *prima* (meno rilevante in questa trattazione) si traduce nel predisporre un sistema di ammortizzatori sociali in tutti i settori in cui non operano quelli tradizionali, e quindi facendo affidamento su una mutualità categoriale o settoriale per affrontare i difficili problemi connessi alle periodiche contrazioni dell'attività produttiva. Qui l'obbligatorietà della costituzione dei fondi, perentoriamente declamata, è strettamente connessa alla funzione perseguita e al contempo dà conto del forte processo di integrazione pubblico-privato, atteso che, a una fase promozionale rimessa all'iniziativa delle organizzazioni sindacali, fa riscontro una regolamentazione della relativa attività puntualmente disciplinata dal legislatore e costantemente integrata da atti di normazione secondaria che ne garantiscono la vincolatività e l'efficacia⁸³⁵.

La *seconda* funzione (ben più interessante in questa sede), di carattere facoltativo, è strettamente collegata all'abrogazione delle procedure di mobilità e ne riproduce alcune manifestazioni salienti. Essa consiste nell'assegnare ai fondi bilaterali la facoltà di intervenire nei processi di riduzione del personale con alcune funzioni qualificanti, e cioè *sia* per integrare i trattamenti dell'assicurazione sociale per l'impiego, e più in generale gli interventi pubblici a tutela della

⁸³⁵ Il forte condizionamento pubblico di rimedi negoziali concordati all'interno delle varie categorie professionali ha suscitato istintive reazioni polemiche unitamente al timore di uno stravolgimento delle competenze sindacali specie in raffronto ai canoni costituzionali (v. in part. artt. 2, 18 e 35 Cost.). Anche se può condividersi l'opinione di coloro che ritengono che l'obbligo costitutivo dei fondi bilaterali non è affatto categorico nei confronti delle associazioni sindacali, come sembrerebbe, ma descrive piuttosto una oggettiva necessità di preconstituire i relativi trattamenti in una prospettiva, almeno parzialmente, autofinanziata e autogestita, tant'è vero che l'inadempimento si traduce nella costituzione di un fondo residuale, istituito presso l'Inps (art. 3, comma 20), di stampo integralmente pubblicistico, e destinato a erogare prestazioni, sia pur minimali, nell'ambito delle categorie che non dovessero risultare protette dal sistema della bilateralità (v. R. PESSI, *Ripensando il welfare*, dattiloscritto, ora in *RDSS*, 2013, n. 3; M. CINELLI, *La riforma degli ammortizzatori sociali*, cit.).

disoccupazione, *sia* per configurare l'istituzione di assegni straordinari per il sostegno al reddito nel quadro dei processi di agevolazione all'esodo⁸³⁶.

Questa doppia finalità assegnata ai fondi, sinora assai poco esplorata, è maggiormente coerente con la tradizione degli stessi e con le esperienze già sperimentate in vari settori. Essa, essendo facoltativa, risulta scarsamente regolamentata, in quanto rimessa nella sua articolazione tecnica ed operativa all'autonomia organizzativa dei soggetti promotori, oltretutto evidentemente condizionata dalle disponibilità finanziarie reperibili all'interno dei vari settori e categorie professionali. E tuttavia, a segnalare la continuità con precedenti esperienze, il legislatore ha espressamente previsto che per il perseguimento degli obiettivi indicati potrà essere utilizzato il prelievo contributivo che si renderà disponibile nel momento in cui, al termine del periodo transitorio, verrà ad estinguersi l'istituto della mobilità (art. 3, comma 12, ult. cpv.)⁸³⁷.

Il quadro che a prima vista ne deriva è tutt'altro che ispirato da una logica di uniformità trasversale dei trattamenti di tutela dei redditi nelle emergenze occupazionali, o per meglio dire l'uniformità è astrattamente declinata soltanto in relazione ad alcuni obiettivi perseguiti dalla riforma, quali *in primis* quello di realizzare comunque una qualche forma di ammortizzatore sociale in presenza di sospensioni o riduzioni dell'attività lavorativa per cause non imputabili né all'imprenditore né ai lavoratori. Ma al suo interno questo sistema si predispone naturalmente ad essere molto variegato quanto alle modalità organizzative e ai livelli di copertura, evidentemente determinati dalle capacità finanziarie delle singole categorie e ancor più dalla pressione che le organizzazioni sindacali saranno in grado di esercitare sulle controparti datoriali e sugli stessi poteri pubblici. Pertanto, in quanto sistema "in bianco", come tale destinato a divenire molto articolato, è facile prevedere che le categorie più forti saranno concentrate a ricostituire forme di protezione in qualche modo perdute o comunque attenuate mentre quelle più deboli sembrano destinate a rimanere ai margini di un'effettiva protezione sociale.

L'unico istituto che mantiene una sua unitarietà di regolamentazione è quello dei licenziamenti collettivi, su cui il legislatore non interviene organicamente, ma si limita a ritoccare la disciplina precedente per renderla coerente con il nuovo regime in materia di licenziamenti individuali. Eppure, nonostante la sommarietà degli interventi, l'istituto risulta sensibilmente stravolto nella sua conformazione e nella sua funzione, sicché su tale configurazione modificata conviene orientare l'attenzione prima di procedere oltre nella trattazione.

4. Le modifiche introdotte dalla riforma Fornero

Le modifiche introdotte dalla legge Fornero si sviluppano a ridosso di alcuni consolidati orientamenti giurisprudenziali, attenuandone la portata in alcuni aspetti, ma recuperandone

⁸³⁶ In qualche modo coerenti con le predette finalità è anche prevista la possibilità di contribuire al finanziamento di programmi formativi di riconversione o riqualificazione professionale anche in concorso con gli appositi fondi nazionali o dell'Unione europea (art. 3, comma 1).

⁸³⁷ Secondo cui "gli accordi e contratti collettivi, con le modalità di cui al comma 4, possono prevedere che il fondo di solidarietà sia finanziato, a decorrere dal 1° gennaio 2017, con una aliquota contributiva nella misura dello 0,30% delle retribuzioni imponibili ai fini previdenziali".

integralmente l'ispirazione di fondo in altri⁸³⁸. L'intera operazione, per come viene a svilupparsi, lascia trasparire un *deficit* di elaborazione ed anche una certa improvvisazione. Sembra che il legislatore si sia reso conto di una problematica di tale entità soltanto all'ultimo momento, una volta regolato analiticamente il licenziamento individuale, e quindi sia intervenuto più per l'esigenza di assicurare una "simmetria" di tutele tra le due fattispecie di licenziamento che per la necessità di intervenire su una disciplina di importanza strategica, che pure avrebbe richiesto una fase autonoma di ripensamento e di revisione. Le novità introdotte risultano frettolosamente assembleate, anche se alcune modifiche sono da tempo "rivendicate" dalla dottrina specialistica, come quella che riguarda la "contestualità" della comunicazione finale indirizzata agli organi pubblici e ai soggetti sindacali, che aveva dato luogo a pronunzie di insopportabile semplicità da parte della magistratura, specie quando si era preteso, al di là del dato testuale e della *ratio* della disposizione, che la comunicazione finale fosse assolutamente contemporanea alle lettere di licenziamento. E ciò per consentire al lavoratore una compiuta conoscenza della procedura seguita e dei criteri selettivi applicati: conoscenza ben raggiungibile in altro modo, e comunque non pregiudizievole ai fini dell'impugnativa del licenziamento gravando comunque sull'azienda l'onere della prova sulla corretta applicazione dei criteri di scelta.

Anche la soluzione da ultimo adottata di consentire un margine di elasticità di sette giorni presenta qualche margine di ambiguità, nella misura in cui non viene stabilito da quando devono decorrere i predetti giorni, se cioè dalla prima lettera di licenziamento oppure dall'ultima, il che è di particolare importanza quando, come avviene di frequente, la comunicazione di licenziamento siano state plurime e sfalsate nel tempo. E tuttavia l'intera problematica viene indirettamente ridimensionata dal fatto che il ritardo nella comunicazione può oggi integrare una mera irregolarità procedurale insuscettibile di preludere ad un provvedimento reintegratorio.

Altrettanto appezzabile è la facoltà riconosciuta alle organizzazioni sindacali di sanare eventuali irregolarità procedurali nelle varie fasi di consultazione sindacale, come frequentemente avviene, e in conformità del resto ad un indirizzo "pragmatico"⁸³⁹ che si era già andato delineando nella magistratura superiore. In proposito non appassiona granché il dibattito volto a stabilire se occorre una sanatoria esplicita ovvero una sanatoria che si realizza per atti e comportamenti concludenti⁸⁴⁰: decisiva rimane l'esigenza sostanziale di salvaguardare la funzione connessa alla informativa sindacale, che va comunque verificata in concreto alla stregua dei principi di correttezza e buona fede negoziale⁸⁴¹. Peraltro la sottoscrizione di un accordo finale rappresenta

⁸³⁸ Sulle modifiche introdotte dalla riforma v., per un'analisi dettagliata, V. FERRANTE, *Modifiche nella disciplina dei licenziamenti collettivi*, in *La nuova riforma*, cit., p. 279 ss.; G. PASCARELLA, *I licenziamenti collettivi*, in F.M. GIORGI (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro*, p. 215 ss.; P. ALBI, *I licenziamenti collettivi*, in M. CINELLI, cit., p. 310 ss.; U. CARABELLI, S. GIUBBONI, *Il licenziamento collettivo*, in P. CHIECO (a cura di), *Flessibilità e tutele nel lavoro*, cit., Bari, 2013; F. SCARPELLI, *Il licenziamento collettivo per riduzione di personale*, in AA.VV., *Guida alla riforma Fornero*, in *Quaderni Wiki Labour*, 2012.

⁸³⁹ V. Cass. 24.10.2008, n. 25759.

⁸⁴⁰ Sul punto v. A. VALLEBONA, *La riforma del lavoro*, Torino, 2012, p. 66; U. CARABELLI, F. GIUBBONI, *I licenziamenti collettivi*, cit., p. 395.

⁸⁴¹ Le decisioni della Suprema Corte che hanno approfondito la questione chiariscono che solo quando le omissioni o inesattezze abbiano determinato una falsa o incompleta rappresentazione della realtà tale da compromettere il corretto svolgimento dell'esame congiunto con il sindacato, e, quindi, da incidere sulla correttezza dei provvedimenti finali adottati, può determinarsi l'invalidazione della procedura (Cass., S.L., n. 14760 del 15.11.2000; Cass., S.L., n. 10961 del 2.10.1999; conforme: Cass., S.L., 21.7.1998, n. 7169), precisandosi che grava sul lavoratore l'onere di dedurre e provare non solo l'esistenza dei denunciati vizi o carenze delle informazioni,

comunque un indizio sintomatico di una condivisione delle scelte imprenditoriali che sottintende un'ampia conoscenza della vicenda aziendale, salvo ovviamente prova contraria di consapevoli omissioni e mascheramenti.

Più problematica si presenta invece l'articolazione delle sanzioni conseguenti alla violazione della disciplina in materia con una rottura sostanziale della unitarietà della fattispecie e con implicazioni dogmatiche ancora più delicate di quelle registrabili nei licenziamenti individuali⁸⁴².

Com'è ormai ampiamente noto, la violazione della procedura comporta effetti meramente indennitari, da 12 a 24 mensilità della retribuzione globale di fatto, di entità quindi più gravosa di quella prevista per il licenziamento individuale affetto da mera irregolarità procedurale, ma che comunque esclude l'effetto reintegratorio. Il che può avere una logica giustificazione nella diversa valenza che assume l'iter procedurale in materia di licenziamenti collettivi.

Il licenziamento orale, *melius* privo della forma scritta, mantiene una tutela piena, anche per la difficoltà di individuare la fattispecie vietata per le questioni connesse ai nuovi vincoli introdotti in materia di dimissioni volontarie. L'effetto reintegratorio è pure preservato nelle ipotesi di violazione dei criteri di scelta, sia pure con un trattamento risarcitorio attenuato. A questo riguardo il legislatore evoca una tutela affine a quella prefigurata per le ipotesi del licenziamento discriminatorio ovvero per motivi illeciti, benché con un trattamento risarcitorio più tenue. L'assimilazione non è del tutto casuale perché l'erronea individuazione dei lavoratori da licenziare sottende o fa presumere l'intenzione di colpire selettivamente alcuni lavoratori per motivi non trasparenti o quanto meno di preservare altri lavoratori al di fuori di quel che imporrebbe l'applicazione di criteri imparziali.

5. Alcune implicazioni sistematiche

Da una prima verifica d'insieme delle modifiche introdotte alcune indicazioni emergono subito nitidamente. Innanzitutto per quanto riguarda una improvvida "individualizzazione" del regime giuridico dei licenziamenti collettivi, in qualche modo assimilati a una sommatoria di licenziamenti individuali di cui recepiscono il relativo trattamento giuridico specie sul piano sanzionatorio. Il punto più innovativo, da molti evidenziato, è rappresentato dall'attenuazione delle conseguenze negative connesse alla violazione della procedura sindacale e/o amministrativa, che pure nella concezione originaria della legge n. 223 dovevano rappresentare il *core* del controllo sociale sui licenziamenti collettivi. Il legislatore mostra di non credere con altrettanta convinzione all'incisività di tale controllo, sicché ne attenua gli effetti sanzionatori lasciando integra la tutela

ma anche la rilevanza dei medesimi ai fini di una compiuta, trasparente e consapevole consultazione sindacale (Cass., S.L., n. 1923 del 19.2.2000).

⁸⁴² Come ben ricostruito nei primi commenti (V. FERRANTE, *Modifiche*, cit., p. 280), al licenziamento nullo, per mancanza di forma scritta, troverà applicazione il regime della tutela reale "forte", così come descritto dai commi 1, 2 e 3 del "nuovo" articolo 18 dello Statuto dei lavoratori (risarcimento integrale per il periodo intercorrente tra il licenziamento e la reintegra, dedotto solo l'*aliunde perceptum*); al licenziamento annullabile per violazione dei criteri di scelta, si applicherà la tutela reintegratoria "attenuata" (con detrazione anche del *percipiendum* e con il tetto massimo di 12 mensilità per il periodo di "estromissione"); mentre al licenziamento intimato in violazione delle norme procedurali, troverà applicazione il regime risarcitorio del comma 5 dello Statuto dei lavoratori (nel testo riformato e richiamato dal comma 7 della stessa norma, in ordine alla non manifesta insussistenza di un giustificato motivo oggettivo) con indennità risarcitoria onnicomprensiva, da determinarsi a iniziativa del giudice tra un minimo di 12 e un massimo di 24 mensilità.

risarcitoria soltanto per la violazione dei criteri di scelta e quindi implicitamente recuperando il ruolo centrale e in qualche modo esclusivo della magistratura⁸⁴³.

Le implicazioni sistematiche sono altrettanto problematiche, specie se il licenziamento collettivo viene confrontato con il licenziamento per motivi oggettivi, che appartiene a un'area *lato sensu* omogenea. Il licenziamento per motivi oggettivi, quand'anche viziato, ha scarse probabilità di dare luogo a un effetto risarcitorio, mentre la violazione dei criteri di scelta nell'ambito di un'operazione di ristrutturazione e riconversione aziendale può determinare la reintegrazione nel posto di lavoro, in termini quindi non diversi da quanto è previsto per la fattispecie di *manifesta insussistenza* dei motivi di licenziamento oggettivo (ovvero da una fattispecie di licenziamento discriminatorio o per motivo illecito).

Sotto altro profilo viene recuperata una fattispecie unitaria di licenziamento collettivo eliminando quella sottospecie rappresentata dalla procedura di mobilità, in qualche misura a conferma della circostanza che l'istituto ha avuto sempre una conformazione unitaria anche sul piano dei requisiti numerici e del sindacato giudiziario (e a nulla valendo i diversi percorsi per pervenire alla sua attivazione)⁸⁴⁴. A fronte di tale unitarietà della fattispecie viene alquanto disarticolato il regime sanzionatorio con una sostanziale derubricazione dei vizi della procedura che, non solo è possibile sanare in corso di trattativa, ma che in caso di violazione non danno luogo a effetti reintegratori ma soltanto di tipo risarcitorio, anche se di importo consistente muovendosi in una fascia che va da dodici a ventiquattro mensilità.

Peraltro, come si è giustamente rilevato, tale diverso regime non è affatto raccordato con la possibilità che i sindacati agiscano alla stregua dell'art. 28 dello statuto, per conseguire il risultato ben più radicale dell'annullamento dell'intera procedura seguita.

6. La soppressione dell'istituto della mobilità

Come più volte evidenziato, il tema della gestione degli esuberanti di personale non si esaurisce certo nel ricostruire la disciplina in materia di licenziamenti collettivi, che costituisce soltanto un capitolo della relativa problematica, ma va sviluppato in un contesto più ampio che tenga conto essenzialmente delle varie forme di protezione sociale sia interne che esterne al rapporto di lavoro. In questa ottica, ancor prima delle novità introdotte, rilevano marcatamente gli istituti espressamente soppressi, tra i quali risalta quello della mobilità (sia pure con efficacia definitiva soltanto dall'1.1.2017), che ha costituito un pilastro fondamentale attorno al quale ruotavano le procedure sindacali di riduzione del personale.

⁸⁴³ Sul recupero del sindacato giudiziario anche nel controllo dei motivi adottati a fondamento dei licenziamenti, si soffermano U. CARABELLI, S. GIUBBONI, *Il licenziamento collettivo*, cit., p. 394, i quali pure sottolineano "un depotenziamento delle tutele del lavoratore coinvolto in una riduzione di personale".

⁸⁴⁴ La tesi sulla doppia procedura di accesso ai licenziamenti collettivi è ampiamente sviluppata da U. CARABELLI anche nell'ultimo contributo citato, e su essa si sofferma G. PASCARELLA, *I licenziamenti collettivi*, cit., p. 221 ss.; per la tesi contraria R. DEL PUNTA, *I licenziamenti collettivi*, in M. PAPALEONI, R. DEL PUNTA, M. MARIANI (a cura di), *La nuova cassa integrazione guadagni e la mobilità*, Milano, 1992, p. 348 ss., e G. FERRARO, in AA.VV., *Integrazioni salariali*, cit.

Come da molti rilevato⁸⁴⁵, l'abrogazione dell'indennità di mobilità - che consentiva tra l'altro un avvicinamento progressivo al pensionamento, specie nella versione della mobilità lunga – vanifica il regime speciale di protezione dei lavoratori implicati in un licenziamento collettivo rendendo così difficile il raggiungimento di un accordo sindacale. Ed invero, la facoltà di disporre di un trattamento indennitario di un importo non molto inferiore a quello retributivo, unitamente a una serie di benefici collaterali, ha reso per i singoli meno allarmante la prospettiva di affrontare un periodo di disoccupazione – anche per l'eufemismo implicito nella denominazione dell'istituto della mobilità che evoca un'illusoria prospettiva dinamica – e ha quindi favorito una gestione partecipata delle relative procedure, sino al punto che ha persino finito per incidere sull'applicazione dei criteri selettivi dei lavoratori da collocare in mobilità. Tra questi è venuto del tutto naturale dare la precedenza al criterio della prossimità all'età di pensionamento in quanto considerato comunque meno traumatico e più tollerabile dalla platea dei possibili interessati⁸⁴⁶.

Abrogato l'istituto della mobilità, i licenziamenti collettivi si presentano “nudi e crudi”, con la blanda tutela dell'assicurazione per l'impiego la quale, per i limiti soggettivi e oggettivi di copertura, difficilmente può venire ad assolvere un ruolo equivalente all'indennità di mobilità.

Peraltro, a fronte delle difficoltà di raggiungere accordi collettivi, permangono notevoli costi per l'ipotesi del loro mancato raggiungimento, considerato l'onere a carico del datore di lavoro di versare un contributo o ticket contestualmente al licenziamento, che viene addirittura triplicato nel caso dei licenziamenti collettivi allorché la dichiarazione di eccedenza di manodopera non sia stata concordata in sede sindacale⁸⁴⁷. Sicché, in mancanza di rimedi adeguati, risulta facile prevedere *sia* il riproporsi di un sostanziale blocco dei licenziamenti collettivi, con un contestuale reiterarsi di un uso disinvolto delle integrazioni salariali, *sia* un recupero dei criteri legali di selezione dei lavoratori da licenziare, con tutta la carica di litigiosità che essi comportano.

7. I fondi bilaterali nelle crisi occupazionali

Il legislatore si rende conto del vuoto che si è determinato e, nel quadro di un'operazione di valorizzazione dei fondi bilaterali, attribuisce agli stessi una funzione aggiuntiva, strettamente

⁸⁴⁵ Cfr. G. FERRARO, *Ammortizzatori sociali e licenziamenti collettivi nella riforma del mercato del lavoro*, in MGL, 2012, p. 488 ss.; M. CINELLI, *Il welfare tra risparmio e razionalizzazione. Gli interventi di riforma 2011-2012 su pensioni e ammortizzatori sociali*, in M. CINELLI, G. FERRARO, O. MAZZOTTA (a cura di), *Il nuovo mercato*, cit., p. 410; P. BOZZAO, *L'Assicurazione Sociale per l'Impiego (ASpl)*, in M. CINELLI, G. FERRARO, O. MAZZOTTA (a cura di), *Il nuovo mercato*, cit., p. 429.

⁸⁴⁶ Tale meccanismo, come si era venuto a configurare nella prassi applicativa, ha costituito anche un modello di riferimento per i settori esclusi che hanno cercato di elaborare soluzioni incentivate in qualche modo affini a quelle prefigurate dal legislatore.

⁸⁴⁷ Il comma 31 dell'art. 2, come sostituito dalla legge n. 228/2012, prescrive a carico dei datori di lavoro in tutti i casi di interruzione del rapporto a tempo indeterminato l'obbligo di corrispondere una somma pari al 41% del massimale mensile Aspi per ogni 12 mesi di anzianità aziendale negli ultimi tre anni. La misura del ticket è triplicata nel caso di licenziamento collettivo in cui la dichiarazione di eccedenza di personale non abbia formato oggetto di accordo sindacale.

Inoltre la recente legge di stabilità (l. n. 228/2012) da una parte ha abbassato la misura dal 50% al 41% della nuova tassa di licenziamento con decorrenza dall'1.1.2013, da un'altra parte ha alzato la base di calcolo correlandola non più all'indennità ASpl spettante al lavoratore ma al suo minimale pari a € 1.119,00 nel 2013. La novità si riflette in modo accentuato sui licenziamenti collettivi per i quali è previsto il pagamento del ticket nella misura triplicata dall'1.1.2017, allorché cioè verrà meno l'indennità di mobilità. Per il periodo 2013/2015 il ticket non andrà versato: a) per i licenziamenti effettuati in conseguenza di cambi di appalto ai quali siano succedute assunzioni presso altri datori di lavoro, in attuazione di clausole sociali che garantiscono la continuità occupazionale, e b) per le interruzioni dei rapporti di lavoro a tempo indeterminato nel settore edile per completamento dell'attività o chiusura di cantiere.

connessa allo svolgimento delle procedure di riduzione del personale e destinata a sostituire *latu sensu* gli istituti abrogati.

Come già anticipato, le principali funzioni opzionali assegnate ai fondi si traducono testualmente nelle seguenti finalità: “a) assicurare ai lavoratori una tutela in caso di cessazione dal rapporto di lavoro, integrativa rispetto all’assicurazione sociale per l’impiego; b) prevedere assegni straordinari per il sostegno al reddito, riconosciuti nel quadro dei processi di agevolazione all’esodo, a lavoratori che raggiungano i requisiti previsti per il pensionamento di vecchiaia o anticipato nei successivi cinque anni; c) contribuire al finanziamento di programmi formativi di riconversione o riqualificazione professionale, anche in concorso con gli appositi fondi nazionali o dell’Unione europea” (art. 3, comma 11, legge cit.). Disciplina, questa, che va poi integrata con quanto prevede il comma 32, che elenca le varie prestazioni erogabili nei termini seguenti: “a) prestazioni integrative, in termini di importi o durate rispetto alle prestazioni pubbliche previste in caso di cessazione del rapporto di lavoro ovvero prestazioni integrative, in termini di importo, in relazione alle integrazioni salariali⁸⁴⁸; b) assegni straordinari per il sostegno al reddito, riconosciuti nel quadro dei processi di agevolazione all’esodo, a lavoratori che raggiungano i requisiti previsti per il pensionamento di vecchiaia o anticipato nei successivi cinque anni; c) contributi al finanziamento di programmi formativi di riconversione o riqualificazione professionale, anche in concorso con gli appositi fondi nazionale o dell’Unione europea”.

Sempre nell’ottica di devolvere ai fondi bilaterali ulteriori compiti rispetto a quelli tradizionalmente assegnati, l’art. 3, comma 17 della legge n. 92, ha stabilito, in via sperimentale, per ciascuno degli anni 2013, 2014, 2015, che l’indennità di cui all’art. 2, comma 1 della legge, sia riconosciuta anche ai lavoratori sospesi per crisi aziendali o occupazionali in possesso dei requisiti previsti dall’art. 2, comma 4, e subordinatamente a un intervento integrativo pari almeno alla misura del 20% dell’indennità stessa a carico dei fondi bilaterali di cui al comma 14, ovvero a carico dei fondi di solidarietà di cui al comma 4 del presente articolo (in ogni caso la durata massima del trattamento non può superare i 90 giorni da computare in un biennio mobile ed è erogata nei limiti del finanziamento prestabilito).

Merita subito di essere evidenziato che tali funzioni aggiuntive sono assegnate non solo ai fondi a costituzione obbligatoria (comma 11, art. 3), deputati prioritariamente a introdurre ammortizzatori sociali nei settori carenti, ma anche ai fondi a costituzione facoltativa introdotti nei settori già coperti dalle forme tradizionali di tutela dei redditi (comma 12, art. 3), i quali pertanto potranno dedicarsi in via prioritaria alle descritte attività⁸⁴⁹.

Sommario indicazioni vengono fornite in merito ai predetti fondi, per lo più estendendo, almeno parzialmente, clausole previste per i fondi obbligatori. A tal fine il comma 12, art. 3, precisa che per le finalità di cui al comma 11 “i fondi possono essere istituiti con le medesime modalità di cui al comma 4, anche in relazione a settori e classi di ampiezza già coperti dalla normativa in materia

⁸⁴⁸ Comma così modificato dalla l. 24.12.2012, n. 228.

⁸⁴⁹ D’altro canto tali funzioni avevano fortemente improntato le numerose iniziative legislative e contrattuali che si erano registrate sin dalla seconda metà degli anni ‘90 attraverso la costituzione di fondi concepiti con l’obiettivo specifico di agevolare i processi di esodo del personale e di ristrutturazione (privatizzazione) delle imprese (v. *infra*). Si ricorda in particolare quanto già previsto dall’art. 2, comma 28, legge n. 662, le cui più significative esperienze si sono registrate nel settore del credito e delle assicurazioni, ovvero quelle intervenute con riferimento a enti di interesse nazionale quali le Poste Italiane, l’Alitalia e il trasporto pubblico locale etc. Sul tema, in aggiunta agli Autori già citati sub nt. 9, v. S. LAFORGIA, *Gli ammortizzatori sociali di fonte collettiva: fondi di solidarietà*, in P. CHIECO (a cura di), *Licenziamenti*, cit., Bari, 2013, p. 570-571.

di integrazione sindacale”, per poi limitarsi, per un verso, a prevedere, per il caso di erogazione di prestazioni straordinarie, un contributo “di importo corrispondente al fabbisogno di copertura degli assegni straordinari erogati e della contribuzione correlata” (comma 24), e, per altro verso, chiarendo che “ai contributi di finanziamento di cui ai commi da 22 a 24 si applicano le disposizioni vigenti in materia di contribuzione previdenziale obbligatoria, ad eccezione di quelle relative agli sgravi contributivi” (comma 25). Su tutti i fondi poi incombe la prescrizione di carattere generale, confermata nel comma 26, secondo cui “i fondi istituiti ai sensi dei commi 4, 14, e 19, hanno obbligo di bilancio in pareggio e non possono erogare prestazioni in carenza di disponibilità”⁸⁵⁰.

8. Le principali attività non standard

A volere approfondire le principali attività opzionali assegnate ai fondi bilaterali, essi sono autorizzati a erogare essenzialmente una doppia tipologia di prestazioni, quelle volte a integrare i trattamenti assistenziali rispetto a quanto già garantito dall’Aspi (e ora da analoghe forme associative), e quelle dirette ad agevolare l’esodo di “*lavoratori che raggiungano i requisiti previsti per il pensionamento di vecchiaia o anticipato nei successivi cinque anni*” (meno significativi ai fini del discorso in trattazione sono i contributi per programmi formativi). Entrambe le prestazioni sono direttamente indirizzate nei confronti di lavoratori destinati a perdere il posto di lavoro, anche se quelle del primo tipo hanno una portata generale mentre quelle del secondo tipo hanno una portata selettiva.

In particolare, le erogazioni economiche del primo tipo possono tradursi in una integrazione dei trattamenti di disoccupazione oppure in un prolungamento della durata degli stessi, anche se non è da escludere la possibilità di integrare i due benefici. A questo riguardo il legislatore implicitamente ammette la cumulabilità dell’indennità di disoccupazione con trattamenti aggiuntivi ove previsti dalla contrattazione collettivi ed erogati attraverso i fondi di solidarietà.

Come già anticipato, la disciplina relativa a questa prima tipologia di prestazione è stata in parte modificata dall’art. 1, comma 251, lett. c), della legge di stabilità (legge n. 228/2012), che, *da un lato*, ha esteso l’intervento integrativo dei fondi di solidarietà a tutte le “*prestazioni pubbliche previste in caso di cessazione del rapporto di lavoro*”, oltre quindi l’ipotesi della integrazione dell’Aspi, e *dall’altro* vi ha compreso “*le prestazioni integrative, in termini di importo, in relazione alle integrazioni salariali*”⁸⁵¹.

Più articolata è la *seconda funzione*, e cioè quella che si traduce nell’erogare assegni straordinari per il sostegno del reddito, nel quadro dei processi di agevolazione all’esodo, ai lavoratori prossimi all’età di pensionamento, che potrebbe far pensare a una riedizione aggiornata delle politiche di prepensionamento⁸⁵².

⁸⁵⁰ Sulla tipologia delle prestazioni erogate dai fondi in esame v. pure commi 32, 33, 34 dell’art. 3

⁸⁵¹ Così già A. TURSI, *I fondi di solidarietà bilaterali*, in M. CINELLI, G. FERRARO, O. MAZZOTTA (a cura di), *Il nuovo mercato*, cit., p. 516.

⁸⁵² È questo, in particolare, un trattamento che tradizionalmente ha trovato ampio svolgimento nel settore del credito e ha consentito un riassetto del sistema bancario correlato con un intenso *turnover* della manodopera. In quel settore si è consolidata un’intensa prassi operativa sia sul piano delle procedure amministrative sia con riferimento ai rapporti intercorrenti con l’ente previdenziale. Si ricorda che al Fondo di solidarietà nel settore del credito è assegnato un intervento ordinario con funzioni di tamponamento di situazioni temporanee di difficoltà dell’impresa allo scopo di contribuire: a) al finanziamento di programmi formativi di riconversione e/o riqualificazione professionale, anche in concorso con gli appositi fondi nazionali e/o comunitari (art. 6, comma 1, punto 1, lettera a,

Ulteriore funzione opzionale dei fondi di solidarietà bilaterale consiste nel contribuire “*al finanziamento di programmi formativi di riconversione o riqualificazione professionale, anche in concorso con gli appositi fondi nazionale o dell’Unione europea*” (art. 3, comma 32, lett. c). Non si tratta in questo caso di una prestazione previdenziale ma di una forma di cofinanziamento di programmi formativi, che può accompagnarsi a periodi di sospensione dell’attività lavorativa ovvero alla risoluzione dei rapporti di lavoro specie se inquadrata nell’ambito di operazioni di esodo agevolato⁸⁵³.

Come giustamente rilevato⁸⁵⁴, quest’ultima funzione è destinata ad assumere un peso crescente nell’attività dei fondi non solo per la periodicità delle operazioni aziendali di ricambio del personale, ma ancor più per l’allungamento dell’età pensionabile che impone un continuo adeguamento della manodopera alle trasformazioni del mercato del lavoro.

Il legislatore nulla dice in merito al modo in cui l’attività dei fondi possa raccordarsi con le procedure di licenziamento collettivo e in particolare se l’attivazione di questi rimedi presupponga comunque che venga preventivamente messo in moto il procedimento legislativo sulla riduzione del personale. A questo riguardo si è opportunamente segnalato⁸⁵⁵, riferendosi a pregresse esperienze, come i fondi istituiti ai sensi dell’art. 2, comma 28, legge n. 662/1996, prevedano espressamente, per gli interventi in caso di sospensione o riduzione del lavoro, il preventivo espletamento “*delle procedure contrattuali previste per i processi che modificano le condizioni di lavoro del personale, ovvero determinano la riduzione dei livelli occupazionali, nonché di quelle legislative là dove espressamente previste*”; e per gli interventi di esodo incentivato il rispetto “*delle procedure contrattuali preventive e di legge previste per i processi che determinano la riduzione dei livelli occupazionali*”. Ciò indurrebbe a ritenere che anche con riferimento all’assegno straordinario di accompagnamento alla pensione, trattandosi di un’operazione di riduzione collettiva del personale, la sua erogazione dovrebbe essere preceduta dall’attivazione della procedura di licenziamento collettivo di cui all’art. 4, legge n. 223/1991⁸⁵⁶. Tuttavia tale *modus operandi* non sembra inevitabile e non corrisponde del tutto alle prassi sperimentate. Nulla esclude che un accordo

d.m. 28.4.2000, n. 158); b) al finanziamento di specifici trattamenti a favore dei lavoratori interessati da riduzioni dell’orario di lavoro o da sospensione temporanea dell’attività lavorativa anche in concorso con gli appositi strumenti di sostegno previsti dalla legislazione vigente (art. 6, comma 1, punto 2, lett. a, d.m. cit.). È altresì previsto un intervento straordinario per il sostegno al reddito a favore dei lavoratori licenziati, prossimi ai requisiti minimi per la fruizione del trattamento pensionistico di anzianità o di vecchiaia, nel quadro dei processi di agevolazione all’esodo, entro un arco temporale di 60 mesi, antecedenti la decorrenza del trattamento obbligatorio (art. 6, comma 1, lett. b, d.m. cit.; accordo quadro 8.7.2011). Infine, il Fondo di solidarietà eroga prestazioni emergenziali di cui all’art. 11-bis del d.m. n. 158/2000 a favore dei lavoratori in esubero, non aventi i requisiti per l’accesso alle prestazioni straordinarie in condizione di disoccupazione involontaria (art. 6, comma 1, lett. c, d.m. cit.). In termini M. SQUEGLIA, *Previdenza contrattuale*, cit., p. 635.

⁸⁵³ Come si è rilevato, nel comma 17 dell’art. 3, si rinviene un’ulteriore finalità integrativa dei fondi di solidarietà, e cioè quella di integrare, nella misura minima del 20%, l’indennità erogata dall’Aspi ai lavoratori sospesi per crisi aziendali o occupazionali. Dal combinato disposto di questa norma con quella che abroga l’art. 19, comma 1-bis, l. n. 2/2009, deriva il venir meno della possibilità di essere ammessi agli ammortizzatori in deroga (nel periodo di loro residua vigenza: 2013-2016), in mancanza dell’integrazione economica dell’indennità di disoccupazione a carico dei fondi di solidarietà (così testualmente A. TURSI, *I fondi*, cit., p. 491).

⁸⁵⁴ A. TURSI, *I fondi*, cit.

⁸⁵⁵ In questi termini per tutti *amplius* A. TURSI, *I fondi*, cit., p. 518 ss.

⁸⁵⁶ Sul punto v. A. TURSI, *I fondi*, cit., p. 519; A. PANDOLFO, I. MARIMPIETRI, *Ammortizzatori sociali “fai da te”: il caso del settore del credito*, in *RPPP*, 2001, p. 181; P. TULLINI, *In attesa di una riforma: il fondo di solidarietà dei bancari*, in *LD*, 1999, p. 337; R. DEL PUNTA, *I vecchi e i giovani: spunti sui criteri di scelta dei lavoratori in esubero*, in *LD*, 1999, p. 403.

sindacale possa autonomamente prevedere l'erogazione ad opera del fondo di assegni straordinari nei confronti dei dipendenti che abbiano i requisiti per un prossimo pensionamento al fine di agevolare l'esodo, sempre che l'intera procedura sia gestita in un'ottica consensualista e volontarista (argomentazione confermata dall'art. 4, comma 1, come modificato dalla l. n. 221/2012). Ciò anche perché la risoluzione del rapporto in questi casi difficilmente si traduce in un licenziamento quanto piuttosto si fonda su accordi di mutuo consenso per lo più sottoscritti dinanzi agli uffici del lavoro e/o con l'intervento delle organizzazioni sindacali⁸⁵⁷.

9. La vincolatività degli accordi sindacali sulle prestazioni straordinarie

Anche con riferimento alle prestazioni opzionali offerte dai fondi, si pone il problema, che ha di frequente travagliato il funzionamento degli enti bilaterali, se la relativa disciplina promossa da accordi sindacali delle associazioni più rappresentative sul piano nazionale assuma carattere vincolante nei confronti delle imprese non iscritte alle associazioni stipulanti, le quali sarebbero pertanto tenute ad erogare la relativa contribuzione. Il problema non è nuovo avendo già interessato l'attività degli enti bilaterali, e non è stato affatto risolto dalla normativa che in vario modo obbliga ad applicare i trattamenti previsti dai contratti collettivi per accedere a determinati benefici pubblici di carattere incentivante (v. in part. art. 3, d.lgs. n. 71/1993, conv. in l. n. 151/1993; ma v. pure art. 10, l. n. 30/2003), anche perché rimane controverso stabilire se i trattamenti erogati dagli enti bilaterali siano da ascrivere alla parte obbligatoria, ovvero a quella normativa, dei contratti collettivi⁸⁵⁸.

La specifica questione è stata già ampiamente vagliata con riferimento ai fondi a costituzione obbligatoria, con riguardo ai quali si è fatto osservare che nel caso di specie il trattamento economico a favore dei lavoratori temporaneamente sospesi non può essere considerato come un beneficio a favore dell'impresa quanto piuttosto come un trattamento assistenziale che deve

⁸⁵⁷ In questi termini il recente accordo quadro dell'8.7.2011 del settore del credito, dopo avere significativamente modificato la denominazione del relativo fondo di solidarietà (ora "fondo di solidarietà per la riconversione e riqualificazione professionale, per il sostegno dell'occupazione e del reddito del personale del credito"), ha stabilito che (comma 2) "le parti (...) si impegnano a valorizzare la possibilità che il ricorso alle prestazioni straordinarie del fondo di solidarietà, avvenga, ove ne sussistano i presupposti, sulla base di un accordo tra le parti aziendali o di gruppo stipulato nell'ambito delle procedure contrattuali che riguardano i processi che determinano tensioni occupazionali". "A tal fine le parti aziendali o di gruppo, ferme le previsioni di cui al DM n. 158/2000, possono pervenire ad un accordo, come fattispecie distinta del medesimo senza ricorrere alle procedure di cui alla l. n. 223/1991 che definisca, anche nell'ambito di piani di incentivazione all'esodo, le modalità di esodo volontario rivolto a tutto il personale dipendente in possesso dei requisiti per l'accesso alle prestazioni straordinarie di fondo". Per poi aggiungere al comma 4 che "gli assegni straordinari saranno erogati dal fondo per il periodo massimo di 60 mesi antecedente l'effettiva decorrenza dei trattamenti pensionistici (ivi comprese le cd. finestre)".

Peraltro l'accordo in questione, delineando un tracciato destinato ad essere seguito dai futuri fondi per il sostegno del reddito e dell'occupazione, cerca di rilanciare i contratti di solidarietà, sia difensivi che espansivi, con una regolamentazione in parte innovativa e più accattivante rispetto a quella legale che ha registrato sinora insoddisfacente applicazione.

⁸⁵⁸ La giurisprudenza ha interpretato l'art. 3, l. n. 151/1993, nel senso che lo stesso non determina l'onere del versamento della contribuzione all'ente bilaterale, sul rilievo che il versamento era contemplato dalla parte obbligatoria del contratto collettivo e dunque non era riconducibile nell'ambito del trattamento economico e normativo richiamato dalla legge (v. Cass. 6530/2011; e più di recente Cons. Stato n. 6732/2010). Com'è noto sul punto poi è intervenuto poi l'art. 10, l. n. 30/2003, interpretato in termini riduttivi dalla circ. del Ministero del lavoro 15.1.2004, n. 4, molto contestata da una parte della dottrina. Sul tema v. in part. V. BAVARO, *Note sugli enti bilaterali e libertà sindacale*, in LG, n. 12/2007, p. 1173.; v. pure F. CARINCI, *Il casus belli degli enti bilaterali*, in LD, 2003, p. 206; L. MARIUCCI, *Interrogativi sugli enti bilaterali*, ivi, 2003, p. 171; G. ZILIO GRANDI, *Enti bilaterali e problemi di rappresentanza sindacale nella legge di delega n. 30/2003*, ivi, 2003, p. 194; nonché da ultimo F. LISO, *Legge, autonomia collettiva e bilateralità: un caso problematico. Eccesso di potere del contratto collettivo*, in RDSS, 2012, p. 55.

essere istituito a favore dei dipendenti. L'ordinamento si fa carico di questa esigenza, ritenuta ormai imprescindibile, e l'affronta delegando l'attivazione dell'apposito fondo alle OO.SS. rappresentative del settore. Ma l'accordo sindacale di per sé esercita soltanto una funzione promozionale tutt'altro che esaustiva. Esso infatti va ad inserirsi all'interno di un procedimento composito, imposto dal legislatore quanto alla sua necessità, e non a caso regolato prevalentemente da atti eteronomi finalizzati a incardinare il fondo all'interno del principale istituto previdenziale, al quale sono pure affidate importanti funzioni di amministrazione e di controllo, segnatamente per quanto concerne la salvaguardia degli equilibri finanziari. Ciò vuol dire che sarebbe del tutto semplicistico valutare l'accordo sindacale, peraltro affidato all'iniziativa delle organizzazioni "rappresentative" del settore, alla stregua di un atto di autonomia negoziale del tutto autosufficienti, quando è piuttosto evidente che esso è espressione di una delega di una funzione assistenziale di interesse generale rilevante per l'intera collettività dei soggetti interessati. Per questo motivo la funzione dell'accordo si esprime essenzialmente nella fase istitutiva dopodiché tutto risulta regolamentato in termini più o meno imperativi⁸⁵⁹.

Indubbiamente la predetta ricostruzione è meno pertinente con riferimento alle funzioni opzionali e facoltative assegnate ai fondi, con riferimento alle quali dovrebbero riprendere ad operare i tradizionali paradigmi associativi. E tuttavia anche in questo caso occorre considerare, *per un verso* che non sembra del tutto coerente una ricostruzione giuridica dell'attività dei fondi differenziata a seconda delle diverse funzioni esercitate, anche perché esse frequentemente si integrano, *per altro verso* che anche le predette attività opzionali si inquadrano per lo più all'interno di un procedimento amministrativo che contempla il necessario coinvolgimento dell'ente previdenziale. Sicché non sembra né ragionevole né equo pensare che l'applicazione dei relativi trattamenti sia esclusivamente determinata da fattori volontaristici. Sotto questo profilo è decisivo quanto precisato nel comma 16, art. 3, ad esordio della regolamentazione relativa ai fondi bilaterali, ove si precisa che "*in considerazione delle finalità perseguite dai fondi di cui al comma 14, volti a realizzare ovvero integrare il sistema, in chiave universalistica, di tutela del reddito in costanza di rapporto di lavoro e in caso di sua cessazione*", sono definiti con "*decreto ministeriale*" i requisiti per l'amministrazione dei fondi bilaterali.

In termini più generali, sembra difficile negare una naturale proiezione dell'attività dell'ente bilaterale a coprire l'intera area soggettiva di riferimento. Infatti ci troviamo di fronte ad un servizio supplementare introdotto dalla contrattazione collettiva che si traduce in una peculiare forma di tutela economica strutturata diversamente da quelle tradizionali ma non rispetto ad esse eterogenea. A questo riguardo, ai fini estensivi della portata soggettiva, il legislatore si affida alle tecniche tradizionali ormai collaudate: *da una parte* riconosce il ruolo promozionale e costitutivo dei

⁸⁵⁹ In termini contrastanti v. S. LAFORGIA, *Gli ammortizzatori*, cit., e V. BAVARO, *Pubblico e privato nei fondi bilaterali di solidarietà*, in P. CHIECO (a cura di), *Licenziamenti*, cit., p. 155; ma v. pure quanto rileva M. SQUEGLIA, con riferimento all'esperienza del fondo del credito, secondo cui "a seguito dell'esercizio della potestà regolamentare del Governo (...) la questione si è spostata su un piano marginale, che sfuma notevolmente, consentendo di superare il problema della efficacia *erga omnes* del contratto collettivo, attesa la rilevanza secondaria assunta dalla fonte istitutiva. Più precisamente, i rapporti giuridici previdenziali, previsti dal Fondo, sebbene disciplinati *ab origine* come atti negoziali, si incardinano solo a seguito dell'emanazione del decreto interministeriale che recepisce l'accordo collettivo. In questo modo, la volontà negoziale, il cui prodotto è l'accordo contrattuale, è assorbita dalla fonte regolamentare; parimenti, sono assorbiti tutti gli obblighi derivanti dall'accordo medesimo, incluso quello di contribuzione al finanziamento del Fondo". Sul tema v. pure G. SIGILLÒ MASSARA, *Fondi di solidarietà e sistemi previdenziali*, cit. p. 36.

fondi alle associazioni “comparativamente” più rappresentative del settore – sul presupposto che esprimono gli interessi dell’intera area contrattuale – *da un’altra parte* connette la vincolatività del contratto al conferimento di benefici e incentivi di cui ormai è disseminata la legislazione del lavoro (v. art. 10, l. n. 30/2003).

Nei termini prospettati può condividersi la critica indirizzata nei confronti di un certo orientamento giurisprudenziale (su cui v. per tutte Cass. n. 6530/2001) ad affrontare la questione sulla base della distinzione tra parte obbligatoria e parte normativa del contratto collettivo, che viene messa in discussione proprio dalla costituzione degli enti bilaterali e dalla relativa attività⁸⁶⁰. Così come è convincente osservare che l’adesione al fondo non determina *né* una violazione della libertà sindacale negativa, *né* implica l’adesione in qualche modo forzata ai soggetti sindacali che ne hanno promosso la costituzione, giacché il fondo ha una piena autonomia economica e giuridica rispetto ai soggetti promotori dello stesso (così come l’applicazione del contratto collettivo con varie tecniche incentivata non determina alcuna violazione della libertà sindacale)⁸⁶¹.

Meno convincente è la tendenza emersa nella contrattazione collettiva (in particolare nel comparto artigiano del 23.7.2009, nel terziario del 26.2.2011) a contemplare dei costi supplementari a carico delle imprese che non intendono aderire al sistema della bilateralità prevedendo un’indennità retributiva supplementare aggiuntiva da attribuire ai lavoratori. La finalità deterrente in tal modo perseguita non sembra affatto ineccepibile e può venire a configurare, come giustamente osservato, una forma di “eccesso di potere” del contratto collettivo segnatamente sotto il profilo della disparità di trattamento che è suscettibile determinare tra analoghe posizioni lavorative⁸⁶².

10. La vincolatività dei trattamenti nei confronti dei singoli lavoratori

Diversa è invece la questione della vincolatività dei trattamenti prefigurati nei confronti dei lavoratori coinvolti nella singola procedura là dove posseggano i requisiti richiesti. In linea di principio può ritenersi che il coinvolgimento dei dipendenti interessati può assumere carattere vincolante soltanto nell’ipotesi in cui le relative prestazioni integrative vengano incanalate nell’ambito della procedura di licenziamento di cui alla legge n. 223/1991 e allorquando un tale criterio di selezione sia stato espressamente concordato in sede sindacale in sostituzione dei criteri legali⁸⁶³.

A questo riguardo si ripropone il problema, anch’esso più volte affrontato dalla dottrina e dalla giurisprudenza, sulla possibile valenza discriminatoria in base all’età di accordi orientati ad espellere in via prioritaria i lavoratori prossimi al pensionamento. Anche tale questione è stata più volte vagliata in sede giurisprudenziale, ove si è dovuto prendere atto della sostanziale ragionevolezza

⁸⁶⁰ Così v. V. BAVARO, *Note sugli enti bilaterali*, cit.; e da ultimo F. LISO, *Legge, autonomia collettiva e bilateralità*, in *RDSS*, 2012, p. 55.

⁸⁶¹ Più delicata è la questione relativa all’amministrazione dei fondi che in alcuni casi hanno dato luogo a sperperi e approfittamenti, sicché diventa imprescindibile un adeguato controllo pubblico come quello che ha riguardato le Casse professionali di previdenza.

⁸⁶² Così efficacemente F. LISO, *Legge*, cit.

⁸⁶³ Per giunta, come si è giustamente rilevato, la questione viene ormai frequentemente disciplinata nell’ambito della contrattazione collettiva ove si tende a privilegiare la scelta volontaristica del singolo suscettibile di prevenire qualunque coercizione.

di un'opzione fondata sull'età, in quanto non eccessivamente pregiudizievole per i lavoratori coinvolti e al contempo suscettibile di favorire un successivo ricambio generazionale⁸⁶⁴.

Del resto giova ricordare che l'art. 6 della direttiva comunitaria 27.11.2000, n. 2000/78, sulla parità di trattamento in materia di occupazione e condizioni di lavoro, si mostra assai cauto nella valutazione di criteri di discriminazione correlati all'età, prevedendo, solo per questa forma di discriminazione, un'inusitata clausola di giustificazione a contenuto aperto⁸⁶⁵. In coerenza con le predette indicazioni contenute nella direttiva comunitaria - e condivisa in linea di principio la ragionevolezza dell'opzione in relazione alla posizione più protetta dei lavoratori prossimi alla pensione - si deve ritenere che la questione non possa essere affrontata in termini astratti e generali ma vada piuttosto verificata in riferimento alla singola situazione concreta tenendo conto di vari fattori da valutare: quali i motivi che hanno determinato l'eccedenza di personale, le qualifiche implicate, il numero dei lavoratori che può essere coinvolto nella procedura, la loro collocazione aziendale, etc.⁸⁶⁶.

11. La procedura aziendalistica di incentivi all'esodo

Oltre le ipotesi indicate, il legislatore individua un'altra procedura tipica per affrontare i problemi di eccedenza di personale, di matrice per così dire domestica, in quanto integralmente fondata su accordi aziendali stipulati tra datori di lavoro (che impiegano mediamente più di 15 dipendenti) e "le OO.SS. maggiormente rappresentative a livello aziendale". In questa prospettiva gli accordi "possono prevedere che al fine di incentivare l'esodo dei lavoratori più anziani, il datore di lavoro si impegna a corrispondere ai lavoratori una prestazione di importo pari al trattamento di pensione che spetterebbe in base alle regole vigenti, ed a corrispondere all'Inps la contribuzione fino al raggiungimento dei requisiti minimi per il pensionamento" (art. 4). La norma, impropriamente collocata nell'art. 4, comma 1 ss., anziché nell'art. 3, come sarebbe stato più pertinente⁸⁶⁷, disegna una procedura standard esclusivamente a favore dei "lavoratori più anziani", genericamente evocati, per poi precisarsi che i lavoratori coinvolti nel programma devono raggiungere i requisiti minimi per il pensionamento di vecchiaia o anticipato nei quattro anni successivi alla cessazione del rapporto di lavoro (qui il numero di anni è ridotto rispetto alla distanza di cinque anni prevista con riferimento ai fondi bilaterali).

⁸⁶⁴ Su cui v. Cass. 23.3.1998, n. 3057, in *RIDL*, 199, II, p. 197 ss.; Cass. 7.12.1999, n. 13691, in *GC Mass.*, 1999, p. 2740 ss.; Cass. 24.4.2007, n. 9866, in *GC Mass.*, 2007, p. 4 ss. Secondo la Suprema Corte può considerarsi adeguato il criterio della prossimità al trattamento pensionistico con fruizione di mobilità lunga, stante la giustificazione costituita dal minore impatto sociale dell'operazione e la facoltà sindacale di sostituire i criteri legali adottando anche un unico criterio di scelta a condizione che il criterio adottato escluda qualsiasi arbitrio da parte del datore di lavoro (Cass. 24.4.2007, n. 9866).

⁸⁶⁵ Ai sensi dell'art. 6, n. 1, gli Stati membri possono prevedere che le disparità di trattamento in ragione dell'età non costituiscano discriminazione "là dove esse siano oggettivamente e ragionevolmente giustificate, nell'ambito del diritto nazionale, da una finalità legittima, compresi giustificati obiettivi di politica del lavoro, di mercato del lavoro e di formazione professionale, e i mezzi per il conseguimento di tale finalità siano appropriati e necessari". Su tale clausola v. D. PAPA, *Divieto di discriminazione per età e autonomia collettiva*, in *RDSS*, 2012, 2, p. 313 ss.

⁸⁶⁶ Sul piano fiscale, come si è opportunamente precisato, gli assegni straordinari di accompagnamento alla pensione vanno considerati redditi sostitutivi della retribuzione, assoggettati come tali a tassazione ordinaria ove corrisposti in forma rateale (v. combinato disposto degli artt. 6, comma 2, e 49, TUIR). Ove invece corrisposti in un'unica soluzione alla cessazione del rapporto, essi sono equiparabili ad "altre indennità e somme percepite una volta tanto in dipendenza della cessazione del rapporto di lavoro", e quindi sono assoggettati a tassazione separata (ai sensi del combinato disposto degli artt. 17, comma 1, lett. a, e 19, comma 2, TUIR). Sul punto v. A. TURSI, *I fondi di solidarietà bilaterale*, cit., p. 517 ss., nonché sui fondi istituiti ex art. 2, comma 28, legge n. 662/96, G. SIGILLÒ MASSARA, *Fondi di solidarietà*, cit., p. 75 ss.

⁸⁶⁷ Così P. SANDULLI, *L'esodo incentivato*, in M. CINELLI, G. FERRARO, O. MAZZOTTA (a cura di), *Il nuovo mercato*, cit.

A tal fine viene previsto un percorso inedito di integrazione di un accordo aziendale con una procedura di carattere amministrativo, che fa capo all'Inps, sintetizzata nei passaggi essenziali nel comma 3, ove si precisa che: *“allo scopo di dare efficacia all'accordo di cui al comma 1, il datore di lavoro interessato presenta apposita domanda all'Inps accompagnata dalla presentazione di una fideiussione bancaria a garanzia della solvibilità in relazione agli obblighi”*, dopodiché (comma 4) *“l'accordo diviene efficace a seguito della validazione da parte dell'Inps”*.

In virtù di tale meccanismo, se l'accordo aziendale costituisce la premessa necessaria per avviare la procedura, è poi necessario che il datore di lavoro, allo scopo di dare seguito all'intesa sindacale, presenti una domanda all'Inps a garanzia della solvibilità degli impegni assunti, sicché l'accordo diviene realmente efficace soltanto dopo la *“validazione”* da parte dell'Ente previdenziale, che effettua l'istruttoria dei requisiti necessari sia sul versante dei lavoratori interessati sia degli impegni assunti dal datore di lavoro.

In attuazione del predetto accordo, il datore di lavoro è obbligato a versare mensilmente all'Inps la provvista per le prestazioni e per la contribuzione figurativa, in assenza della quale l'Inps *“è tenuto a non erogare le prestazioni”* se non dopo avere proceduto all'escussione della fideiussione.

Il legislatore sembra volere chiarire che si tratta di un trattamento previdenziale anticipato, giacché il pagamento viene effettuato dall'Inps *“con le modalità previste per il pagamento delle pensioni”*, anche se contestualmente *“l'istituto provvede all'accredito della relativa contribuzione figurativa”*, anch'essa finanziata dall'impresa. Ma è opportuno rimarcare la matrice anche pararetributiva della prestazione visto che l'onere è integralmente a carico del datore di lavoro⁸⁶⁸.

Sul piano strutturale, ci si trova in presenza di un'operazione tipizzata di esodo incentivato, che si traduce in una sorta di prepensionamento convenzionale i cui oneri, anziché gravare sull'ente previdenziale ovvero su qualche entità di matrice mutualistica, sono integralmente posti a carico del datore di lavoro. La predisposizione di una regolamentazione ad hoc, in controtendenza rispetto alla disciplina sul pensionamento, lascia trasparire una chiara opzione favorevole alla diffusione di tali operazioni di prepensionamento, nonostante siano sempre più difficili da realizzare e comunque risultano praticabili soltanto se adeguatamente finanziate.

La norma pone i consueti problemi già accennati con riferimento ai fondi bilaterali, sia per quanto concerne la vincolatività dell'accordo aziendale stipulato con le organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative a livello aziendale nei confronti dell'intera collettività, sia in ordine alla vincolatività dello stesso nei confronti dei singoli lavoratori che vi sono coinvolti.

In questo caso la soluzione sembra agevolata dalla disposizione di cui all'art. 8, d.lgs. n. 135/2011, conv. in l. n. 148/2011, a proposito della *“contrattazione collettiva di prossimità”*, che contempla *“specifiche intese con efficacia nei confronti di tutti i lavoratori interessati a condizione di essere sottoscritte sulla base di un criterio maggioritario relativo alle predette rappresentanze sindacali”*, e ciò anche in ragione del richiamo espresso contenuto nella norma, tra gli obiettivi perseguibili con la contrattazione in deroga, anche di quello di concorrere alla gestione delle crisi

⁸⁶⁸ Secondo P. SANDULLI, *L'esodo*, cit., p. 565, l'accordo collettivo, quand'anche negoziato nell'ambito di una procedura di licenziamento collettivo ex lege n. 223/1991 *“si caratterizza con un profilo di volontarietà dell'adesione dei singoli lavoratori interessati al trattamento di esodo”*.

occupazionali. Né particolarmente significativo può essere il riferimento tradizionale (ormai anacronistico) alle organizzazioni “maggiormente” rappresentative anziché a quelle “comparativamente” più rappresentative, atteso che il primo criterio è ancora di uso corrente allorché la rappresentatività viene evocata a livello aziendale.

Per quanto poi concerne la vincolatività nei confronti dei singoli, deve convenirsi con coloro che hanno rimarcato il carattere volontaristico dell'intera operazione che espressamente è rivolta a incentivare l'esodo spontaneo dei lavoratori⁸⁶⁹. Ciò sembra coerente anche nell'ipotesi in cui l'accordo in questione venga a collocarsi all'interno di una procedura di licenziamento collettivo regolata dagli artt. 4 e 24 della legge n. 223/1991 (come ora espressamente previsto dall'integrazione al comma 1 apportata dal d.lgs. 18.10.2012, n. 179, conv. in l. 17.12.2012, n. 221⁸⁷⁰), considerato che la tecnica adoperata, nella misura in cui coinvolge dipendenti in servizio i quali hanno la possibilità di prolungare l'attività lavorativa sino al 70° anno di età, se non oltre, rende difficile qualunque coercizione nei confronti di tale categoria di soggetti. Anche se non è da escludere che un siffatto criterio selettivo venga espressamente prescelto nel corso della trattativa sindacale come criterio prioritario o esclusivo in sostituzione di quelli legali. In tal caso si riproporrebbe l'interrogativo sul suo carattere discriminatorio essendo fondato esclusivamente sull'età di pensionamento (su cui v. *infra*)⁸⁷¹.

È superfluo dire che gli aspetti più delicati della procedura sono connessi al rispetto degli impegni assunti dal datore di lavoro, atteso che, in caso di inadempimento, anche parziale, viene bloccata l'intera operazione di esodo con ripercussioni particolarmente delicate nel caso in cui sia in corso una procedura legale di licenziamento collettivo. In questo caso deve ritenersi che il mancato adempimento sia suscettibile di rendere invalida la risoluzione del singolo rapporto di lavoro ove determinata dal fattore età, il che vorrebbe dire che il licenziamento potrà essere annullato per un evento estrinseco alle ragioni della sua adozione.

⁸⁶⁹ Su questo profilo insiste P. SANDULLI, *L'esodo*, cit., p. 565 ss., ritenendo necessaria l'adesione, che implica disponibilità alla risoluzione consensuale del contratto di lavoro, sul quale può significativamente pesare la circostanza (del tutto ignorata dalle regole legali sull'esodo) che il singolo può gettare sul piatto della bilancia negoziale il peso della sua possibile opzione per il trattenimento in servizio fino a 70 anni e oltre.

⁸⁷⁰ La norma ha aggiunto all'art. 4, comma 1, un periodo secondo cui “la stessa prestazione può essere oggetto di accordo sindacale nell'ambito di procedure ex artt. 4 e 24, l. n. 223/91, ovvero nell'ambito di processi di riduzione di personale dirigente conclusi con accordo firmato da associazione sindacale stipulante il contratto collettivo di lavoro della categoria”.

⁸⁷¹ Sulle problematiche richiamate è intervenuto di recente anche il Ministero del lavoro nella circolare n. 24 del 19.6.2013 (ma v. pure quella integrativa prot. 40/26125 del 25.7.2013, e la circ. INPS n. 119 dell'1.8.2013), che con una certa semplificazione ha individuato tre distinte fattispecie.

La *prima* si riferisce al caso in cui in presenza di eccedenze di personale si stipulano un accordo “secco” con le OO.SS. maggiormente rappresentative volto a favorire un esodo incentivato. Tale accordo assumerà valore vincolante nei confronti dei singoli dipendenti solo a seguito dell'accettazione dei medesimi.

La *seconda* ipotesi è quella in cui l'accordo si inserisca all'interno di una procedura di licenziamento collettivo di cui agli artt. 4 e 24, legge n. 223/1991. In tal caso il criterio concordato assumerebbe valenza coercitiva nei confronti dei singoli, per cui “a seguito dell'accordo, la procedura di licenziamento collettivo procederà secondo il suo iter naturale con l'unica differenza che il licenziamento darà luogo in tal caso non alla mobilità, bensì alla corresponsione della prestazione di importo pari al trattamento di pensione fino a quel momento maturato”. Come opportunamente si precisa, in tale ipotesi il datore di lavoro potrà procedere al recupero delle somme pagate ai sensi dell'art. 5, comma 4, legge n. 223/1991, e cioè al contributo erogato al momento dell'attivazione della procedura di mobilità, e inoltre non troverà applicazione l'art. 2, comma 31, legge cit., inerente l'obbligo di corrispondere il *ticket* che si accompagna alle operazioni di licenziamento.

La *terza* fattispecie, si riferirebbe all'ipotesi in cui l'accordo sulla prestazione di importo pari al trattamento di pensione riguardi processi di riduzione del personale dirigente. Anche in questo caso l'opzione per il pensionamento anticipato assumerebbe carattere marcatamente volontaristico collocandosi al di fuori delle prescrizioni della disciplina legale in materia di licenziamento.

12. Nuove tecniche di tutela e profili di costituzionalità

Con riferimento al quadro normativo descritto, alcune conclusioni appaiono alquanto lineari in materia di tecniche di gestione delle crisi occupazionali. Si è passati da un sistema fortemente regolamentato, che consentiva un elevato margine di prevedibilità circa gli esiti delle procedure di riduzione della manodopera, a un sistema sostanzialmente instabile, destinato a divenire molto frastagliato e diversificato per le varie categorie professionali essendo fortemente condizionato dalle disponibilità finanziarie dei singoli settori e delle singole aziende interessate. Come più volte anticipato, tale nuovo assetto normativo ha radicalmente compromesso alcuni pilastri su cui si reggeva la legge n. 223/1991 corrodendone dall'interno la filosofia di fondo.

La procedura di licenziamento collettivo di cui agli artt. 4 e 24, legge n. 223/1991, rimane sostanzialmente in piedi ma viene svuotata di ogni incisività essendo stata pregiudicata in alcuni punti assolutamente qualificanti: vale a dire con riferimento all'istituto della mobilità, che consentiva di realizzare una fuoriuscita morbida della manodopera dal mondo del lavoro nei settori più esposti alle oscillazioni di mercato, e per quanto concerne il ruolo delle OO.SS., le quali sono passate da un ruolo cogestionale dell'iter procedurale a un ruolo sostanzialmente promozionale di possibili soluzioni alternative.

Anche i criteri di scelta dei lavoratori da licenziare sembrano implicitamente trasfigurati. L'equilibrio interno ai tre criteri legali risulta sensibilmente modificato nel momento in cui il legislatore, sulla scorta di esperienze pregresse, ha manifestato apertamente un'opzione a favore di forme incentivate di esodo finanziate dagli enti bilaterali, oppure direttamente dalle aziende interessate, e su tale opzione ha delineato un sistema parallelo a quello ufficiale di riduzione del personale, delegato almeno in parte all'autonomia collettiva, e che si esprime in una doppia variante, quella categoriale-settoriale, affidata appunto ai fondi bilaterali, e quella aziendalistica, assegnata all'iniziativa e alle disponibilità finanziarie della singola impresa.

La scelta di puntare anche in questo settore sui fondi bilaterali in sostituzione dell'istituto della mobilità, ovvero per integrare forme aggiuntive di assistenza in quei settori tradizionalmente privi di rimedi contro il rischio della perdita dei posti di lavoro, si riallaccia a una tendenza più generale, di cui l'espressione più significativa è ora rappresentata proprio dalla prefigurazione di fondi a costituzione obbligatoria per assicurare ammortizzatori sociali in costanza di rapporto in settori tradizionalmente scoperti. Essa è il riflesso di un mutamento strisciante dei sistemi di welfare - registrabile in forme più o meno accentuate nella maggior parte dei paesi europei⁸⁷² - con un progressivo ridimensionamento del welfare statalistico e centralistico volto a monopolizzare gli istituti di previdenza sociale, a favore di un welfare eclettico o promiscuo, in qualche caso autogestito, che delega ampi margini di protezione a soggetti privati, a gruppi intermedi e a comunità locali. Le definizioni in proposito adoperate sono le più eterogenee (si parla di welfare sussidiario, o neo-welfarismo liberale, o welfare mutualistico e autofinanziato)⁸⁷³: al fondo hanno in comune la consapevolezza di un passaggio epocale da un welfare monolitico ad un welfare poliedrico, da un welfare di stampo pubblicistico con regole imperative ad un welfare misto o flessibile in cui si integrano tecniche protettive anche di estrazione privatistica. È superfluo evidenziare che tutto

⁸⁷² V. nt. 1, cui *adde* A. PERSIANI, *Crisi economica e crisi del welfare*, relazione al Convegno Aidlass, Bologna, 16/17.5.2013, dattiloscritto.

⁸⁷³ Sul tema v. per tutti M. FERRERO, *Neo-welfarismo liberale: nuove prospettive dello stato sociale in Europa*, in *Stato e Mercato*, 2013, p. 97.

ciò è riconducibile alla crisi finanziaria dei principali paesi europei e alla progressiva riduzione delle risorse pubbliche disponibili a fronte di una società civile che moltiplica le istanze di protezione per molteplici fattori di instabilità sin troppo noti: volubilità dei sistemi produttivi, articolazione delle forme di impiego, diffusione di aree di sottoccupazione e di emarginazione, etc. Questione, detto per inciso, tanto più rilevante in un sistema come il nostro in cui una dissennata politica di disarticolazione delle modalità di impiego ha compromesso l'unitarietà di un modello dominante di impiego su cui era stato costruito il nostro sistema previdenziale, lasciandoci in eredità schiere di soggetti privi di qualsiasi copertura previdenziale per il presente e per il futuro⁸⁷⁴.

Con riferimento al tema specifico, l'aspetto più problematico del nuovo assetto normativo è legato sostanzialmente a una scommessa tutta da verificare relativa al passaggio da un sistema legale di mobilità, sia pure settoriale, a un sistema categoriale (ovvero settoriale o aziendalistico), di carattere sostanzialmente opzionale e variabile nella struttura tecnica e nelle prestazioni erogate, destinato a farsi carico di molte esigenze di tutela che il sistema pubblico non è più in grado di soddisfare. E tuttavia la scommessa di concentrare importanti funzioni previdenziali anche fondamentali, sia obbligatorie sia facoltative, sugli enti bilaterali, assunti come modello generale di un nuovo sistema di gestione dei rischi derivanti dalla carenza di lavoro e dallo stato di disoccupazione, potrebbe rivelarsi come una soluzione sostanzialmente elusiva volta a mascherare una sostanziale e ineluttabile riduzione dei livelli di protezione sociale, in alcun modo compensata da un'autentica riforma organica degli ammortizzatori sociali, che astrattamente tutti vorrebbero ma che non siamo più in grado di realizzare. In proposito sono eloquenti le difficoltà che stanno incontrando i soggetti collettivi a promuovere la costituzione dei fondi bilaterali nonostante le sollecitazioni ministeriali e le continue proroghe.

D'altro canto l'integrazione pubblico-privato, se ha dato risposte accettabili in alcuni settori, quale quello della previdenza complementare, e in qualche misura nel settore sanitario, non è detto che possa essere declinata negli stessi termini nell'articolazione delle soluzioni tecniche, giuridiche e finanziarie necessarie per assicurare i lavoratori contro il rischio della disoccupazione. Sotto tale profilo, le forme complementari di tutela previdenziale possono equilibratamente svilupparsi soltanto una volta che sia stato assicurato un terreno minimalistico di protezione, e cioè una base comune di tutele imprescindibili⁸⁷⁵, come in qualche modo avvenuto in materia pensionistica con riferimento alla previdenza complementare. Sul fronte della tutela dell'occupazione non si può ritenere che le nuove forme di tutela dei redditi, tra cui in primis, l'Aspi e la mini Aspi, rappresentino una base adeguata, *sia* per l'entità modesta dei trattamenti, *sia* per la logica assicurativo-

⁸⁷⁴ L'Italia è ritenuta il paese, tra quelli appartenenti all'OECD, che ha più intensamente perseguito l'obiettivo della diffusione del lavoro flessibile e precario senza adeguati interventi sul terreno previdenziale e senza modificare la struttura del contratto a tempo indeterminato, consentendo così la formazione di un esercito di soggetti privi di protezione, così F. BERTON, M. RICHIARDI, F. SACCHI, *Flex-insecurity. Perché in Italia la flessibilità diventa precarietà*, Bologna, 2009. D'altro canto occorre richiamare le perplessità della Banca d'Italia che da tempo ammonisce che la diffusione dei contratti a durata prefissata può avere ripercussioni particolarmente negative sulla produttività del lavoro a causa dei ridotti investimenti di formazione compiuti dagli imprenditori sui lavoratori occupati con tali contratti.

⁸⁷⁵ Un'efficace ricostruzione delle politiche del lavoro in Italia in S. SACCHI, P. VESAN, *Le politiche del lavoro*, in U. ASCOLI (a cura di), *Il welfare in Italia*, p. 147 ss., che sottolineano quale preconditione del funzionamento dei fondi bilaterali la formazione di un pavimento univoco di diritti sociali e alla formazione accessibile da parte di tutti i lavoratori in particolare durante le transazioni lavorative, v. pure p. 176 ss.

occupazionale che ne contraddistingue le condizioni di fruibilità e le modalità di finanziamento, *sia* per la parzialità della copertura che lascia ancora scoperte le posizioni più fragili⁸⁷⁶.

Come è inevitabile queste perplessità sono destinate a tradursi in delicati dubbi di valenza costituzionale che investono i principi fondanti del nostro diritto previdenziale e che già sono stati ampiamente illustrati dalla migliore dottrina, sia pure con attenzione quasi esclusiva ai fondi obbligatori, ma con rilievi in buona parte applicabili anche ai fondi facoltativi⁸⁷⁷.

Punto di partenza dell'analisi risulta essere anzitutto la clausola di cui alla lett. n) dell'art. 117, comma 2, introdotto con la riforma costituzionale del 2001, secondo cui è riservata in via esclusiva alla potestà legislativa statale la determinazione dei livelli essenziali e le prestazioni concernenti i diritti civili e sociali. Essa, come ci viene ricordato⁸⁷⁸, costituisce un punto di snodo fondamentale per comprendere *sia* i caratteri fondamentali del nostro sistema pseudo-federale, *sia* le linee di tendenza lungo le quali si dovrebbe sviluppare il nostro sistema di welfare⁸⁷⁹.

La norma va poi raccordata alle disposizioni imperative contenute nell'art. 38 Cost. che pur nella riconosciuta genericità sono da molti invocate per rivendicare un sistema universalistico di tutele anche attraverso forme di reddito minimo garantito o salario di cittadinanza⁸⁸⁰.

Muovendo dalle prescrizioni costituzionali, a molti è sembrato non tollerabile una così marcata diversità di regolamentazione degli ammortizzatori sociali sia quanto ad entità delle prestazioni sia quanto a garanzia della effettiva erogazione⁸⁸¹. Le perplessità colgono indubbiamente nel segno e tuttavia alcune di esse potrebbero apparire eccessive o quantomeno anacronistiche. È singolare che un problema di uniformità dei trattamenti nell'area degli ammortizzatori sociali si ponga oggi quando il legislatore ha prefigurato una qualche forma di tutela, semmai anche artificiosa o inadeguata, e non sia stato posto con pari fermezza in passato quando le discriminazioni erano ben più radicali (si pensi alla "catena" integrazioni salariali, mobilità, disoccupazione speciale, costruita esclusivamente sull'esigenza del settore industriale).

A ciò si potrebbe aggiungere che l'art. 38 Cost. sancisce l'obbligo di predisporre forme di tutela per i principali rischi connessi all'attività lavorativa, ma nulla dice in ordine alle tecniche e alle procedure attraverso cui questi obiettivi devono essere perseguiti, e anzi il comma 4 sembra

⁸⁷⁶ In questo contesto la scelta della bilateralità, con tutto il margine di incertezza che implica, può apparire una soluzione insoddisfacente, elusiva e in alcuni settori persino velleitaria essendo fortemente condizionata dalle disponibilità finanziarie e dagli equilibri di forza tra i soggetti sociali che si confrontano nelle diverse aree produttive. Nella difficile congettura in corso quanti saranno i settori produttivi che riusciranno a costruire attraverso i fondi bilaterali un accettabile sistema di protezione contro il rischio della riduzione o cessazione dell'attività lavorativa? E quante aziende avranno risorse sufficienti per potere finanziare forme di esodo incentivato a fondo perduto per un numero consistente di dipendenti?

⁸⁷⁷ V. per tutti R. PESSI, *Ripensando al welfare*, dattiloscritto; A. DI STASI, *Processo di universalizzazione degli ammortizzatori sociali e principi costituzionali*, in *RDSS*, 2013, 3; M. CINELLI, *La riforma del sistema di welfare*, cit.

⁸⁷⁸ L. VIOLINI, *La parabola del welfare dalla costituzione alla riscoperta della sussidiarietà*, in L. VIOLINI, G. VITTADINI (a cura di), *La sfida*, cit., p. 211.

⁸⁷⁹ "Essa tocca anche, a margine, alcuni importanti aspetti relativi alla struttura della P.A. e alle sue dinamiche di funzionamento, dal problema gravissimo del riparto delle risorse finanziarie tra centro e periferia in vista del finanziamento dei livelli stessi"; L. VIOLINI, *La parabola*, cit., p. 217.

⁸⁸⁰ Su tale problematica v. per tutti M. PERSIANI, *Crisi economiche e crisi del welfare states*, cit.

⁸⁸¹ Per tutti M. CINELLI, *La problematica*, dattiloscritto.

accogliere una visione pluralista delle possibili opzioni là dove stabilisce che ai compiti previsti “*provvedono organi e istituti predisposti o integrati dallo Stato*”.

Sotto altro profilo l'obbligo di pareggio di bilancio, sia pure connesso agli impegni comunitari dei quali il nuovo testo dell'art. 81 Cost. è espressione⁸⁸², non sempre è sembrato compatibile con le garanzie obbligatorie che l'ordinamento giuridico deve necessariamente assicurare nei confronti dei principali rischi che contraddistinguono le relazioni di lavoro, in particolare nei confronti dei soggetti più deboli che non hanno margini di protezione. Di guisa che l'eliminazione di ogni automatismo previdenziale (art. 2116 c.c.) comprometterebbe quel vincolo di solidarietà che dovrebbe essere comunque assicurato in ultima istanza dalla fiscalità generale.

13. Sul ruolo sindacale nella riforma del welfare

Perplessità di diversa natura, ma intrecciate con quelle evocate, si addensano sul ruolo della contrattazione collettiva. Il sistema volontaristico su cui si è retto il nostro ordinamento sindacale, oltre a suscitare i consueti interrogativi sulla sua efficacia e validità alla stregua dell'art. 39 Cost., non è certo in grado di garantire tutele, sia pure minimalistiche, di carattere universale e generale, ed anzi sotto questo profilo è molto forte il rischio di una feodalizzazione delle forme di protezione sociale in relazione alle caratteristiche e peculiarità delle singole categorie e dei diversi settori produttivi. Ciò è vero non solo con riferimento alle funzioni obbligatorie assegnate agli enti bilaterali, in materia di ammortizzatori sociali interni al rapporto di lavoro - già differenziati secondo una linea divisoria che vede i settori tradizionali assoggettati a regole di maggiore consistenza e garanzia di fruizione - ma ancor più con riferimento alle soluzioni opzionali o facoltative assegnate agli stessi enti, che rischiano di restituirci una geografia ancor più variegata delle forme di tutela dei redditi in carenza di lavoro rispetto a quella che si voleva superare. Il che vorrebbe dire che, ad onta delle finalità ideali astrattamente enunciate, la riforma degli ammortizzatori sociali si sarebbe tradotta in un mero aggiustamento delle tecniche di tutela, che restano appannaggio delle categorie merceologicamente più forti e con una scarsa protezione per i soggetti tradizionalmente esclusi.

In termini più generali, la questione sollevata – e qui può essere appena accennata - investe direttamente il ruolo del sindacato nei sistemi di protezione sociale nelle attuali economie postindustriali in profonda e rapida trasformazione. Occorre in proposito appena ricordare che molte forme di tutela sociale e le stesse assicurazioni obbligatorie sono state originariamente delineate in ambito privatistico (si pensi alle Opere pie) e negoziale (società di mutuo soccorso) per poi trovare un consolidamento istituzionale attraverso un'articolata legislazione che ha prefigurato la costituzione di enti pubblici deputati a gestire le principali prestazioni obbligatorie. Oggi il legislatore sembra in qualche modo costretto a tornare alle origini delegando nuovamente compiti e funzioni che non è più in grado di gestire compiutamente alle parti sociali, sia pure all'interno di una cornice legislativa rigidamente costruita, particolarmente attenta alle esigenze di stabilità finanziaria. Ciò è avvenuto in termini già alquanto significativi con la regolamentazione della previdenza complementare, che pure è stata regolamentata in una dimensione più liberista, favorendo la concorrenza delle fonti istitutive e modelli alternativi di gestione, salvaguardando la libertà e il pluralismo sindacale e assicurando comunque la scelta volontaristica dei singoli

⁸⁸² V. M. CINELLI, cit.

destinatari. Con i fondi di solidarietà bilaterali si registra un cambio di marcia, che si traduce nell'assegnare un ruolo privilegiato ai sindacati comparativamente più rappresentativi, nell'imporre l'obbligatorietà della loro costituzione per il soddisfacimento di alcune esigenze considerate prioritarie, e nel prevedere forme inusitate di integrazione tra l'attività dei fondi e l'intervento pubblico. In questo caso il sistema di "coproduzione" pubblico-privato risulta contraddistinto da elementi di maggiore coercitività, sia a livello collettivo che individuale, ancorché giustificati da una logica di solidarietà che impronta strutturalmente la natura e funzione dei fondi di futura costituzione. In questo modo si realizza una forte istituzionalizzazione del ruolo del sindacato, la cui attività si inserisce all'interno di un circuito complesso di matrice prevalentemente pubblicistica che pone in secondo piano i problemi che ritualisticamente angosciano la dottrina italiana sull'efficacia soggettiva degli accordi istitutivi dei fondi e sui limiti di vincolatività della relativa disciplina.

Ciò nondimeno la previdenza sindacale o categoriale contiene in sé un groviglio di questioni e di nodi irrisolti, che sono già affiorati in passato con riferimento all'attività degli enti bilaterali e che sono destinati a riproporsi in termini amplificati con i nuovi compiti assegnati ai fondi bilaterali per una più accentuata integrazione o "funzionalizzazione" di tali entità all'interno del sistema previdenziale⁸⁸³. Ragioni che attengono essenzialmente a istanze ineludibili di giustizia sostanziale, di equità e di solidarietà.

La Corte Costituzionale si è trovata di recente a intervenire in questa delicata materia – con riferimento a una norma (art. 19, comma 1, lett. a, d.l. 29.11.2008, n. 185) che condizionava l'intervento pubblico a favore della categoria degli apprendisti ad un parallelo coinvolgimento degli enti bilaterali - ma anziché provare a rischiarare l'orizzonte ha preferito assumere un atteggiamento pilatesco al limite del cinismo rifugiandosi sul carattere incentivante e sperimentale della tecnica adoperata in quanto volta a stimolare la formazione di una previdenza privata⁸⁸⁴. La risposta nell'occasione data dalla Corte può essere anche accettata in relazione alla portata limitata della norma incriminata⁸⁸⁵, oltretutto travolta da successive riforme, e tuttavia sembra alquanto

⁸⁸³ Sul collegamento funzionale tra previdenza pubblica e previdenza complementare non si può fare a meno di richiamare Corte Cost. 28.7.2000, n. 393, le cui argomentazioni restano molto opinabili.

⁸⁸⁴ Su queste tecniche di integrazione pubblico-privato ha avuto modo di esprimersi la Corte Costituzionale con la recente sentenza n. 108/2013, con riferimento all'art. 19, comma 1, lett. c), D.L. 29.11.2008, n. 185, che ha disposto l'estensione dell'indennità di disoccupazione agli apprendisti, in via sperimentale per il triennio 2009-2011, in caso di sospensione per crisi aziendali o occupazionali ovvero di licenziamento (l'art. 6, comma 1, lett. a, D.L. n. 216/2011, conv. in L. 24.2.2012, n. 14, ha prolungato il periodo di vigenza della disposizione fino a tutto il 2012). La norma ha subordinato l'erogazione a favore dei lavoratori assunti con la qualifica di apprendista di un trattamento pari all'indennità ordinaria di disoccupazione, in caso di sospensione o di licenziamento, all'intervento integrativo a carico degli enti bilaterali previsti dalla contrattazione collettiva. Una norma analoga è ora contenuta nell'art. 3, comma 17, L. n. 92, che ha stabilito in via sperimentale, per ciascuno degli anni 2013, 2014 e 2015, che l'indennità mensile di disoccupazione è riconosciuta ai lavoratori sospesi per crisi aziendali o occupazionali che siano in possesso dei requisiti previsti dall'art. 2, comma 4 e subordinatamente a un intervento integrativo pari almeno alla misura del 20% dell'indennità stessa a carico dei fondi bilaterali cd. ordinari e residuali. In ogni caso la durata massima del trattamento non può superare 90 giorni da computare in un biennio mobile. Il trattamento è riconosciuto nel limite di risorse prefissate per i tre anni interessati.

⁸⁸⁵ La norma è stata contestata essenzialmente per l'irragionevole disparità di trattamento che determinerebbe tra soggetti che possono usufruire dell'intervento integrativo dell'ente bilaterale e coloro i quali, per scelte della contrattazione collettiva, ne siano del tutto privati. Il Giudice delle leggi si è limitato ad evidenziare la funzione promozionale e sperimentale della norma incriminata in quanto diretta a stimolare la costituzione di forme parzialmente autogestite di tutela contro la disoccupazione. Al riguardo la Corte ha rimarcato che il trattamento "stabilito dalla norma non è finanziato dalla contribuzione posta a carico dei datori e dei lavoratori bensì dalla fiscalità generale" e quindi si configura quale incentivo "del sistema della bilateralità piuttosto che di provvidenza

difficile che possa essere replicata nel momento in cui la Corte dovesse trovarsi a vagliare la compatibilità costituzionale di un intero sistema che fa ampio affidamento sulla bilateralità. In quel caso non sarà possibile sfuggire al quesito inquietante di stabilire i limiti entro cui la solidarietà categoriale o di gruppo, e comunque privata, possa surrogare o integrare la solidarietà generale che fa carico allo stato nella sua interezza.

direttamente attribuita ai lavoratori”, per poi concludere che “la natura incentivante e sperimentale dell’istituto definito dalla norma censurata ne esclude, pertanto, il carattere irragionevolmente discriminatorio a danno di lavoratori appartenenti a settori produttivi nei quali non sia stato previsto un ente bilaterale, appunto perché non si tratta di una misura introdotta stabilmente e diretta a configurare un incondizionato diritto soggettivo in capo ai lavoratori”.

La riforma del licenziamento individuale tra *law and economics* e giurisprudenza*

Valerio Speciale

1. Riforma dei licenziamenti, «tirannia dei valori economici» e crisi dello statuto epistemologico del Diritto del lavoro.	279
2. Rigidità/flessibilità delle regole in tema di recesso ed efficienza economica.	285
3. La nuova disciplina dell'art. 18 dello statuto dei lavoratori alla luce della giurisprudenza. L'ambito dell'indagine.	292
4. La tesi della parziale identificazione tra licenziamento ingiustificato e licenziamento discriminatorio.	293
5. Il «fatto materiale» o il «fatto giuridico» nel licenziamento disciplinare.	294
6. Il licenziamento disciplinare.	296
7. Il licenziamento economico.	305
8. I vizi formali e di procedura nel licenziamento disciplinare.	313
9. Le violazioni procedurali nel licenziamento economico.	316
10. Il lavoro pubblico.	319
11. Conclusioni.	324
Riferimenti bibliografici	324

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 190/2013

1. Riforma dei licenziamenti, «tirannia dei valori economici» e crisi dello statuto epistemologico del Diritto del lavoro.

La riforma dei licenziamenti individuali intende incrementare la «flessibilità in uscita» e si pone precisi obiettivi economici. Essi sono stati individuati nella volontà di «incrementare l'occupazione»⁸⁸⁶, ridurre il dualismo nel mercato del lavoro tra *insiders* ed *outsiders*⁸⁸⁷, attrarre gli investimenti esteri⁸⁸⁸, migliorare la «qualità» dei contratti di lavoro (evitando, con la riduzione della rigidità nella disciplina in materia, la fuga dal lavoro standard e l'incremento dei contratti precari)⁸⁸⁹, adeguare il sistema italiano ai modelli di *flexicurity* europei⁸⁹⁰. Questi obiettivi sono stati in verità enunciati anche dal *Premier* Monti⁸⁹¹ e occorre verificare se, in base alle riflessioni teoriche ed ai dati empirici a nostra disposizione, tali finalità possono essere effettivamente raggiunte. Il governo ha inteso rispondere alle pressanti sollecitazioni della Banca Centrale Europea (BCE), espresse nella famosa lettera inviata nell'estate 2011, con la quale si chiedeva «una profonda revisione della disciplina relativa alle assunzioni ed ai licenziamenti»⁸⁹². La comunicazione esprime una opinione che la BCE sostiene da tempo e che è stata fatta propria da grandi istituzioni economiche (Ocse, Fondo Monetario Internazionale, Banca D'Italia, Commissione Europea)⁸⁹³.

Prima di analizzare questi aspetti, mi sembra peraltro evidente che le ragioni addotte a giustificazione della riforma siano tutte di carattere economico. Da questo punto di vista profili più specificatamente propri del Diritto del lavoro, come ad esempio la tutela del lavoratore dinanzi all'esercizio di un potere unilaterale che incide su aspetti personali molto importanti, sono completamente trascurati. Questa situazione, a prima vista del tutto anomala se si considera che la disciplina in materia di licenziamenti è principalmente finalizzata a tutelare il lavoratore, non deve stupire. Si tratta, infatti, della ennesima riprova della completa subordinazione del Diritto del lavoro alle (presunte) esigenze dell'economia.

A ben guardare le descritte finalità perseguite dalla riforma rispecchiano l'approccio tipico della analisi economica del diritto. La disciplina del licenziamento individuale è valutata nell'ottica della sua efficienza in relazione a specifici obiettivi economici ed in base all'analisi costi benefici. Una tendenza, quest'ultima, che è ormai estensibile all'intero Diritto del lavoro, letto esclusivamente in una «visione puramente deterministica e quantitativa del mondo»⁸⁹⁴, e dove la regolazione giuridica viene assimilata «ad un sistema mercantile governato da prezzi (ossia da norme ridotte a prezzi)»⁸⁹⁵.

⁸⁸⁶ TATARELLI, 2012, 445.

⁸⁸⁷ ICHINO, 2012, 3; GALANTINO, 2012, 231.

⁸⁸⁸ ICHINO, 2012, 5.

⁸⁸⁹ MARESCA, 2012, 416 – 417.

⁸⁹⁰ TREU, 2012a, 23; ID., 2012b, 15; PELLACANI, 2012, 3.

⁸⁹¹ SPEZIALE, 2012, 322; PELLACANI, 2012, 3 - 4, 8.

⁸⁹² Cfr. SPEZIALE, 2012, 523; FERRARESI, 2012, 256; F. CARINCI, 2012b, 531; ORLANDINI, 2012, 653; M. T. CARINCI, 2012a, 542 – 543.

Sul contenuto di questa lettera e sul contesto politico sociale in cui è nata v. PERULLI, SPEZIALE, 2011, 7 ss.; SPEZIALE, 2012, 523.

⁸⁹³ Per le indicazioni su queste tesi e sugli atti ufficiali in cui esse sono espresse v. SPEZIALE, 2012, 525 ss.; ICHINO, 2012, 5; ORLANDINI, 2012, 651, nt. 18; M. T. CARINCI, 2012a, 536 ss.

⁸⁹⁴ PERULLI, 2011, 403.

⁸⁹⁵ PERULLI, 2012a, 586.

La dimensione economica del lavoro è indiscutibile. Il lavoratore, a livello aziendale, costituisce un fattore della produzione dotato di uno specifico livello di produttività e di costo e la cui organizzazione contribuisce alla realizzazione del bene o servizio prodotto dall'impresa. In un contesto «macro» le retribuzioni dei lavoratori, determinate direttamente o indirettamente dai contratti collettivi, condizionano la domanda di beni di consumo a livello territoriale e nazionale, con tutte le annesse conseguenze in termini di offerta di prodotti, influenza sulla determinazione dei prezzi e sul tasso di inflazione. Il costo del lavoro, nella sua dinamica complessiva, è in grado di interagire sui livelli occupazionali. La *Labour Economics*, secondo i principi dell'analisi economica del diritto, ritiene che in generale la regolazione giuridica del lavoro produce effetti economici specifici, anche se molto discutibili (e variamente discussi) sono i criteri di misurazione quantitativa utilizzati. Lo stesso sviluppo e la fruizione dei diritti connessi ai rapporti individuali e collettivi di lavoro risentono del più generale contesto economico e politico sociale nel quale sono inseriti. Mi sembra, ad esempio, che la *golden age* del Diritto del lavoro (gli anni della crescita costante dei diritti) sia il frutto di tre variabili fondamentali: a) economie di carattere nazionale; b) politiche economiche keynesiane; c) mercati concorrenziali più limitati. Mentre le grandi trasformazioni successive (globalizzazione dei mercati, competizione tra aree economiche continentali, liberalizzazione degli scambi e fine dell'intervento dello Stato nella regolazione dell'economia) hanno sollecitato profonde revisioni della materia⁸⁹⁶.

Gli esempi potrebbero continuare. Tuttavia, come è a tutti noto, il Diritto del lavoro si sviluppa anche per sottrarre il lavoratore alla sua dimensione puramente economica. Non si tratta soltanto di riequilibrare le distorsioni che il sistema economico produce sui livelli di reddito e di partecipazione al mondo del lavoro, ma di affermare «*valori non economici*, come l'equità, l'uguaglianza, la solidarietà, la salute e la sicurezza, la dignità o – perché no – la libertà nelle sue varie manifestazioni...»⁸⁹⁷. Queste finalità sono alla base dell'imponente sviluppo di diritti fondamentali del lavoratore contenuti nella nostra Costituzione, nei Trattati dell'Unione Europea e nella legislazione anche di fonte internazionale oltre che nella contrattazione collettiva. Molti anni fa si sosteneva che «la tutela, l'elevazione e l'eguaglianza del lavoratore stanno alla base di tutto il diritto del lavoro e ne costituiscono il principio unificatore»⁸⁹⁸. Mi sembra al contrario che, alla luce del pensiero economico dominante, il Diritto del lavoro sia chiamato a garantire la competitività dell'impresa e dei sistemi economici, con un vero e proprio rovesciamento di prospettiva. Come ho avuto già modo di dire «il diritto del lavoro è sempre più il diritto della flessibilità e del mercato del lavoro. Le finalità di protezione del lavoratore non vengono abbandonate. Esse peraltro sono subordinate alle esigenze di competitività, riduzione dei costi e flessibilità organizzativa reclamate dalle imprese.... Gli interessi economici ed organizzativi dell'impresa sono la "stella polare" dell'intervento legislativo nazionale ed (europeo), che orienta e conforma anche le tutele del lavoro. Da questo punto di vista si può affermare che oggi il diritto del lavoro è sempre più il "diritto del datore di lavoro – imprenditore"»⁸⁹⁹.

⁸⁹⁶ Sulle interrelazioni tra sviluppo del Diritto del lavoro e quadro macroeconomico generale cfr., da ultimo, TREU, 2013, 597 ss.

⁸⁹⁷ DEL PUNTA, 2001, 39.

⁸⁹⁸ MAZZONI, 1964, 1074.

⁸⁹⁹ SPEZIALE, 2010, 4 – 5.

Ovviamente riaffermare la specificità giuridica del Diritto del lavoro significa sottolineare la sua «dimensione assiologica, i suoi valori, i suoi principi»⁹⁰⁰ e non predicarne *l'indifferenza* alle ragioni dell'economia. Già molti anni fa si sosteneva che in questa materia «il superamento del tradizionale metodo dogmatico, in una con l'impiego della critica politica e sociologica, l'apertura interdisciplinare, la comparazione internazionale, appaiono oramai elementi distintivi costanti»⁹⁰¹. Si affermava inoltre la necessità «di coniugare gli obiettivi di socialità con gli obiettivi di efficienza», ricordando che quest'ultima «non è una prerogativa padronale, ma costituisce un principio di azione valido per tutti. Ma neppure è una legge scientifica, e pertanto sulle modalità di traduzione pratica di essa possono emergere divergenze, anche profonde»⁹⁰². Ha ragione quindi chi sostiene che non ha senso «contrapporre orizzontalmente il diritto del lavoro all'economia: ciò semplicemente perché *il diritto del lavoro è fatto anche di economia, così come di tante altre ragioni e giustificazioni*, senza peraltro esaurirsi in alcuna di esse»⁹⁰³. Tuttavia l'apertura cognitiva con la scienza economica (e con le altre scienze, come ad es. la sociologia) significa scambio di informazioni, di giudizi e di opinioni evitando che si materializzi «il rischio della subordinazione monistica del diritto (del lavoro) all'economia»⁹⁰⁴. A mio parere, al contrario, siamo in presenza di una «nuova tirannia dei valori economici»⁹⁰⁵. La prospettiva economica, infatti, costituisce l'unica ragione giustificativa delle riforme in materia di lavoro, come dimostra tutto il dibattito precedente alla emanazione della nuova disciplina in materia di licenziamenti e come è evidente anche per le più recenti innovazioni in tema di contratto a termine o di regolazione del mercato del lavoro. La necessità di ridurre la rigidità delle regole in tema di recesso dovrebbe produrre i miglioramenti delle performance economiche del «sistema Italia» già in precedenza descritte. Il tutto in coerenza con un «pensiero unico» sostenuto da grandi istituzioni economiche internazionali che rispecchia l'analisi neoclassica standard, smentita (come vedremo) da dati empirici e da altre scuole di pensiero⁹⁰⁶.

In verità la dimensione assiologica del Diritto del lavoro trova nel licenziamento uno dei suoi momenti di maggiore importanza.

Si tratta, infatti, di un potere unilaterale che può incidere in modo significativo su aspetti fondamentali della personalità e della dignità del lavoratore, come nel caso del recesso motivato da ragioni discriminatorie o di quello per giusta causa fondato su comportamenti giuridicamente o moralmente riprovevoli del dipendente e che mettono in discussione la sua onorabilità. Lo stesso può dirsi per il licenziamento che contenga un giudizio di disvalore sulla competenza tecnica nell'adempimento o che si fondi su una responsabilità del lavoratore imputabile a sua negligenza.

⁹⁰⁰ PERULLI, 2012a, 561.

⁹⁰¹ GIUGNI, 1989a, 252.

⁹⁰² GIUGNI, 1989b, 334.

⁹⁰³ DEL PUNTA, 2013a, 45 – 46.

⁹⁰⁴ DEL PUNTA, 2013a, 46.

⁹⁰⁵ PERULLI, 2012a, 584.

⁹⁰⁶ Si pensi alle teorie che, al contrario, seguono approcci completamente diversi, fondati su valori quali equità, libertà, felicità, eguaglianza, sviluppo compatibile assai lontani dalla «religione neoclassica». Si vedano, sul punto, PERULLI, SPEZIALE, 2011, 23 (con ulteriori indicazioni bibliografiche nella nt. 66).

Sono tutte situazioni rispetto alle quali il prestatore, indipendentemente dagli effetti economici del recesso, ha uno specifico interesse a riaffermare la propria soggettività con una sentenza che accerti la lesione della sua dignità (dichiarando il carattere discriminatorio del licenziamento o l'assenza di comportamenti disonorevoli) o la correttezza del suo comportamento a fronte dell'imputazione di fatti mai ammessi o comunque privi della gravità che gli si vorrebbe attribuire. D'altra parte, il recesso interrompe l'esecuzione della prestazione, che non è solo l'adempimento di un obbligo contrattuale ma uno strumento di realizzazione della personalità del lavoratore e di esercizio dei suoi diritti fondamentali⁹⁰⁷. Infatti, «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»⁹⁰⁸. E questo spiega perché, anche nel caso del licenziamento economico, sono in gioco sia profili reddituali connessi a garantire, ai sensi dell'art. 36 Cost., una vita libera e dignitosa (in una dimensione non riconducibile, dunque, solo al "prezzo" del lavoro), sia l'interesse a conservare un legame con l'impresa, che è anche il luogo di valorizzazione della persona e di altri valori costituzionalmente garantiti del lavoratore⁹⁰⁹.

I profili descritti, che indubbiamente costituiscono parte della specifica dimensione assiologica del Diritto del lavoro, non sono stati mai discussi o considerati quali ragioni giustificative dell'intervento di riforma. Questo non significa che la nuova disciplina non prenda in considerazione anche questi aspetti, come dimostra, ad esempio il rafforzamento e l'estensione della tutela in tema di licenziamento discriminatorio⁹¹⁰. Voglio solo sottolineare come gli effetti che la riforma avrebbe potuto determinare sulla dimensione giuridica degli interessi in gioco sono stati completamente ignorati e tutto il dibattito si è sviluppato sulle conseguenze economiche che l'intervento riformatore avrebbe potuto realizzare.

Un altro esempio significativo del carattere pervasivo e totalizzante della razionalità economica è dato dalla discussione sulla funzione e sul valore della tutela reintegratoria.

Nel commentare la nuova formulazione dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori, si è sottolineato come la reintegrazione sia ascrivibile alla *property rule*, che di solito «viene riservata ai casi in cui sia in gioco un diritto assoluto della persona». L'indennizzo, invece, è una *liability rule*, in genere applicata quando «sia in gioco soltanto un interesse economico e professionale del lavoratore.»⁹¹¹. Entrambe le regole sono utilizzabili anche nei rapporti contrattuali, con una scelta

⁹⁰⁷ Su tali aspetti, cfr. SPEZIALE, 2004, 88 ss. e, di recente, CANNATI, 2012, 129 ss. Si rinvia anche a NOGLER, 2012, 685.

⁹⁰⁸ Cass., S.U., 10.1.2006 n. 141, www.dejure.giuffrè.it, 8. La sentenza segue l'impostazione della dottrina civilistica e lavoristica indicata nella nota precedente (a cui *adde* MAZZAMUTO, 2007, 211 ss.; ID., 2004, 23 ss. e nt. 45; PAGNI, 2004, 65 ss.; ID., 2005, 489 ss.; PROTO

PISANI, 2004, 40; DI MAJO, 2001, 270 ss.; VERDE, 2001, 60 ss., anche se questo autore svolge qualche precisazione critica rispetto agli altri AA. citati) ed è stata recentemente confermata nelle sue argomentazioni da Cass. 18.6.2012 n. 9965. Sulla coesistenza, nel Diritto del lavoro, di tecniche risarcitorie e ripristinatorie v. anche PERULLI, 2012a, 564, nt. 12 (con riferimenti bibliografici).

⁹⁰⁹ Tra questi anche l'esercizio di diritti sindacali che costituiscono espressione ulteriore di realizzazione della personalità del lavoratore e che ne realizzano la sua «dimensione sociale».

⁹¹⁰ Sulle problematiche connesse al licenziamento discriminatorio si vedano, tra gli altri, M. T. CARINCI, 2012a, 552 ss.; CHIECO, 2013, 279 ss.; BARBERA, 2013, 139 ss.

⁹¹¹ ICHINO, 2012, 10 – 11.

rimessa al legislatore. Nella riforma MONTI la *property rule* sarebbe circoscritta a casi eccezionali, quando è coinvolta «l'onorabilità della persona» (licenziamento disciplinare per un fatto insussistente) o quando il recesso economico sia palesemente pretestuoso (e, quindi, lasci pensare ad un motivo illecito o discriminatorio). In tutte le altre ipotesi, invece, la ingiustificatezza del recesso dovrebbe comportare solo la liquidazione del danno⁹¹². L'approccio prescelto, come si vede, è quello tipico della *law and economics*, in coerenza della quale l'idea secondo cui la perdita del posto di lavoro «lede sempre il diritto fondamentale al lavoro [...] corrisponde a una concezione del rapporto di lavoro ispirata all'idea della *job property*, che mal si concilia con il principio della insindacabilità delle scelte imprenditoriali e con la stessa regola del giustificato motivo oggettivo»⁹¹³.

Ho già espresso le mie obiezioni a questa interpretazione⁹¹⁴. Non vi è dubbio, comunque, che la lettura di ICHINO è coerente con l'approccio tipico dell'analisi economica del diritto, in una dimensione nella quale «la norma giuridica deve poter essere violata, dietro corresponsione di un risarcimento economico, senza applicazione di *punitive damages* e, tantomeno, senza imporre la *specific performance* (esecuzione in forma specifica), onde ciascun soggetto possa scegliere se rispettare o meno la legge mediante compensazione finanziaria»⁹¹⁵.

Dal punto di vista giuridico, la reintegrazione nel posto di lavoro va invece considerata come un rimedio ripristinatorio del diritto violato, coerente con la tutela in forma specifica, che supera la logica compensativa dell'indennizzo pecuniario. Questa tecnica ritiene che la lesione di determinati interessi non possa essere soddisfatta dalla mera monetizzazione, ma richiede la *restituito in integrum* della posizione soggettiva, particolarmente quando sono in gioco diritti non esclusivamente economici, come nel rapporto di lavoro.

Tale impostazione, coerente con una specifica lettura dell'art. 24 Cost. e del diritto all'*effective remedy* espresso in fonti sopranazionali⁹¹⁶, è stata accolta da importanti elaborazioni della nostra dottrina processualistica e lavoristica⁹¹⁷ 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 specifica⁹¹⁸. 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»⁹¹⁹. In questo contesto «il diritto del lavoratore al proprio

⁹¹² ICHINO, 2012, 10 – 12.

⁹¹³ ICHINO, 2012, 11 – 12.

⁹¹⁴ SPEZIALE, 2012, 530 ss.; ID., 2013, 316 ss.

⁹¹⁵ PERULLI, 2012a, 563.

⁹¹⁶ CANNATI, 2012, 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.

⁹¹⁷ Si rinvia agli autori citati nelle precedenti note 22 e 23.

⁹¹⁸ Si è giustamente sottolineato che «la contrapposizione, cara ad Ichino ed altri cultori dell'analisi economica del diritto, tra *property rule* e *liability rules* rappresenta l'ipostatizzazione dei sistemi di *common law* nei quali l'obbligazione inadempita si trasforma automaticamente in obbligo risarcitorio e non si adatta, quindi, ai sistemi (storicamente esistenti) di *civil law* che assegnano, invece, priorità all'adempimento in forma specifica» (NOGLER, 2012, 669).

⁹¹⁹ Cass., S.U., 10.1. 2006 n. 141, cit., 7.

posto, protetto dagli artt. 1, 4 e 35 Cost., subirebbe una sostanziale espropriazione se ridotto in via di regola al diritto ad una somma»⁹²⁰.

Questo orientamento, ovviamente, non implica l'obbligo della reintegra quale unica sanzione ammessa dall'ordinamento. Non vi è dubbio, peraltro, che le Sezioni Unite si muovono in un'ottica molto lontana dal *severance pay* e dalla ricostruzione degli interessi sottesi al contratto di lavoro in chiave meramente economica⁹²¹. L'impresa, secondo tale opinione, è il luogo di realizzazione della personalità del lavoratore alla luce di un disegno costituzionale più ampio, che vede nel lavoro l'espressione di un diritto fondamentale⁹²².

In questa diversa ricostruzione del ruolo del lavoro nell'impresa, il ripristino dell'effettività del rapporto garantita dall'art. 18 non è soltanto una diversa sanzione giuridica rispetto alla tutela meramente economica. In verità la reintegrazione consente al giudice una ponderazione tra interessi organizzativi dell'impresa, nella dimensione soggettiva (vincolo fiduciario in rapporto anche ai futuri adempimenti) oltre che oggettiva (esigenze economiche), e l'interesse del lavoratore alla stabilità in quella «formazione sociale» dove si realizza la sua personalità e la sua esigenza di continuità di reddito. Se è vero, infatti, che le nozioni di giusta causa e giustificato motivo sono esterne alla disciplina della stabilità reale (che attiene al profilo sanzionatorio), è altresì vero che la possibilità di ricostituire *ab origine* il vincolo contrattuale impone al magistrato una diversa valutazione dell'assetto contrattuale e lo obbliga ad un sindacato sulla razionalità e proporzionalità del recesso alla luce degli interessi in gioco e dei valori enucleati dall'ordinamento costituzionale ed europeo⁹²³.

Al contrario, l'indennizzo economico rispecchia un approccio di *law and economics* che consente la esatta predeterminazione del costo del recesso e la possibilità di un immediato «aggiustamento degli organici»⁹²⁴. Il risarcimento pecuniario, peraltro, determina di fatto la insindacabilità delle ragioni del licenziamento, che coincidono con le scelte puramente soggettive dell'impresa senza alcun bilanciamento tra valori costituzionalmente protetti. In questo caso l'intento è quello di escludere qualsiasi controllo sulla «adeguatezza causale» del recesso e sul temperamento tra «diversi valori e razionalità sociali», così come espressi dalla legge e dalla giurisprudenza (anche costituzionale). L'indennizzo, in sostanza, «conduce alla mera monetizzazione (del licenziamento) come se il bene lavoro fosse una qualsiasi merce, traducibile in un prezzo» ed assorbe «ogni valutazione, di ordine extra economico, fondata sulla funzione sociale del lavoro a beneficio della tutela della persona e della sua dignità»⁹²⁵.

Infatti, la scelta organizzativa «a monte» del recesso non è mai realmente contestabile, perché il licenziamento ha in ogni caso effetto risolutivo del contratto. Le ragioni dell'impresa sono quindi

⁹²⁰ Cass., S.U., 10.1.2006 n. 141, cit., 8.

⁹²¹ PERULLI, 2012a, 564 ss.

⁹²² Non è un caso che la Corte cost. abbia affermato che il diritto al lavoro è «un fondamentale diritto della persona umana»: C. Cost. 31.3.1994 n. 108, <http://www.dejure.giuffre.it>, 3 (con richiamo alla sentenza n. 45 del 1965 della stessa Corte).

⁹²³ Sulla proporzionalità e razionalità come strumenti essenziali di analisi ed interpretazione v. PERULLI, 2005, 6 ss.

⁹²⁴ ICHINO, 2011a, 110.

⁹²⁵ PERULLI, 2012a, 563 e 564.

sempre prevalenti sulla tutela alla stabilità ed alla continuità del lavoro. Il controllo del giudice opera solo «a valle», con una valutazione che, senza toccare la «sostanza» della volontà imprenditoriale, incide soltanto sulle convenienze economiche. Vi è, quindi, una monetizzazione degli interessi del lavoratore, che non hanno una «forza di resistenza» tale da incidere sul potere organizzativo del datore di lavoro, di fatto sempre liberamente esercitabile (seppure, in assenza di g. causa o g. motivo, a costi superiori).

Gli esempi fatti dimostrano che «la subordinazione monistica del diritto (del lavoro) all'economia» è qualcosa di ben più concreto di un semplice «rischio»⁹²⁶ e che la «tirannia dei valori economici»⁹²⁷ si è compiutamente realizzata. In realtà siamo in presenza di una crisi dello statuto epistemologico del Diritto del lavoro, nel quale la dimensione giuridica - nel senso assiologico più volte spiegato - è del tutto assente o, comunque completamente subordinata alle ragioni economiche. Non si tratta di prendere posizione sulle diverse opzioni proposte dalla teoria economica, quanto di rilevare come stiamo assistendo ad un vero e proprio processo di «colonizzazione» che trasforma le ragioni dell'economia nell'unico fondamento scientifico della materia. L'apertura metodologica e cognitiva non può coincidere con «l'esproprio» delle specificità del diritto che ne giustificano la sua stessa esistenza. Forse occorrerebbe ricordare che «il diritto del lavoro si preoccupa tradizionalmente di proteggere i lavoratori, non di garantire la salute dell'economia e neppure di promuovere l'occupazione»⁹²⁸. Se è certamente vero che l'identità del giuslavorista non può prescindere dal contesto economico e dalla stessa analisi di efficienza della norma giuridica⁹²⁹, è altrettanto vero che accogliere esclusivamente il punto di vista dell'analisi economica del diritto significa accettare una lettura efficientistica delle norme che valuta i dispositivi giuridici come limiti, od ostacoli, capaci di modificare i comportamenti degli attori economici e produttivi di effetti perversi, contrari sia alla razionalità strumentale sia alla razionalità assiologica (coincidente con la protezione dei diritti fondamentali della persona). Eppure il diritto in generale (e quello del lavoro in particolare) deve necessariamente essere concepito come sistema di valori che completa quelli economici e mercantili. La sua funzione fondamentale è quella – essenziale nelle società complesse e pluralistiche – di «arbitraggio» tra valori, per organizzare la coesistenza e la coordinazione tra diverse razionalità (il fiume di «razionalità particolari» di cui parla G. Teubner)⁹³⁰. In sostanza, bisogna riaffermare con forza che «l'essenza della razionalità (o ragione) giuridica, e segnatamente giuslavoristica, è di essere una razionalità di sintesi, che assorbe la razionalità economica all'interno di un quadro di riferimento più ampio»⁹³¹. In caso contrario è la stessa identità epistemologica del Diritto del lavoro ad essere minacciata.

2. Rigidità/flessibilità delle regole in tema di recesso ed efficienza economica.

A questo punto è possibile esaminare in modo più approfondito il dibattito sugli effetti economici

⁹²⁶ DEL PUNTA, 2013a, 46.

⁹²⁷ PERULLI, 2012a, 584.

⁹²⁸ TREU, 2013, 597.

⁹²⁹ DEL PUNTA, 2013a, 43 ss.

⁹³⁰ TEUBNER, 1999.

⁹³¹ DEL PUNTA, 2001, 39.

della rigidità della disciplina dei licenziamenti. Questa analisi, ovviamente, deve tenere conto anche dei dati empirici a nostra disposizione. Se il presupposto dell'analisi economica del diritto è quello della incidenza dell'art. 18 sull'occupazione, sul dualismo tra *insiders/outsiders*, sull'attuazione degli investimenti esteri e così via, è necessario verificare se e in che misura queste ragioni trovano conferma nella realtà sociale.

In realtà, la correlazione tra “rigidità” delle regole in tema di licenziamenti e tassi di occupazione o disoccupazione è fortemente contestabile e questa conclusione ha trovato recente conferma anche nell'Ocse, che ne era stata la principale sostenitrice⁹³². Inoltre vi sono numerosi studi teorici che negano la correlazione tra la “protezione” garantita dalla disciplina in materia di lavoro (licenziamenti inclusi) e livelli di disoccupazione⁹³³. Una conclusione recentemente condivisa anche da Pietro Ichino, che è tra coloro che hanno maggiormente sottolineato la incidenza negativa della *Employment Protection Legislation* sul mercato del lavoro⁹³⁴. D'altra parte, l'indice di rigidità della disciplina del lavoro elaborato dall'OCSE – modificato nel 2004 con l'eliminazione del tfr dai costi del licenziamento e che gode «di un'ampia e riconosciuta reputazione tra gli studiosi di economia⁹³⁵ – classifica l'Italia solo al 18° posto (su 28 paesi) per i licenziamenti individuali sin dagli anni '80, includendo il nostro paese tra quelli più flessibili⁹³⁶. Inoltre, il *ranking* complessivo dell'Italia – inclusivo dei licenziamenti collettivi e dei contratti temporanei e che ci colloca al 5° posto tra i paesi più industrializzati - è ancora elevato (2,58%) esclusivamente per i costi connessi alla procedura di consultazione sindacale e all'indennità di mobilità⁹³⁷. La reintegrazione “pesa” «solo per un quindicesimo del totale dell'indice di protezione del licenziamento individuale»⁹³⁸ ed ha una influenza modestissima sulla posizione in graduatoria dell'Italia⁹³⁹. Una riprova ulteriore del

⁹³² «Complessivamente le analisi teoriche non forniscono una risposta ben delineata sugli effetti della legislazione in materia di licenziamenti sui livelli complessivi di occupazione o disoccupazione» (OECD, 2004, 80). L'Organizzazione afferma che la disciplina dei licenziamenti potrebbe avere effetti negativi sulla occupazione di alcuni gruppi di lavoratori (donne, giovani) (63), sostenendo come questa tesi sia affermata da «alcuni studi» (senza, dunque, trovare conforto in tutti gli studiosi).

⁹³³ Per l'indicazione degli studi in materia si rinvia a PERULLI, SPEZIALE, 2011, 14 ss. Si vedano anche ARTONI, D'ANTONI, DEL CONTE, LIEBMAN, 2006, 3 ss. e REYNERI, 2011, 137; FABRIZI, PERAGINE, RAITANO, 2013, 49 ss.

⁹³⁴ ICHINO, 2012, 5. L'autore sottolinea che «la scienza economica non ci offre alcuna evidenza del fatto che L'“equilibrio mediterraneo” (nдр: caratterizzato da forti tutele contro i licenziamenti) determini di per sé tassi di *disoccupazione* più elevati rispetto all'equilibrio tipico dei Paesi nord europei o a quello di tipo statunitense».

⁹³⁵ DELL'ARINGA, 2012, 44.

⁹³⁶ I dati Ocse, aggiornati al settembre 2010, sono reperibili in <http://www.oecd.org>. Si vedano, sul punto le osservazioni di REYNERI, 2011, 131 – 132 e di FABRIZI, PERAGINE, RAITANO, 2013, che sottolineano come l'Italia, nell'indice aggregato di rigidità, è al di sotto della «maggioranza dei paesi europei» (52).

⁹³⁷ I dati sono reperibili nel sito indicato nella nota precedente. In particolare, nella parte relativa al *OECD Indicators of Employment Protection*, vengono spiegati i criteri di formazione dell'Indice, che nascono dalla ponderazione di tre indici parziali (licenziamenti individuali, collettivi e contratti temporanei). Su tali aspetti cfr. anche FABRIZI, PERAGINE, RAITANO, 2013, 50 ss.

⁹³⁸ LEONARDI, 2012, 1. Anche DELL'ARINGA rileva come la riforma dell'art. 18, proprio in relazione agli indicatori Ocse, potrebbe migliorare la nostra posizione «nella classifica internazionale della flessibilità dei lavori a tempo indeterminato», anche se «il miglioramento non sarebbe poi così importante e decisivo» (2012, 43). Si vedano anche le considerazioni critiche di NOGLER, 2012, 666-667.

⁹³⁹ La reintegrazione è uno degli elementi considerati in uno dei tre sub indici del recesso individuale. «Il reintegro conta per un quinto della sezione “difficoltà di licenziamento”» (LEONARDI, 2012, 1). Le altre «sezioni» (o indici) sono gli oneri procedurali (I) ed il periodo di preavviso e le indennità economiche in caso di licenziamento illegittimo (II). Le riduzioni di personale ed i contratti temporanei sono considerati a parte, quali fattori ulteriori che determinano il risultato complessivo (2,58), con la percentuale molto elevata (4,88%) per i licenziamenti collettivi.

carattere fortemente «ideologico» del dibattito relativo alla rigidità dell'art. 18 anche alla luce della «ortodossia» delle valutazioni dell'OCSE.

La infondatezza della tesi criticata trova conferma nel *turn over* italiano (in sostanza la mobilità in entrata ed uscita dal mercato del lavoro e la creazione/distruzione di occupazione), che è «tra i più elevati in Europa»⁹⁴⁰. Una recente ricerca effettuata dal Dipartimento del Tesoro del Ministero dell'Economia e delle Finanze e dalla Fondazione Brodolini conferma queste conclusioni. Dopo aver rilevato la costante «precarizzazione» della nostra occupazione, il rapporto sottolinea come «il mercato del lavoro italiano sembra caratterizzato da una sorta di “liquidità”...» e da elevata mobilità «piuttosto che da una semplice segmentazione tra *insiders* e *outsiders*...»⁹⁴¹. Sempre in questo ambito, D'altra parte, non vi sono evidenze empiriche di un *turn-over* superiore nelle imprese soggette alla tutela obbligatoria ai sensi dell'art. 8 della l. 604/1966, dove il licenziamento illegittimo è sanzionato soltanto con una modesta indennità risarcitoria e nelle quali è occupata una quota consistente di lavoratori. Anzi, un recente studio sugli effetti della l. n. 108 del 1990, che ha eliminato quasi integralmente il recesso *ad nutum* ed ha incrementato i costi da licenziamento nelle imprese con meno di 15 dipendenti, ha sottolineato il contrario. In questo contesto, l'aumento del *firing cost* ha prodotto effetti assai ridotti su accessi ed uscite nelle imprese «con un impatto insignificante sull'occupazione netta»⁹⁴².

La opinione secondo cui l'incremento della “flessibilità in uscita” dovrebbe incidere sulla «qualità dell'occupazione», scoraggiando il lavoro irregolare e la diffusione di contratti flessibili e rendendo più attrattivi i contratti standard⁹⁴³, non trova conferme empiriche. Infatti, per quanto attiene alla «fuga» dal lavoro stabile, si è recentemente affermato che tutte le riforme finalizzate a flessibilizzare il mercato del lavoro con l'arricchimento delle tipologie contrattuali (come, ad es., il d.lgs. 276/2003) non hanno «avuto alcun effetto significativo nell'assorbire il lavoro irregolare in Italia: i datori di lavoro che assumevano in nero, continuano a farlo; i datori di lavoro che assumevano nel mercato irregolare prima della riforma, dopo la sua entrata in vigore, preferiscono assumere i lavoratori con contratto a tempo determinato piuttosto che con un contratto permanente»⁹⁴⁴. Una riprova, tra l'altro, che l'incremento dei contratti flessibili ha soltanto ridistribuito l'occupazione esistente in favore di rapporti di lavoro non stabili. D'altra parte, anche nell'ambito delle imprese soggette alla stabilità obbligatoria vi è una utilizzazione assai ampia di contratti diversi da quelli standard⁹⁴⁵. La grande diffusione, secondo i dati Istat, di rapporti di lavoro autonomo nelle imprese con meno di 15 dipendenti (dove non si applica l'art. 18), suggerisce inoltre che l'assenza di una tutela forte contro il licenziamento non esclude il ricorso a forme contrattuali

⁹⁴⁰ REYNERI, 2006, 2. Questa opinione è sostenuta anche dal CNEL, 2005, 113 ss., che rileva la presenza di studi che confermano la tesi (CONTINI, TRIVELLATO, 2005).

⁹⁴¹ DIPARTIMENTO DEL TESORO – FONDAZIONE G. BRODOLINI, 2012, 8. Su questa ricerca si veda anche l'approfondita analisi di FABRIZI, PERAGINE, RAITANO, 2013, che sottolineano come «l'evidenza empirica appare quindi più complessa di quanto facilmente semplificabile attraverso l'immagine di mero *apartheid* messo in atto dagli *insiders* (gli anziani) per penalizzare gli *outsiders* (i giovani)» (66).

⁹⁴² KUGLER, PICA, 2008, 94.

⁹⁴³ MARESCA, 2012, 416 ss.

⁹⁴⁴ TEALDI, 2012, 3.

⁹⁴⁵ DELL'ARINGA, 2011, 1.

diverse dalla subordinazione. Ed anche chi interpreta queste statistiche in modo diverso (proponendone correzioni al ribasso)⁹⁴⁶ è costretto poi ad ammettere che i dati esistenti «non basterebbero certo per considerare *dimostrato* che l'articolo 18 dello statuto dei lavoratori sia una causa del maggior ricorso a forme di lavoro dipendente atipiche, ma ne costituirebbe un pesante indizio»⁹⁴⁷. Ancora una volta, dunque, si pretende di portare argomenti a favore di una riforma che incide in modo rilevante sui diritti dei lavoratori in base ad elementi... indiziari ed oltretutto tali da non smentire le altre numerose «prove contrarie» desumibili dai dati e dagli studi già descritti.

In un recente saggio P. Ichino ha sottolineato che l'originaria formulazione dell'art. 18 anteriore alla riforma avrebbe causato una certa

«vischiosità»⁹⁴⁸ del mercato del lavoro italiano. Tuttavia anche questa affermazione mi sembra più una supposizione che una realtà suffragata da evidenze empiriche. L'analisi approfondita effettuata da questo autore mette in evidenza dati in buona parte noti (elevata creazione di posti di lavoro, prevalenza di quelli precari, tempi relativamente lunghi per la ricerca di una nuova occupazione, alto numero di lavoratori «scoraggiati», ecc.)⁹⁴⁹. Tuttavia questi risultati non consentono di collegare le caratteristiche sopra descritte alla disciplina dei licenziamenti. Ciascuna di esse, infatti, può trovare una spiegazione del tutto autonoma dall'art. 18 dello statuto, a cui francamente si imputa... troppo⁹⁵⁰. Tra queste, ad esempio, la bassa efficienza dei sistemi di incontro tra domanda ed offerta di lavoro, l'incapacità dei lavoratori di essere utilmente riqualificati, la loro scarsa capacità professionale, la «eterogeneità dell'offerta di lavoro, per cui alcune fasce deboli sarebbero meno “occupabili” e quindi destinate a restare più a lungo in cerca di occupazione»⁹⁵¹. Inoltre, per confermare la tesi *insiders/outside*s (smentita dalla ricerca del Dipartimento del Tesoro già citata) e per attribuire alla disciplina dei licenziamenti effetti indimostrati, Ichino è costretto a ricorrere alla suggestiva argomentazione secondo la quale le inefficienze del mercato del lavoro prima descritte derivano da una valutazione estremamente negativa della perdita del posto di lavoro, che determina «una maggiore severità dei giudici nel valutare la giustificazione del licenziamento»⁹⁵². Queste affermazioni, peraltro, non sono suffragate da dati empirici (perché non esiste alcuna seria analisi «sul campo», certamente non semplice da realizzare). Esse, dunque, esprimono un giudizio personale, sicuramente rispettabile ma certo insufficiente a fondare una conclusione così assiomatica. Rilevo, inoltre, che esistono spiegazioni molto diverse sulle ragioni di un mercato del lavoro caratterizzato da elevata mobilità e da una permanenza più lunga nello stato di disoccupazione, con l'elaborazione di tesi che prescindono dalle regole giuridiche sul recesso del datore di lavoro⁹⁵³.

⁹⁴⁶ ICHINO, 2011a, 64 ss.

⁹⁴⁷ ICHINO, 2011b, 3.

⁹⁴⁸ ICHINO, 2012, 5.

⁹⁴⁹ ICHINO, 2012, 2 ss. Si vedano, sul punto, anche i risultati della ricerca indicata nella precedente nt. 56.

⁹⁵⁰ DELL'ARINGA, 2012, 42 ss.

⁹⁵¹ REYNERI, 2011, 196.

⁹⁵² ICHINO, 2012, 3.

⁹⁵³ REYNERI, 2011, 103 ss., 167 ss. (a cui si rinvia per ulteriori indicazioni bibliografiche).

Per quanto riguarda il rapporto tra disciplina dei licenziamenti e capacità di attrarre investimenti esteri, si è sostenuto che «nessun nesso causale è stato dimostrato», anche se una «qualche correlazione inversa tra grado di vischiosità del mercato del lavoro e attrattività del Paese per gli investimenti diretti esteri è abbastanza evidente»⁹⁵⁴. Quest'ultima affermazione, in chiara contraddizione con la prima, non è confermata dagli elementi in nostro possesso. Vi sono infatti *Reports*, elaborati da grandi istituzioni internazionali fedeli al pensiero economico ortodosso, che collocano nei primi posti delle graduatorie in tema di competitività paesi considerati molto rigidi nella disciplina in tema di licenziamenti, mentre l'Italia è ben lontana da queste realtà economiche per ragioni assai diverse dalle regole giuridiche in materia⁹⁵⁵.

Si può concludere, dunque, che il governo Monti si è adeguato al «mantra» sostenuto dall'OCSE e dalle altre istituzioni economiche internazionali⁹⁵⁶, che costituisce una sorta di «pensiero unico»⁹⁵⁷ in larga parte smentito da studi e dati concreti. Mentre, in altre ipotesi, esso esprime conclusioni molto controverse, che si prestano a letture diverse e certo non univoche. Va anche detto, peraltro, che la particolare situazione in cui si trovava l'Italia nel novembre 2011 ha imposto una sorta di «commissariamento»⁹⁵⁸ del nostro paese e, dopo la lettera della BCE, la riforma dei licenziamenti era inevitabile, anche se erano sicuramente percorribili strade diverse⁹⁵⁹. A parte queste considerazioni, è comunque lecito dubitare che gli obiettivi perseguiti dalla riforma (superamento del dualismo *insiders/outsiders*, maggiore propensione all'assunzione con contratti stabili, riduzione della precarietà) saranno raggiunti ed è comunque «difficile sostenere che la riforma darà un contributo importante allo sviluppo economico e alla creazione di posti di lavoro»⁹⁶⁰.

Ad oltre un anno dall'entrata in vigore della riforma è possibile affermare che gli sperati effetti positivi sull'economia e sull'occupazione del nostro paese non si sono minimamente realizzati. I dati più recenti confermano la persistenza della recessione (con la previsione di una decrescita del Pil nel 2013 pari all'1,8%) ed un incremento del tasso di disoccupazione, attualmente pari al

⁹⁵⁴ ICHINO, 2012, 5.

⁹⁵⁵ Si vedano, ad esempio, i *The Global Competitiveness Report 2011/2012* e *2010/2011*, reperibili sul sito del *World Economic Forum* (http://www3.weforum.org/docs/WEF_GCR_Report_2011-12.pdf). Essi mostrano come le *restrictive labour regulations* non sono, per l'Italia, tra i «fattori critici» di competitività più importanti (al contrario di altri, quali la inefficienza burocratica, il livello di tassazione, l'accesso al credito e così via). Queste caratteristiche sono confermate nel rapporto 2012/2013. Nel *Country Profile Highlights* del Rapporto 2011/2012 si sottolinea inoltre la rigidità del mercato del lavoro tedesco, dove «una mancanza di flessibilità nei livelli salariali e l'alto costo del licenziamento costituiscono un ostacolo alla creazione di occupazione» (2). Eppure la Germania, nel 2012, è classificata al 6° posto su 183 paesi. Conclusioni simili sono contenute nel *Report 2012/2013*, dove la Germania continua ad occupare la sesta posizione, con un indice di rigidità che la colloca al 119° posto, rispetto al 127° dell'Italia. Analoghe considerazioni possono trarsi dal Rapporto *Doing Business* nel quale la disciplina in materia di lavoro non è considerata ai fini del *ranking* (2011 o 2012). Oppure, quando è utilizzata (2010), vi sono paesi come Finlandia, Germania o Francia con un tasso di rigidità in tema di licenziamenti identico o simile a quello italiano, ma con una posizione in classifica nettamente migliore del nostro paese, collocato solo al 78° posto.

⁹⁵⁶ M. T. CARINCI, 2012a, 536.

⁹⁵⁷ SPEZIALE, 2012, 525 ss.

⁹⁵⁸ F. CARINCI, 2012b, 531.

⁹⁵⁹ Penso, ad esempio, alla velocizzazione dei tempi processuali – in effetti poi realizzata –, ad una migliore tipizzazione delle causali di recesso – per evitare alcune controverse interpretazioni giurisprudenziali – alla diversa graduazione delle sanzioni per i vizi formali. Tutte queste modifiche avrebbero consentito un notevole miglioramento della situazione senza necessità di intaccare la tutela reintegratoria.

⁹⁶⁰ DELL'ARINGA, 2012, 42.

12,5% e che raggiunge il 40,4% per i soggetti compresi tra i 15 ed i 24 anni⁹⁶¹. Ovviamente, sarebbe ingeneroso attribuire alla riforma Fornero questi risultati, che in verità dipendono da fenomeni nazionali ed internazionali di ben altro rilievo. Tuttavia, com'era prevedibile, la nuova disciplina dei licenziamenti ha prodotto conseguenze irrilevanti sul sistema economico e sulla competitività del nostro paese. La previsione di DELL'ARINGA sopra citata si è puntualmente realizzata.

I dati descritti e le analisi teoriche ed empiriche già analizzate sollecitano peraltro riflessioni ulteriori.

La *law and economics*, pur se contrassegnata da connotati indubbiamente teorici, dovrebbe avere una stretta connessione con la realtà e con la ricerca dei riscontri concreti della esattezza delle teorie. Non va dimenticato, tra l'altro, che esiste una specifica materia (la econometria) che è dedicata alla verifica empirica di modelli formulati in ambito teorico. Tuttavia occorre anche ricordare che «spesso gli economisti accademici non si interessano alla realtà, o meglio si costruiscono una loro realtà teorica e, se scoprono che la realtà reale funziona in modo diverso, considerano sbagliata quest'ultima e non la loro teoria»⁹⁶². Una conclusione questa che può forse spiegare per quale ragione le ipotesi teoriche che legano disciplina dei licenziamenti ed occupazione (o altri fenomeni quali l'attrattività degli investimenti esteri, il superamento del dualismo nel mercato del lavoro e così via) siano *indifferenti* alle «dure repliche della realtà» ed all'assenza di riscontri empirici che confermino le teorie formulate⁹⁶³.

Si assiste dunque ad un duplice fenomeno. Da un lato si sviluppano teorie economiche che suggeriscono la riduzione delle garanzie in materia di licenziamento a *prescindere* dalla loro concreta efficacia sul sistema produttivo ed in relazione agli stessi obiettivi che si sono perseguiti. Questa impostazione, peraltro, è coerente con una «deriva» di una materia che dimentica di essere una scienza sociale e politica e si caratterizza oggi per «un crescente distacco dell'analisi teorica economica dalla realtà»⁹⁶⁴. Dall'altro, il carattere sperimentale della scienza, che dovrebbe condurre ad un confronto tra modelli economici e l'evidenza empirica, viene completamente negato attraverso una sistematica obliterazione di dati statistici e di analisi di vario tipo che mettono in evidenza risultati che contrastano l'assunto di base (più flessibilità dei licenziamenti determina maggiore occupazione, più investimenti esteri e così via).

L'obiettivo della efficienza, che costituisce la «ragione sociale» di qualunque teoria economica, viene così smentito in conseguenza di un eccesso di astrattezza e di carenza del legame con la realtà, oppure considerando i dati concreti come un fattore trascurabile che non merita di essere considerato. In questo caso l'effetto paradossale è massimo. Non solo il Diritto del lavoro è «colonizzato» dall'economia, ma questo processo si verifica nell'ambito di una evidente violazione dello statuto epistemologico della scienza «dominante», che, in varie forme, *prescinde* dalla realtà e dimentica il suo carattere sociale e sperimentale. Diritto del lavoro ed economia sono entrambe

⁹⁶¹ I dati indicati nel testo sono quelli pubblicati dall'Istat per quanto riguarda il Pil (*Conti economici trimestrali del II trimestre 2013*, 10 settembre 2013, www.istat.it, 1) e la disoccupazione a settembre 2013 (*Occupati e disoccupati*, 31 ottobre 2013, www.istat.it, 1 ss.).

⁹⁶² PALAZZI, 2011, 10.

⁹⁶³ Senza dimenticare che esistono molti contributi teorici che negano la correlazione tra tutela dei licenziamenti ed occupazione. V. *retro* nel testo e note 47 e 48.

⁹⁶⁴ PALAZZI, 2011, 13.

snaturate nei propri elementi costitutivi con un duplice effetto negativo che si riflette sulla nostra materia.

In verità, la rigidità dei licenziamenti come fattore di creazione di disoccupazione, del dualismo *insiders/outsiders*, della mancanza di attrattività del nostro paese per quanto riguarda gli investimenti esteri è una vera e propria «teologia economica», che ha ben poco di «scientifico» e che, come tutte le religioni, presuppone «dogmi e rivelazioni». I suoi assiomi sono presentati come verità indiscutibili e trasformati in una vera e propria ortodossia, dotata di una sua intrinseca razionalità che non ammette obiezioni, in quanto fondata su (presunte) ragioni oggettive di carattere economico.

Va peraltro detto che la riforma Fornero cerca di sopperire al deficit di realtà della scienza economica prevedendo un sistema di «monitoraggio» della legge, al fine di «valutarne gli effetti sulla efficienza del mercato del lavoro... (e) sulle modalità di entrata e uscita dall'impiego» (art. 1, comma 2, l. 92/2012). Il sistema permanente di controllo «basato su dati forniti dall'Istituto nazionale di statistica e da altri soggetti del Sistema statistico nazionale (Sistan)» dovrebbe suggerire l'introduzione di «eventuali correzioni delle misure e degli interventi introdotti dalla... legge, anche alla luce dell'evoluzione del quadro macroeconomico, degli andamenti produttivi, delle dinamiche del mercato del lavoro e, più in generale, di quelle sociali» (art. 1, commi 2 e 3, l. 92/2013)⁹⁶⁵.

La prospettiva è di grande interesse perché suggerisce un controllo sulla efficacia della legge che dovrebbe consentire una valutazione più concreta del suo impatto, in coerenza con la proposta secondo la quale il legislatore deve impegnarsi a valutare i dati concreti durante il *drafting* delle norme e nella fase di attuazione delle leggi⁹⁶⁶. Ovviamente la sperimentazione, indubbiamente positiva, pone dei problemi. Ad esempio, con quali criteri è possibile distinguere tra i licenziamenti economici dovuti all'andamento negativo (congiunturale o strutturale) del ciclo da quelli che sono invece conseguenza esclusiva o preponderante della regolazione giuridica, «isolando» quindi l'effetto normativo da quelli più generale di contesto?

In ogni caso, la verifica sul campo della legge è certamente utile perché consente di avere dati concreti su cui discutere, nell'ambito di quell'apertura metodologica con altre scienze di cui si è più volte parlato. Ovviamente si tratta di verificare se il monitoraggio sarà effettivamente realizzato. Si è giustamente rilevato che «anche il d.lgs. 276/2003 aveva abbracciato questa metodologia...», ma che «in quell'esperienza di riforma le speranze sono andate in parte deluse, poiché le indicazioni lanciate dal legislatore non sono state tradotte in fatti»⁹⁶⁷. Nell'anno successivo alla riforma, in verità, qualcosa è accaduto ed è quindi possibile un cauto ottimismo. Al momento sono state pubblicate, a cura dell'Isfol, le «Prime evidenze ricavate dal sistema informativo sulle comunicazioni obbligatorie del Sistema informativo sulle comunicazioni obbligatorie del Ministero del Lavoro e delle politiche sociali». I due *reports*, eseguiti nell'ambito del monitoraggio previsto dalla legge 92/2012, analizzano gli effetti della riforma Fornero sulla dinamica degli

⁹⁶⁵ Sul monitoraggio si rinvia a SCIARRA, 2013, 37 ss.

⁹⁶⁶ ICHINO, 2011c, 393 ss.

⁹⁶⁷ SCIARRA, 2013, 41.

avviamenti nei contratti di lavoro⁹⁶⁸. Si tratta indubbiamente di un importante passo avanti, anche se critiche sulle metodologie utilizzate sono certamente possibili⁹⁶⁹. In relazione al licenziamento non sono stati pubblicati dati significativi, se non quelli relativi al numero dei tentativi obbligatori di conciliazione per i recessi per giustificato motivo oggettivo⁹⁷⁰. La speranza è che anche in questo campo si forniranno riscontri empirici che consentano valutazioni sull'impatto della nuova disciplina.

Questi dati, peraltro, dovranno essere considerati con salutare «relativismo». Infatti gli «strumenti che possono misurare l'impatto delle normative, cioè quelli dell'analisi economica del diritto, ... offrono una serie di utilissime informazioni sulla realtà, ma raramente sono in grado di fornire spiegazioni condivise, in particolare sui nessi fra determinati fattori ed i relativi effetti, riuscendo a giungere, al massimo, a conclusioni probabilistiche»⁹⁷¹. E senza dimenticare la necessità di analizzare queste conoscenze nell'ambito dei fini e dei valori perseguiti dal Diritto del lavoro, che non possono essere piegati alla sola valutazione in chiave di (presunta) efficienza sulla regolazione del mercato.

3. La nuova disciplina dell'art. 18 dello statuto dei lavoratori alla luce della giurisprudenza. L'ambito dell'indagine.

La riforma del 2012 ha cambiato l'articolo 18 dello Statuto dei lavoratori e modifica quindi un aspetto fondamentale della tutela in materia di licenziamenti su cui da parecchi decenni si era sviluppato un serrato dibattito giuridico e politico. L'innovazione è di grande rilievo ed incide anche su assetti consolidati dalla giurisprudenza, chiamata a razionalizzare ed interpretare disposizioni di non facile lettura, anche per l'evidente intento compromissorio che caratterizza il testo finale.

Per valutare l'impatto della riforma, mi pare opportuno soffermarmi sulla dimensione empirica tipica del giurista consistente nell'analisi degli orientamenti giurisprudenziali sulla nuova disciplina, anche alla luce dell'imponente quantità di saggi e di commenti della dottrina, che, come vedremo, ha certamente influenzato le interpretazioni dei giudici⁹⁷². Non analizzerò tutte le problematiche connesse alle nuove disposizioni, ma mi concentrerò soltanto su alcune questioni di diritto sostanziale (non mi occuperò quindi del nuovo «rito Fornero»). In particolare mi soffermerò sugli aspetti che hanno rivelato i contrasti più forti in dottrina, trovando poi un significativo riscontro anche in giurisprudenza.

⁹⁶⁸ ISFOL, 2013a, 1 ss.; ISFOL, 2013b, 1 ss.

⁹⁶⁹ Non si comprende ad esempio, in relazione ai contratti a tempo determinato, quali sono riconducibili alle nuove tipologia "acausali" e quali invece sono ascrivibili alle forme di lavoro a termine già esistenti in precedenza. In questo modo non è possibile capire quale sia l'effetto introdotto dalla riforma su un aspetto così importante.

⁹⁷⁰ Sono stati rilevati 16.000 tentativi obbligatori di conciliazione nel periodo 18 luglio 2012 - 22 luglio 2013, con esiti positivi nel 40% dei casi. Si rinvia a OUA 2013, 1 ss.

⁹⁷¹ DEL PUNTA, 2013a, 54.

⁹⁷² Una prima valutazione degli orientamenti giurisprudenziali è stata già fatta da BIASI, 2013, 1 ss.

4. La tesi della parziale identificazione tra licenziamento ingiustificato e licenziamento discriminatorio.

Un saggio molto approfondito e di elevato spessore teorico ha proposto una innovativa lettura della riforma. L'autrice afferma che il licenziamento privo di giusta causa o giustificato motivo é, salvo situazioni particolari, necessariamente discriminatorio e comporta l'applicazione della tutela reale «piena» prevista dall'art. 18, comma 1 e ss., della l. 300/1970⁹⁷³. Questa interpretazione si presta ad obiezioni logiche e giuridiche difficilmente superabili⁹⁷⁴ e non è stata accolta dalla dottrina con una pluralità di argomentazioni, alcune anche molto sofisticate⁹⁷⁵.

Senza voler ripetere le numerose considerazioni critiche, mi sembra evidente che la tesi di M. T. CARINCI sia in ogni caso completamente in contrasto con la *ratio* della legge e con la stessa formulazione letterale dell'art. 18, che distingue nettamente la disciplina degli effetti prevista per il licenziamento discriminatorio e per quello privo di giusta causa o giustificato motivo⁹⁷⁶. Non a caso si è giustamente sottolineato che «non si comprende... come un assunto dogmatico-ricostruttivo, per quanto serio, possa prevalere sulla realtà positiva di un regime che ha previsto (per i recessi ingiustificati) sanzioni a sé, ben distinte da quelle del licenziamento discriminatorio...»⁹⁷⁷.

La giurisprudenza non ha sino ad ora seguito la tesi della parziale identificazione tra licenziamento discriminatorio e quello ingiustificato. A parte le decisioni riferite alla precedente formulazione dell'articolo 18, nelle quali si continua ad affermare la netta distinzione tra discriminatorietà ed assenza di giustificazione⁹⁷⁸, anche le ordinanze che applicano la nuova disciplina si muovono nell'ambito della distinzione tradizionale tra recesso discriminatorio ed illegittimo. Vi sono numerose decisioni che, in riferimento al licenziamento ritorsivo, utilizzano le argomentazioni tradizionali già enucleate dalla Cassazione prima della riforma, senza quindi attribuire alcun rilievo al carattere innovativo della riforma ⁹⁷⁹. Anzi esse tendono a ricondurre la ritorsione nella

⁹⁷³ M. T. CARINCI, 2012a, 554 ss.

⁹⁷⁴ Sia consentito il rinvio anche a SPEZIALE, 2012, 544 ss.

⁹⁷⁵ Si vedano, tra gli altri, BARBIERI, 2013, 28 ss.; BARBERA, 2013, 149 ss.; BRUN, 2012, 198 ss.; CESTER, 2012a, 32, nt. 37; ID., 2012b, 567, nt. 19; ID., 2013, 21 ss.; DEL PUNTA, 2013b, 11 ss.; GALANTINO, 2012, 237, nt. 17; GALARDI, 2013, 289; NOGLER, 2012, 683; TOPO, 2012, 71; ALLEVA, 2012, 1-2; F. CARINCI, 2012b, 546 ss.; ID., 2013, 486 nt. 41; ICHINO, 2012, 9 ss.; MARESCA, 2012, 429; MARAZZA, 2012, 613 ss., 619 ss.; MAZZOTTA, 2013, 243; TREU, 2012b, 56

⁹⁷⁶ SPEZIALE, 2012, 546 e 550. Tra l'altro ho osservato che la tesi qui criticata ha una valenza generale e pertanto anche nelle imprese con meno di 16 dipendenti il licenziamento ingiustificato dovrebbe essere necessariamente discriminatorio, con l'applicazione di una disciplina (la reintegra «piena») che prescinde dai requisiti dimensionali e con totale cancellazione della stabilità obbligatoria. Una conseguenza questa assolutamente in contrasto con la regola del «parallelismo delle tutele», più volte confermata dalla Corte costituzionale (SPEZIALE, 2012, 546 SS.). Questa mia critica è stata fatta propria anche da CESTER, 2013, 24.

⁹⁷⁷ DEL PUNTA, 2013b, 14. BARBIERI (2013, 29) afferma che, nel criticare la tesi di M. T. CARINCI, avrei valorizzato oltre il dovuto la *ratio legis*. Tuttavia se la *ratio* si identifica con «l'intenzione del legislatore» (secondo almeno la giurisprudenza e la dottrina assolutamente prevalenti), mi pare evidente che la previsione di diversi regimi sanzionatori esprime in modo inequivocabile la volontà di distinguere tra il licenziamento discriminatorio e quello ingiustificato.

⁹⁷⁸ Si veda, ad esempio, Trib. Milano 11.2.2013 (dott. Colosimo, *Boll. Spec. Adapt*, 2013, 21, per la cui analisi si rinvia a BIASI, 2013, 14), che ribadisce come il licenziamento discriminatorio si fonda su un «motivo odioso», ravvisabile, «in assenza di un'obiettiva ragione del licenziamento», nella «volontà di escludere dalla compagine sociale un soggetto per il solo fatto di una sua caratteristica personale che lo contraddistingue».

⁹⁷⁹ Cfr., tra le tante, Trib. Bologna 19.11.2012, *RIDL*, 2013, II, 271 ss., con note di ICHINO (*Quando il giudice confonde il difetto di giustificato motivo con il motivo illecito*) e di SCARPELLI (*Giustificato motivo di recesso e divieto di licenziamento per rifiuto della trasformazione del rapporto a tempo pieno*); Trib. Milano 28.11.2012, (dott. Casella); Trib. Milano 28.01.2013, (dott.ssa Lualdi).

discriminazione, mentre oggi la nuova configurazione del «motivo illecito» come automa fattispecie di licenziamento nullo dovrebbe sollecitare una revisione di questo orientamento (visto che il carattere ritorsivo del recesso potrebbe oggi trovare inquadramento in tale ambito piuttosto che nella discriminazione in senso proprio).

5. Il «fatto materiale» o il «fatto giuridico» nel licenziamento disciplinare.

Uno dei punti cruciali di contrasto tra i commentatori della riforma è stato quello della interpretazione, nel licenziamento disciplinare, del concetto di «insussistenza del fatto contestato» (art. 18, comma 4). Si era prospettata la tesi, infatti, che il «fatto insussistente» dovesse essere considerato nella sua componente «materiale», privo di qualsiasi connotato soggettivo (e, quindi, inteso come azione materiale o evento concreto). Questo controllo avrebbe dovuto essere condotto «senza margini per valutazioni discrezionali, ma in base alla elementare distinzione tra l'essere ed il non essere». Soltanto in questa ipotesi sarebbe stato possibile applicare la sanzione della reintegrazione. Mentre, qualora il «fatto» vi fosse stato, occorreva valutarne la importanza ai fini delle nozioni di giusta causa o giustificato motivo. E, se si fosse riscontrata la mancanza di una ragione giustificativa adeguata a giustificare il recesso, l'unica sanzione possibile sarebbe stata il risarcimento del danno, a meno che il fatto, pur sussistente, non fosse riconducibile ad una sanzione conservativa prevista dal contratto collettivo⁹⁸⁰.

Questa tesi, accolta da alcuni studiosi⁹⁸¹, avrebbe avuto come effetto immediato quello di rendere la reintegrazione una sanzione del tutto eccezionale⁹⁸² e si poneva, quindi, l'evidente obiettivo di politica del diritto di «marginalizzare» la reintegra⁹⁸³. Ho criticato questa opinione in base ad una pluralità di argomenti legati alla interpretazione letterale e sistematica della legge⁹⁸⁴. Osservavo, tra l'altro, che la tesi criticata, se portata alle estreme conseguenze, poteva far ritenere che un «fatto lecito» (ad esempio non aver salutato il datore di lavoro) avrebbe dovuto necessariamente determinare, a fronte della evidente ingiustificatezza del licenziamento, *esclusivamente* la sanzione risarcitoria. In quel caso il fatto era pienamente sussistente e, quindi, nonostante la evidente illegittimità del comportamento aziendale, altro non si sarebbe potuto fare che liquidare il danno, riconoscendo al recesso valore risolutivo del contratto, con conseguenze evidentemente assurde⁹⁸⁵.

Ho espresso pertanto l'opinione che il «fatto» andasse inteso come «fatto giuridico»,

⁹⁸⁰ MARESCA, 2012, 435 ss.

⁹⁸¹ TREMOLADA, 2012, 54; ID., 2013, 120 ss.; FERRARESI, 2012, 264; TOPO, 2012, 69 – 70; TATARELLI, 2012, 450; MARAZZA, 2012, 623 ss.; GALANTINO, 2012, 243; TREU, 2012b, 51 ss.; VALLEBONA, 2012, 57 (peraltro con la precisazione che se il fatto fosse stato pretestuoso o di scarso rilievo la reintegra sarebbe stata ugualmente applicata pur in presenza della sua sussistenza ed in applicazione dei principi in tema di frode alla legge); PERSIANI, 2013, 6 ss.

⁹⁸² MARESCA, 2012, 437.

⁹⁸³ Ed è lo stesso MARESCA a confermare tale eccezionalità, quando afferma che «quale datore di lavoro licenzerebbe un dipendente per un fatto inesistente o se per tale fatto fosse prevista espressamente dal contratto collettivo l'applicazione della sanzione disciplinare conservativa? E se ciò avvenisse chi non condividerebbe – sul piano della opportunità – la scelta di applicare la sanzione più rigorosa: quella della reintegrazione?» (MARESCA, 2012, 438).

⁹⁸⁴ SPEZIALE, 2012, 552 ss.; ID., 2013, 329 ss.

⁹⁸⁵ SPEZIALE, 2013, 330.

comprensivo dell'elemento oggettivo e di quello soggettivo (dolo, colpa, intensità dell'elemento intenzionale, ecc.)⁹⁸⁶. Questa tesi è stata sostenuta anche da altri autori⁹⁸⁷, alcuni dei quali hanno oltretutto sottolineato che il «fatto» deve essere inteso come «inadempimento contrattuale»⁹⁸⁸.

La giurisprudenza si è orientata, in senso prevalente, ad utilizzare la nozione di «fatto giuridico», che, tra l'altro, è espressamente contenuta, seppure come *obiter dictum*, in una pronuncia della Cassazione, riferita alla inapplicabilità del nuovo regime sanzionatorio ai licenziamenti oggetto di procedimenti in corso al momento di entrata in vigore della riforma (18 luglio 2012)⁹⁸⁹.

Tra le ordinanze si segnala in particolare Trib. Bologna 15.10.2012, secondo la quale «*la fattispecie inerente la c.d. "insussistenza del fatto contestato"*» va interpretata come «*fatto giuridico, inteso come il fatto globalmente accertato, nell'unicum della sua componente oggettiva e nella sua componente inerente l'elemento soggettivo*». D'altra parte «*l'insussistenza*» non può essere letta come se essa «*facesse riferimento al solo fatto materiale, posto che tale interpretazione sarebbe palesemente in violazione dei principi generali dell'ordinamento civilistico, relativi alla diligenza e alla buona fede nell'esecuzione del rapporto lavorativo, posto che potrebbe giungere a ritenere applicabile la sanzione del licenziamento indennizzato anche a comportamenti esistenti sotto l'aspetto materiale ed oggettivo, ma privi dell'elemento psicologico, o addirittura privi dell'elemento della coscienza e volontà dell'azione*»⁹⁹⁰. In senso del tutto analogo si è espresso il Tribunale di Taranto del 3.6.2013, secondo il quale «*il "fatto contestato" (deve) intendersi non come "fatto materiale", ma come "fatto giuridico"..., cioè non come mera condotta materiale (azione/omissione, nesso di causalità, evento), ma come condotta imputabile colposa, dovendosi altresì considerare il disposto normativo di cui all'art. 2106 cod. civ...., dovendosi quindi trattare comunque di un inadempimento disciplinarmente rilevante o astrattamente punibile con il licenziamento*». Tra l'altro l'ordinanza sottolinea come la tesi contraria potrebbe condurre al paradosso «*che anche una condotta del tutto lecita, nient'affatto inadempiente, o addirittura doverosa del lavoratore, se sussistente, perché effettivamente posta in essere dal lavoratore, dovrebbe ex*

⁹⁸⁶ SPEZIALE, 2012, 553 ss.; ID., 2013, 333 ss.

⁹⁸⁷ Tra cui F. CARINCI, 2013, 496; MAZZOTTA, 2013, 248; PERULLI, 2012b, 793 ss.; L. ZOPPOLI, 2012, 136. Per l'indicazione analitica degli autori, oltre a quelli da me qui citati o considerati negli scritti indicati nella nota precedente, rinvio a BIASI, 2013, 24 – 25, nt. 99 e 100, a cui vanno aggiunti BARBIERI, 2013, 31 ss.; DEL PUNTA, 2013b, 21 ss.; GALARDI, 2013, 291 ss. CESTER (2013, 32 ss.) propone una «mediazione» tra le due tesi (fatto materiale/giuridico). Tuttavia l'a. ritiene che il «fatto contestato» vada definito come «comportamento» che includa «una soglia minima di antiggiuridicità oggettiva». Il che significa tornare al «fatto giuridico».

⁹⁸⁸ V., ad es., DEL PUNTA, 2013b, 21; F. CARINCI, 2013, 496; M. T. CARINCI, 2012b, 1059; MAZZOTTA, 2013, 248; NUZZO, 2012, 63-64; PERULLI, 2012b, 794-795; ROMEI, 2012, 1080; SANTORO PASSARELLI, 2013, 233; SORDI, 2013a, 282-283; TULLINI, 2013, 160; L. ZOPPOLI, 2012, 136. Per ulteriori indicazioni bibliografiche si rinvia a BIASI, 2013, 25, nt. 99.

⁹⁸⁹ Cass. 7.5. 2013 n. 10550, che, in motivazione, rileva come «con la L. n. 92 del 2012, è stata introdotta una nuova, complessa ed articolata disciplina dei licenziamenti che ancora le sanzioni irrogabili per effetto della accertata illegittimità del recesso a valutazioni di fatto incompatibili non solo con il giudizio di legittimità ma anche con una eventuale rimessione al giudice di merito che dovrà applicare uno dei possibili sistemi sanzionatori conseguenti alla qualificazione del fatto (giuridico) che ha determinato il provvedimento espulsivo».

⁹⁹⁰ T. Bologna 15.10.2012 (proc. n. 2631/2012, Catalano Piero c. Atla Srl – Giudice Marchesini), p. 3. Nel commentare la sentenza, si è sottolineato come essa dimostri «la artificiosità della soluzione legislativa, tale da risultare addirittura controproducente rispetto alla finalità perseguita» (F. CARINCI, 2012c, 7).

sé giustificare il licenziamento disciplinare, posto che l'illegittimità di quest'ultimo predicherebbe (solo) la materiale insussistenza della condotta»⁹⁹¹.

Analoghe considerazioni sono contenute in Tribunale di Palmi del 24.4.2013, che rileva come «*il testo della norma discorre non semplicemente di "fatto", ma di "fatto contestato". E ciò che viene contestato non è mai semplicemente un dato meramente materiale, senza contesto, bensì un comportamento valutato nella sua valenza disciplinare e collocato in un preciso contesto. E tale valenza disciplinare non infrequentemente è indissolubilmente connessa alle circostanze estrinseche di contesto oltre che a quelle intrinseche della condotta»⁹⁹². Sulla stessa linea si muovono il Tribunale di Ravenna del 18.3.2013⁹⁹³, il Tribunale di Roma del 4.4.2013⁹⁹⁴, il Tribunale di Trieste del 15.4.2013⁹⁹⁵, il Tribunale di Milano del 30.1.2013 (dott. Piera Gasparini), il Tribunale di Messina del 25.3.2013⁹⁹⁶, la Corte di Appello di Milano del 28.10.2013⁹⁹⁷ e molte altre⁹⁹⁸.*

Mi sembra che le argomentazioni descritte siano difficilmente superabili. Il «fatto» nella sua componente esclusivamente oggettiva può assumere rilievo nei casi in cui il lavoratore non ha materialmente compiuto l'azione o l'omissione oppure non ha causato l'evento. Quando, al contrario, esso sia riconducibile al soggetto destinatario della contestazione, in linea generale dovrà essere considerato nella sua dimensione complessiva di «fatto disciplinarmente rilevante», inclusivo quindi della imputabilità e dell'elemento soggettivo considerato in tutti i suoi aspetti⁹⁹⁹.

6. Il licenziamento disciplinare.

La previsione di diversi regimi sanzionatori per il licenziamento disciplinare costituisce

⁹⁹¹ Trib. Taranto 3.6.2013, dott. Magazzino (R.G. n. 1450/2012). La decisione utilizza molte delle argomentazioni da me espresse negli scritti in precedenza citati.

⁹⁹² Trib. Palmi 24.4.2013, dott. Natalino Sapone (R.G. 56/2013), il quale prosegue che «*non esiste, in un contesto in cui si controverte sulla legittimità di un licenziamento disciplinare, neutralità e purezza del dato empirico; non si dà un dato puramente fenomenologico impermeabile a qualsivoglia profilo valutativo. È un'illusione che porta a risultati iniqui e incongrui quella di porsi alla ricerca di fatti da cogliere nella loro nuda storicità, decontestualizzati e depurati da qualsivoglia prospettiva valutativa*». Il riferimento al «fatto contestato» e non al semplice «fatto» era stato da me sottolineato (SPECIALE, 2013, 333) ed è particolarmente valorizzato da DEL PUNTA, 2013b, 21, da F. CARINCI, 2012d, 1116, da BARBIERI, 2013, 31 e da CESTER, 2013, 32.

⁹⁹³ Secondo il quale «*la nozione di fatto valevole ai fini della scelta della sanzione non può che comprendere tutto il fatto nella pienezza dei suoi elementi costitutivi (sia l'elemento oggettivo sia l'elemento soggettivo) alla luce della nozione di giusta causa valevole nella fattispecie considerata (secondo la legge ed il C.C.N.L.). E per fatto occorre intendere quello costituente illecito disciplinare (integrante giusta causa) alla luce della fattispecie concreta (che si giudica in base alla contestazione)*» (Dott. Rivero).

⁹⁹⁴ L'ordinanza (dott. Maria Giulia Cosentino, R.G. n. 39795/2012) riproduce le stesse identiche parole del Tribunale di Ravenna citata nella nota precedente.

⁹⁹⁵ Dott.ssa Annalisa Multari (R. G. 941/2012).

⁹⁹⁶ Dott.ssa Di Bella (R. G. 6182/2013).

⁹⁹⁷ Dott.ssa Bianchini (R. G. 1400/2013), in BARBIERI, DALFINO, 2013, tramite accesso al sito www.cacucceditore.it/pronunce.php.

⁹⁹⁸ Si vedano, ad esempio, Trib. Milano 18.12.2012 (dott. Scarsella, R. G. 12733/2012), Trib. Ancona 26.11.2012 (dott. Sbrano), Trib. Trento 29.1.2013 (dott. Flaim, R.G. 564/2012); Trib. Milano 27.3.2013 (dott. Cipolla) in BARBIERI, DALFINO, 2013, tramite accesso al sito www.cacucceditore.it/pronunce.php e le altre citate da BIASI, 2013, 26 – 28.

⁹⁹⁹ Cfr, ad es. Trib. Trento 29.01.2013 (dott. Flaim, R.G. n. 564/2012) che, in base ad una valutazione delle prove documentali e testimoniali, ritiene plausibili le giustificazioni del lavoratore e sostiene che il fatto contestato (essersi assentato dal lavoro per ferie pur senza autorizzazione al godimento del periodo di riposo) in verità doveva ritenersi «insussistente» non nella sua componente oggettiva ma in considerazione di tutti gli elementi che avevano qualificato il suo comportamento. Pertanto il giudice ha applicato la tutela di cui all'art. 18, comma 4, l. 300/1970. In senso analogo Trib. Messina 25.3.2013 (dott.ssa Di Bella, R.G. 6182/2012), che ritiene i fatti esistenti dal punto di vista materiale, ma tali da non configurare la violazione dell'art. 2104 c.c.

indubbiamente uno degli aspetti più complessi della nuova disciplina. La legge, infatti, prevede la «reintegra attenuata» nel caso della «insussistenza del fatto contestato» o qualora esso sia riconducibile ad una sanzione conservativa prevista dal contratto collettivo. Mentre nelle «altre ipotesi» vi è solo il risarcimento del danno.

Sgombrato il campo da una lettura della «insussistenza del fatto» riferita esclusivamente agli elementi oggettivi, ho proposto un'interpretazione che gradua il sistema sanzionatorio in base ad un giudizio di proporzionalità svolto anche alla luce dell'art. 2106 c.c. Questa disposizione, infatti, anche se eliminata dal testo finale della riforma (che originariamente l'aveva espressamente contemplata), non è stata certamente abrogata e costituisce un criterio fondamentale di commisurazione della sanzione al comportamento attribuito al lavoratore. Tra l'altro ho osservato che la reintegra opera *anche* quando il contratto collettivo stabilisce, per quel fatto, una sanzione conservativa. Il giudice, quindi, anche se attraverso il «filtro» dell'autonomia collettiva, deve comunque valutare la gravità dell'addebito. E questo anche considerando che in molti casi i contratti collettivi non prevedono espressamente una specifica sanzione connessa ad un determinato comportamento, ma si limitano a delegare all'interprete quale provvedimento disciplinare deve essere applicato per la medesima azione/omissione e sempre in proporzione alla sua gravità¹⁰⁰⁰. D'altra parte, in presenza delle nozioni di g. causa e g. motivo soggettivo (rimaste immutate), necessariamente il giudice deve verificare se «il fatto contestato» sia di rilievo tale da essere ricondotto a queste nozioni legali, con un giudizio che implica una valutazione della adeguatezza del rapporto tra comportamento e sanzione.

Inoltre, ho sostenuto che il criterio della proporzionalità deve essere applicato anche nelle diverse ipotesi in cui autonomia collettiva o codici disciplinari non prevedono nulla. E questo sia perché è impossibile non considerare le fonti normative in materia (che esistono e obbligano il giudice a tenerne conto), sia per evitare una irrazionale disparità di trattamento, con violazione del principio di uguaglianza. In caso contrario, infatti, si creerebbe una non omogeneità di disciplina tra comportamenti non gravi, puniti con sanzioni conservative dal contratto collettivo e dal codice (con diritto alla reintegrazione), e fatti non contemplati da questi atti negoziali o unilaterali ma che tuttavia hanno la medesima gravità. Questi ultimi, infatti, nonostante non potrebbero essere sanzionati con il licenziamento ai sensi dell'art. 2106 c.c., non attribuirebbero al lavoratore il diritto alla ricostituzione del rapporto di lavoro. Senza dimenticare che la legge attribuisce a contratti collettivi e codici carattere vincolante, ma non elimina, per i casi non previsti, il potere del giudice di valutare la gravità dell'infrazione in base alla legge¹⁰⁰¹.

In sostanza, mi sembra che il giudice è chiamato ad una valutazione complessa articolabile in più «gradi». In primo luogo deve verificare se il fatto contestato sia concretamente attribuibile al lavoratore, applicando in caso contrario la reintegra¹⁰⁰². Poi è necessario controllare se il

¹⁰⁰⁰ Ho criticato la tesi secondo la quale i contratti collettivi possono applicarsi solo quando vi è un'elencazione tassativa dei fatti e delle relative sanzioni (SPEZIALE, 2013, 335 – 336).

¹⁰⁰¹ È come se, fermo restando le nozioni legali di giusta causa e giustificato motivo, la legge, ai fini della legittimità del licenziamento, obbligasse il giudice a considerare le causali previste dai contratti collettivi in tema di recesso (che sono oggi soltanto un parametro di riferimento ai sensi dell'art. 30, comma 3, della l. 183/2010). In queste situazioni il magistrato dovrebbe applicare le fattispecie contrattuali, senza verificarne la coerenza, sotto il profilo della gravità, con quanto previsto dalla legge. Ma, in tutti i casi non contemplati, dovrebbe sempre valutare se il fatto contestato sia riconducibile o meno all'art. 2119 c.c. o all'art. 3 della l. 604/1966.

¹⁰⁰² S'immagini la situazione in cui si accerti che il dipendente non ha commesso il fatto o che le sue conseguenze siano completamente indipendenti dalla sua volontà.

comportamento contestato sia punibile con una sanzione conservativa prevista dal contratto collettivo e, in caso di risposta affermativa, accertare la illegittimità del recesso ed ordinare la reintegrazione. Ad analoghe conseguenze si dovrebbe giungere qualora il fatto, pur non espressamente punibile con una multa od una sospensione secondo il contratto collettivo, abbia una gravità tale da meritare soltanto queste tipologie di provvedimenti disciplinari.

Quando il «fatto sussiste» e non si può applicare una sanzione diversa dal licenziamento in base al contratto collettivo, al codice disciplinare o al giudizio di proporzionalità ai sensi dell'art. 2106 c.c., vi saranno due possibilità. Il magistrato potrà ritenere che il comportamento contestato configura una giusta causa o giustificato motivo di recesso e quindi confermerà il licenziamento. Oppure potrà ritenere che la condotta abbia una gravità «intermedia» tra quella che richiederebbe, ad esempio, una multa o una sospensione e quella che invece legittimerebbe il recesso. In tale situazione, il giudice dichiarerà l'insussistenza della giusta causa o del giustificato motivo, ma accerterà l'effetto risolutivo del rapporto e condannerà al risarcimento del danno. In quest'ultimo caso applicherà il comma 5 del nuovo art. 18, trattandosi di una delle «altre ipotesi» di licenziamento ingiustificato¹⁰⁰³.

L'interpretazione da me proposta è stata variamente criticata¹⁰⁰⁴, ma ha anche trovato in parte significativi consensi¹⁰⁰⁵. L'analisi della giurisprudenza di merito mi sembra confermare alcune delle proposte interpretative da me avanzate.

Vi sono alcune sentenze che ricostruiscono la nuova disciplina dell'art. 18 in piena coerenza con quanto da me prospettato, in rapporto al principio di proporzionalità, al criterio con cui distinguere sanzione reintegratoria e quella risarcitoria, al ruolo dell'autonomia collettiva ecc. Il Tribunale di Taranto¹⁰⁰⁶, ad esempio, sostiene che *«la formula dell'“insussistenza del fatto contestato”, cui consegue la tutela reintegratoria (è) riferita all'ipotesi in cui il fatto “giuridico” (disciplinarmente rilevante) è risultato inesistente in modo assoluto, a quello in cui è emerso che il lavoratore non lo ha commesso o non è stata raggiunta una sufficiente prova che lo abbia commesso nonché, ancora, alla ipotesi in cui il fatto contestato, sussistente o meno, postuli secondo il contratto collettivo una sanzione conservativa. La tutela risarcitoria va applicata, invece, quando il “fatto giuridico” (disciplinarmente rilevante) sussiste (nella sua materialità e consapevolezza soggettiva), ma non viene ritenuto tale da concretizzare la giusta causa o giustificato motivo soggettivo»* (p. 15). Inoltre, *«in assenza di codice disciplinare ed in mancanza, nel contratto collettivo, di una graduazione di condotte inadempienti e di sanzioni occorre nondimeno ipotizzare una scala simile (ad opera del giudice, che dovrà distinguere tra condotte inadempienti che sarebbero astrattamente passibili di licenziamento disciplinare e condotte, pur inadempienti ma meno gravi, che sono astrattamente passibili solo di sanzioni conservative)»* (pp. 9 – 10). Infine, in sede di

¹⁰⁰³ Le tesi indicate nel testo sono state espresse in modo più analitico ed approfondito in SPEZIALE, 2012, 550 ss.; ID., 2013, 331 SS.

¹⁰⁰⁴ Oltre agli autori da me indicati in SPEZIALE, 2013, 328 ss., si vedano, senza alcuna pretesa di completezza, DEL PUNTA, 2013b, 26 ss.; TREMOLADA, 2013, 119 ss.; PERSIANI, 2013, 5 ss.; DE LUCA TAMAJO, 2012, 1064 ss.; ROMEI, 2012, 1080 ss.; M. T. CARINCI, 2012c, 1059 (anche se questa a. concorda con una parte delle mie tesi).

¹⁰⁰⁵ Tra questi, ad esempio, F. CARINCI, 2013, 493 ss.; SANTORO PASSARELLI, 2013, 233 – 234; GALARDI, 2013, 291 ss. (pur con qualche distinzione); MAZZOTTA, 2013, 248 ss.

¹⁰⁰⁶ Trib. Taranto 3.6.2013 (dott. Magazzino, R.G. 1450/2013).

valutazione del comportamento del lavoratore «*occorrerà ponderare adeguatamente la colpa..., graduandola con riguardo alla sanzione: così grave da integrare una giusta causa o un giustificato motivo soggettivo, sì da legittimare un licenziamento in tronco o con preavviso; ovvero non così grave ma abbastanza grave da giustificare una sanzione superiore a quella massima conservativa, sì da fondare un licenziamento con preavviso ed indennità risarcitoria*» (p. 12). Il Tribunale di Ravenna¹⁰⁰⁷ sottolinea che quando il comportamento addebitato al lavoratore sia di lieve entità, la mancanza di giusta causa o giustificato motivo comporta l'applicazione della reintegra in base «*alla perdurante applicazione del principio di proporzionalità, che ancora mantiene un ruolo fondamentale in materia*» (p. 12). Infatti, «*va considerato come la stessa previsione di legge, prescrivendo che dinanzi ad un fatto tipico punito lievemente (da contratti collettivi ovvero da codici disciplinari) il giudice debba applicare la reintegra, rende evidente come il giudizio di proporzionalità abbia ancora mantenuto il suo valore essenziale nella scelta della stessa tutela. Per disposizione della legge quindi il giudice applica la reintegra quanto il fatto tipico è punito lievemente (da contratti collettivi ovvero da codici disciplinari). È corretto inoltre ritenere che lo stesso criterio, per identità di ratio, il giudice debba applicare quando il fatto tipico esista ma non sia in concreto grave in assenza di una qualsiasi tipizzazione come ipotesi di illecito nei contratti collettivi o nel codice disciplinare. Non si potrebbe giustificare dinanzi a un fatto lieve un trattamento differente: non si capirebbe perché se il fatto lieve è previsto nel contratto collettivo si debba applicare la reintegra; mentre se un fatto lieve è accertato come tale dal giudice in carenza di una puntuale tipizzazione si debba applicare soltanto la tutela l'obbligatoria; tanto più se si pensa come in ogni campo del diritto la sanzione va commisurata (come qui si ritiene) all'entità del fatto e non alla colpa del datore*» (pp. 12 – 13).

Il Tribunale di Roma¹⁰⁰⁸ conferma questa interpretazione (utilizzando le medesime parole del Tribunale di Ravenna). L'ordinanza, in base al principio di proporzionalità «*che ancora mantiene un ruolo fondamentale in materia*» (p. 4), ribadisce che se il comportamento contestato non è tale da integrare una giusta causa e si tratta di un «*fatto lieve*» (anche se non previsto dal contratto collettivo come punibile con sanzione conservativa) occorre applicare la reintegrazione (pp. 4 – 5). Il Tribunale di Bologna del 24.07.2013¹⁰⁰⁹ sottolinea che se «*la mancanza contestata sia un ritardo di 10 minuti e il datore provi la sussistenza del fatto a carico del lavoratore, potrà essere sempre disposta la reintegrazione trattandosi di un inadempimento di scarsa rilevanza, che non consente il recesso alla parte datoriale, ancorché con il pagamento della penale prevista dalla legge; o, in altri termini, non essendo possibile configurare un'ipotesi astratta di giusta causa o di giustificato motivo*» (p. 4)¹⁰¹⁰.

¹⁰⁰⁷ 122 Dott. Rivero, 18.3.2013.

¹⁰⁰⁸ 4 aprile 2013 (Dott.ssa Maria Giulia Cosentino, R. G. 39795/2012).

¹⁰⁰⁹ Dott. Benassi, in BARBIERI, DALFINO, 2013, tramite accesso al sito www.cacucieditore.it/pronunce.php.

¹⁰¹⁰ La sentenza prosegue affermando che «*in sintesi la tutela reintegratoria e risarcitoria c.d. debole dovrebbe trovare applicazione quando il datore di lavoro non provi il fatto contestato e l'imputabilità del fatto al lavoratore oppure quando sussista una causa di esclusione dell'inadempimento del prestatore di lavoro; e, altresì, quando il fatto come ricostruito sia punito dalla contrattazione collettiva con una sanzione disciplinare conservativa o, comunque, non rientri nella nozione legale di giusta causa di giustificato motivo soggettivo. Qualora, invece, il licenziamento venga considerato illegittimo per difetto di adeguatezza e di proporzionalità della sanzione inflitta, cioè si sia comunque in presenza di un inadempimento di non scarsa rilevanza, trova, infine, applicazione la sola tutela risarcitoria*» (p. 4). Mi sembra che la sentenza si muova nell'ambito della interpretazione da me proposta (pur con qualche differenza).

Una parte consistente di decisioni, a dire il vero, ribadisce la necessaria applicazione dell'art. 2106¹⁰¹¹ c.c. e del principio di proporzionalità come elemento per valutare la sussistenza o meno della causa giustificativa del recesso e per «graduare» la sanzione tra «reintegra attenuata» o «indennità risarcitoria forte»¹⁰¹². Le ordinanze, ovviamente, arrivano a conclusioni diverse in relazione al regime degli effetti applicabile. Esse tuttavia dimostrano come molti giudici ritengano che le sanzioni connesse al nuovo art. 18 non possono essere selezionate alla luce della sola esistenza materiale del fatto o della sua inclusione nelle sanzioni conservative da parte della contrattazione collettiva o dei codici disciplinari, ma richiedano un giudizio più complesso. Alcune di esse, inoltre, arrivano ad applicare la «reintegra attenuata» anche in considerazione della riconducibilità del fatto tra le ipotesi per le quali i contratti collettivi prevedono sospensioni o multe¹⁰¹³. Comunque esse si fondano sempre su una valutazione della gravità dei comportamenti e della proporzionalità della sanzione¹⁰¹⁴.

Un'altra osservazione che è possibile dedurre dall'analisi delle decisioni dei giudici di merito è l'utilizzazione estensiva dei codici disciplinari previsti dai contratti collettivi. In tale ambito le pronunce usano i ccnl per escludere la giusta causa ed applicare la reintegra perché i comportamenti sono ricompresi tra le sanzioni conservative¹⁰¹⁵. Oppure perché, in negativo, il fatto contestato non è tra quelli per i quali il contratto collettivo prevede il licenziamento o per entrambe le ragioni (inclusione del comportamento tra i fatti per i quali è stabilita l'ammonizione, la multa o la sospensione e non tra le ipotesi di licenziamento disciplinare)¹⁰¹⁶. Tra l'altro le sanzioni conservative

¹⁰¹¹ Trib. Roma 14.1.2013 (dott. Valle, R. G. 35289/2012) fa espressamente riferimento alla disposizione del codice civile. In senso analogo Trib. Ravenna citata nel testo, p. 12.

¹⁰¹² Oltre alle due sentenze citate nella nota precedente, cfr. Trib. Milano 1.3.2013 (dott. Scarzella, R. G. 14681/2012); Trib. Milano 20.3.2013 (dott. Scarzella); Trib. Milano 16.4.2013 (dott. Porcelli, R. G. 2894/2013): su queste decisioni si rinvia a BIASI, 2013, 32 – 33. Si vedano anche Trib. Milano 28.1.2013 (dott. Lualdi); Trib. Ancona 31.3.2013 (dott.ssa Sbano); Trib. Taranto 3.6.2013 (dott. Magazzino, R.G. 1450/2013); Trib. Genova 6.5.2013 (dott.ssa Scotto); Trib. Genova 14.5.2013 (dott.ssa Scotto); Trib. Roma 4.4.2013 (dott.ssa Maria Giulia Cosentino, R. G. 39795/2012), Trib. Bologna 22.3.2013 (dott. Sorgi).

¹⁰¹³ È questo il caso, ad esempio, del Trib. Milano 1.3.2013 (dott. Scarzella, R. G. 14681/2012); Trib. Milano 20.3.2013 (dott. Scarzella), Trib. Bologna 24.7.2013 (dott. Benassi), in BARBIERI, DALFINO, 2013, tramite accesso al sito www.cacuccieditore.it/pronunce.php, p. 5.

¹⁰¹⁴ Cfr., ad es., C. App. Milano 28.10.2013 (dott.ssa Bianchini, R.G. 1400/2013) in BARBIERI, DALFINO, 2013, tramite accesso al sito www.cacuccieditore.it/pronunce.php; Trib. Milano 23.4.2013 (dott. ssa Porcelli), ivi.

¹⁰¹⁵ Oltre alle sentenze citate nella nota 128, cfr. Trib. Bologna 15.10.2012 (dott. Marchesini, R.G. 2631/2012), C. App. Bologna 23.4.2013 n. 604 (in *Guida al lavoro* 2013, n. 20, 80 e che conferma Trib. Bologna 15.10.2012); Trib. Bologna 25.9.2012 (dott. Coco, R. G. 2602/2102); Trib. Bologna 22.3.2013 (dott. Sorgi, R. G. 3484/2012, che applica la tutela «indennitaria forte» perché si trattava di un socio di cooperativa escluso dall'applicazione dell'art. 18 delle Statuto dei lavoratori); Trib. Ravenna 18.3.2013 (dott. Rivero), cit.; Trib. Roma 18.4.2013 (dott.ssa Leone, R. G. 736/2013); Trib. Catania 19.4.2013 (dott. Fiorentino, R. G. 11302/2012); Trib. Bergamo 4.4.2013 (dott.ssa Bartoncini, R. G. 68/2013); Trib. Bologna 24.7.2013 (dott. Benassi), in BARBIERI, DALFINO, 2013, tramite accesso al sito www.cacuccieditore.it/pronunce.php, p. 5.

¹⁰¹⁶ Ad esempio Trib. Milano 28.1.2013 (dott. Lualdi, R. G. 14796/2012) applica la «reintegra attenuata» perché il fatto non è previsto dal ccnl come giusta causa di recesso. Trib. Roma 4.4.2013 (dott. Armone, R. G. 32596/2012) assume la propria decisione in base ad una approfondita analisi del ccnl sia in relazione alle sanzioni conservative sia a quelle che legittimano il licenziamento. Lo stesso può dirsi per la reintegrazione disposta da Trib. Roma 18.4.2013 (dott.ssa Leone, R. G. 736/2013) e per le ordinanze del Trib. Catania 19.4.2013 (dott. Fiorentino, R. G. 11302/2012); Trib. Bergamo 4.4.2013 (dott.ssa Bartoncini, R. G. 68/2013). Si vedano anche Trib. Ancona 31.1.2013 (dott.ssa Sbano) e Trib. Milano 20.3.2013 (dott. Scarzella). La Corte di Appello di Milano (28.10.2013, dott.ssa Bianchini, R. G. 1400/2013, in BARBIERI, DALFINO, 2013, tramite accesso al sito www.cacuccieditore.it/pronunce.php.) applica il risarcimento del danno nel caso di un comportamento non previsto dal ccnl come sanzione conservativa o come giusta causa di recesso. Si veda anche Trib. Bologna 24.7.2013 (dott. Benassi) che riconduce il fatto contestato alle sanzioni conservative del ccnl e rileva come esso non sia ascrivibile alle ipotesi di giusta causa ivi previste.

sono applicate sia quando il fatto contestato è riconducibile espressamente ad un provvedimento disciplinare tipizzato, sia quando spetta al giudice graduare, al loro interno, quello che è ritenuto appropriato. In quest'ultimo caso si ritiene che la inclusione tra i comportamenti che meritano una ammonizione, una multa o una sospensione sia di per sé sufficiente ad escludere la ragione giustificativa del recesso¹⁰¹⁷.

La valorizzazione dell'autonomia collettiva è uno degli obiettivi perseguiti dalla riforma che intende reprimere «un grave abuso del potere di licenziamento per ragioni disciplinari, la cui gravità, tuttavia, non deriva soltanto dalla sproporzione della reazione disciplinare, cioè dalla mera circostanza della punibilità del fatto...con una sanzione conservativa, bensì dalla conoscenza e/o conoscibilità preventiva, da parte del datore di lavoro, di tale più ridotta punibilità sulla base delle previsioni dei contratti collettivi»¹⁰¹⁸. Le decisioni sopra indicate dimostrano che, almeno da questo punto di vista, la nuova disciplina ha un impatto positivo, perché facilita il lavoro del giudice (e riduce la sua discrezionalità) tramite un riferimento costante ai contratti collettivi sia in positivo (il fatto è punito con una sanzione conservativa) sia in senso negativo (esso non è incluso tra le ipotesi di licenziamento). Una valorizzazione che può attribuire maggiore importanza anche a quella parte dei contratti non obbligatori per il giudice (che può solo «tenere conto» delle tipizzazioni di giusta causa o giustificato motivo)¹⁰¹⁹ e si spera possa sollecitare una revisione dei codici disciplinari previsti dai contratti collettivi, spingendo le parti sociali a redigerli in modo più dettagliato e esaustivo.

Sempre in relazione alle regole disciplinari dei contratti collettivi, alcune ordinanze hanno ritenuto che i comportamenti contestati, pur non espressamente riconducibili alle sanzioni conservative contenute nei ccnl, fossero ad essi assimilabili per «analogia di gravità»¹⁰²⁰ o perché comunque ritenuti analoghi a quelli ivi previsti¹⁰²¹. Questa giurisprudenza sembrerebbe dunque accogliere l'opzione interpretativa da me proposta al fine di evitare una irrazionale disparità di trattamento e la conseguente violazione del principio di eguaglianza. La mia tesi è stata criticata in quanto si è sostenuto che in questo caso il magistrato verrebbe ad interpretare analogicamente il contratto collettivo, con una operazione vietata¹⁰²². In verità questa obiezione non può essere applicata alle sentenze che si stanno esaminando. Esse, infatti, utilizzano in molti casi tipologie molto estese di comportamenti disciplinari previsti dai contratti collettivi, come la commissione di «qualunque atto che porti pregiudizio alla sicurezza dell'azienda»¹⁰²³ o nel caso di «condotte contrarie al dovere di diligenza, ai regolamenti interni, alla disciplina e alla morale...». In queste

¹⁰¹⁷ Queste ordinanze accolgono la tesi da me espressa secondo la quale i contratti collettivi possono applicarsi anche quando non vi è un'elencazione tassativa dei fatti e delle relative sanzioni (SPEZIALE, 2013, 335 – 336).

¹⁰¹⁸ DEL PUNTA, 2013b, 23.

¹⁰¹⁹ Art. 30, comma 3, l. 183/2010.

¹⁰²⁰ Trib. Milano 1.3.2013 (dott. Scarzella, R. G. 14681/2012).

¹⁰²¹ Trib. Milano, 20.3.2013 (dott. Scarzella); Trib. Roma 14.1.2013 (dott. Valle, R. G. 35289/2012). Su queste sentenze si rinvia anche all'analisi di BIASI, 2013, 32.

¹⁰²² DEL PUNTA, 2013b, 25, a cui si rinvia per l'indicazione degli autori (tra i quali sono incluso) che appunto ritengono si tratterebbe di interpretazione analogica. Sul divieto di interpretazione analogica del contratto collettivo cfr. Cass. 23.12.2002 n. 18294; Cass. 17.7.1995 n. 7763. In generale, sul tema, cfr. AA.VV., 2004; GUERRA, 2008, 669 ss.

¹⁰²³ Trib. Milano 1.3.2013 (dott. Scarzella, R. G. 14681/2012), che si riferisce a questa dizione del ccnl di categoria.

ipotesi, quindi, vi è soltanto l'uso di formulazioni ampie dei contratti collettivi, che configurano delle «clausole generali» di individuazione di fatti disciplinarmente rilevanti non contemplati nelle altre esemplificazioni contrattuali. Qui, dunque, vi è applicazione diretta del contratto collettivo e non interpretazione estensiva o analogica.

Mi sembra, peraltro, che la mia proposta interpretativa (il giudice deve ordinare la reintegra quando il fatto contestato, pur non incluso tra le sanzioni conservative del contratto collettivo, ha una gravità equiparabile a quelle ivi previste) non possa essere assimilata alla interpretazione analogica. L'analogia, infatti, presuppone che vi sia una lacuna normativa e che essa venga risolta con l'applicazione di Un'altra disciplina esistente per Un'altra fattispecie espressamente regolata dalla legge (o dal contratto collettivo nel nostro caso). L'estensione presuppone che tra il caso regolato e quello non disciplinato vi sia una «somiglianza rilevante», da intendersi come *ratio legis*¹⁰²⁴. Nella situazione da me prospettata non esiste una lacuna normativa. Il giudice è chiamato a valutare il comportamento del lavoratore in base a vari parametri normativi relativi alla giustificazione del recesso (artt. 2919 c.c. e art. 3 l. 604/1966), al principio di proporzionalità (art. 2106 c.c.) ed al regime degli effetti applicabile (art. 18, c. 4, l. 300/1970). Il magistrato, dunque, opera con un normale giudizio di sussunzione senza dover colmare alcun «vuoto» giuridico. Il contratto collettivo, inoltre, non è esteso analogicamente ad un caso diverso, ma opera semplicemente come parametro di riferimento della gravità del comportamento, per consentire al magistrato di comprendere se il fatto contestato possa essere assimilato, sotto il profilo della rilevanza e della responsabilità del lavoratore, a quelli previsti dal codice contrattuale. Si tratta di un procedimento simile (anche se non identico) a quello con cui il giudice, ai sensi dell'art. 36 Cost. e dell'art. 2099 c.c., utilizza il contratto collettivo come parametro del salario sufficiente anche per contratti di lavoro ai quali il ccnl non sia direttamente applicabile. In queste ipotesi nessuno ha mai pensato che si fosse in presenza di una applicazione analogica del contratto collettivo.

Si è già detto come molte sentenze applicano la «reintegra attenuata» anche quando il fatto giuridico contestato è esistente ma è riconducibile alle sanzioni conservative previste dal contratto collettivo o, pur non incluso tra esse, ha una gravità equivalente ai comportamenti puniti con una multa o una sospensione. Altre, invece, arrivano alle stesse conclusioni in base ad un criterio di proporzionalità, quando l'azione/omissione addebitata non è tale da giustificare una giusta causa o un g. motivo di licenziamento. Vi sono peraltro anche orientamenti diversi.

Alcune ordinanze, infatti, ritengono che la nuova disciplina *«pare imporre uno sdoppiamento, sul piano funzionale, della verifica della legittimità del licenziamento rispetto alla successiva determinazione della sanzione eventualmente applicabile in caso di illegittimità del recesso. La prima operazione costa nella valutazione della idoneità del comportamento del dipendente ad integrare una giusta causa o giustificato motivo soggettivo alla stregua dei principi - non modificati dalla novella legislativa - enucleati al riguardo da una giurisprudenza ormai consolidata. In caso di accertata illegittimità del licenziamento, il giudice deve, poi, individuare la sanzione da adottarsi nel caso concreto, applicando i criteri descrittivi stabiliti dal novellato art. 18, che prevede la reintegrazione nel posto di lavoro (associata ad una indennità massima di 12 mensilità di retribuzione) soltanto in due ipotesi e precisamente quando "il fatto contestato non sussiste" e quando "il fatto rientra tra le condotte punibili solo con una sanzione conservativa sulla base delle previsioni dei contratti*

¹⁰²⁴ BOBBIO N., 1968, 603; ID., 1938; GUASTINI R., 2004, 154 ss.; Cass. 11.4.1962 n. 699; Cass. 19.4.1961 n. 863 e molte altre.

o dei codici disciplinari applicabili". *In tutte le "altre ipotesi", secondo la nuova versione dell'art. 18, il lavoratore non ha diritto alla reintegrazione nel posto di lavoro, ma soltanto ad un'indennità onnicomprensiva determinata tra un minimo di 12 e un massimo di 24 mensilità dell'ultima retribuzione globale»¹⁰²⁵.*

Queste pronunce giurisdizionali ritengono che, in base alla istruttoria, i comportamenti contestati al lavoratore sono sussistenti ed ascrivibili alla sua responsabilità (alla luce del principio del «fatto giuridico»). Essi, tuttavia, non hanno una gravità tale da configurare una giusta causa o giustificato motivo di recesso, né sono riconducibili alle sanzioni conservative previste dal contratto collettivo. Pertanto, la sanzione applicabile è l'indennità risarcitoria prevista dal comma 5 dell'art. 18, con un risarcimento che viene graduato in base ai criteri previsti dalla legge¹⁰²⁶. Tale giurisprudenza, dunque, pur applicando il principio di proporzionalità, ritiene che la sussistenza del «fatto giuridico» e l'impossibilità di applicare una multa od una sospensione determinino *necessariamente*, in assenza di una legittima causa di recesso, l'applicazione del risarcimento del danno. Le decisioni descritte non ritengono opportuno verificare se, pur non contemplato espressamente tra le sanzioni conservative, il fatto possa meritare, ai sensi dell'art. 2106 c.c., analogo sanzione. Esse inoltre non legano il risarcimento al fatto che il comportamento ha una gravità «intermedia» tra quella che richiederebbe una sanzione conservativa e quella che legittimerebbe il recesso.

Questa ricostruzione, che non condivido, è peraltro indicativa di un possibile sviluppo interpretativo della giurisprudenza, che non è dato sapere se ed in che misura verrà a consolidarsi. Si può constatare che, nel momento in cui si scrive, la giurisprudenza sembra orientata in misura prevalente a seguire il diverso orientamento prima descritto, anche alla luce dell'utilizzazione estensiva dei contratti collettivi. Tra l'altro i codici contrattuali vengono ulteriormente valorizzati da quelle decisioni che ne analizzano il rilievo dal punto di vista processuale. È questo il caso, ad esempio, del Tribunale di Milano del 16.4.2013¹⁰²⁷ che ha condannato la società a corrispondere al lavoratore l'indennità risarcitoria di cui al comma 5 dell'art. 18 perché il dipendente non ha «*allegato e prodotto le disposizioni del ccnl o del codice disciplinare sui comportamenti passibili di sanzione conservativa*»¹⁰²⁸. Mentre il Tribunale di Milano del 28.12.2012¹⁰²⁹ riconosce il risarcimento del danno anche perché «*la difesa della parte ricorrente nemmeno compie lo sforzo di individuare quale sanzione ritiene astrattamente applicabile e la ragione per la quale la ritiene integrata dalla condotta posta in essere dal ricorrente*».

Il Tribunale di Milano del 27.4.2013¹⁰³⁰ afferma che la violazione del principio dell'immediatezza del recesso attiene ad un profilo sostanziale di ingiustificatezza del licenziamento che esclude la

¹⁰²⁵ Trib. Genova 14.5.2013 (dott.ssa Scotto). Questo «sdoppiamento» di indagine era stato proposto da MARESCA, 2012, 435 ss. ed accolto da DE LUCA TAMAJO, 2012, 1064 ss.

¹⁰²⁶ Oltre a Trib. Genova 14.5.2013, cit., cfr. Trib. Voghera 14.3.2013 (dott.ssa Dossi, R. G. 1/2013); Trib. Milano, 23.4.2013 (dott.ssa Porcelli); Trib. Milano 28.12.2012 (dott. Cipolla, R. G. 13537/2012).

¹⁰²⁷ Dott. Porcelli, R. G. 2894/2013.

¹⁰²⁸ In senso contrario Trib. Bologna 25.9.2012 (dott. Coco, R. G. 2602/2012) che ha invece acquisito d'ufficio il testo del contratto collettivo per verificare a quale sanzione disciplinare potesse essere ricondotto il «fatto».

¹⁰²⁹ Dott. Cipolla, R. G. 13537/2012.

¹⁰³⁰ Dott.ssa Cipolla, in BARBIERI, DALFINO, 2013, tramite accesso al sito www.cacuccieditore.it/pronunce.php.

sua legittimità¹⁰³¹. Tuttavia il giudice, poiché ritiene che il fatto «nella sua dimensione oggettiva e soggettiva» sussiste, applica l'indennità risarcitoria prevista dal comma 5 dell'art. 18. Altre sentenze, invece, ritengono che la tardività della contestazione disciplinare va considerata come un vizio meramente formale, a cui consegue il regime risarcitorio previsto dal comma 6 dell'art. 18¹⁰³². In realtà mi sembra indiscutibile che il ritardo nella contestazione e nella irrogazione del recesso, salvo i casi in cui sono giustificati da ragioni di approfondimento istruttorio o di carenza di informazioni, esprimono in modo indiscutibile una autovalutazione del valore del comportamento addebitato. In sostanza, il datore di lavoro – non reagendo tempestivamente – ritiene che il fatto non è di per sé tale da non consentire la prosecuzione, anche provvisoria del rapporto e, quindi, non configuri una giusta causa. Pertanto la violazione dei principi di immediatezza necessariamente si riflette sulla inesistenza sostanziale della causale e non può essere ascritta ad una semplice violazione procedurale¹⁰³³. Ne dovrebbe, inoltre, derivare l'applicazione della «reintegra attenuata» perché è lo stesso atteggiamento del datore di lavoro a rivelare che egli ritiene che il «fatto contestato» è «insussistente» sotto il profilo materiale o della stessa gravità della lesione del vincolo fiduciario, con applicazione, quindi, della sanzione più forte¹⁰³⁴.

Una menzione particolare merita il Tribunale di Trieste del 15.4.2013¹⁰³⁵. La sentenza, infatti, ritiene che il lavoratore abbia commesso il fatto giuridico contestato e che esso consista in una «violazione tipizzata dalle norme collettive con una condotta sanzionabile con il recesso», senza possibilità di applicare una sanzione conservativa. Tuttavia il magistrato ritiene che vi siano «circostanze attenuanti». Con la conseguenza che, in una «valutazione anche della proporzione della sanzione applicata rispetto alla condotta», il licenziamento doveva considerarsi ingiustificato, «ma le sue conseguenze non possono essere quelle della tutela derivante dal suo annullamento bensì quelle attenuate di cui al comma V° dell'art. 18 novellato cit. del mero risarcimento del danno da un minimo di 12 mensilità ad un massimo di 24». L'ordinanza sembra confermare la tesi della «gravità intermedia» del fatto tra quello che meriterebbe una multa od una sospensione e quello tale da legittimare la giusta causa di recesso.

¹⁰³¹ Viene quindi accolta la tesi, prospettata in dottrina, secondo cui questo vizio non può essere ascritto alle violazioni procedurali del licenziamento repressi esclusivamente con il risarcimento del danno in misura ridotta. Si rinvia, sul punto, a GALARDI, 2013, 305.

¹⁰³² Il Tribunale di Ancona del 26.11.2012 (dott.ssa Sbrano, in BARBIERI, DALFINO, 2013, tramite accesso al sito www.cacuccieditore.it/pronunce.php) afferma che «la mancanza di tempestività della contestazione, costituendo un vizio della procedura di contestazione prevista dall'art. 7 St. Lav. dovrebbe trovare la propria regolamentazione all'interno del comma 6 del nuovo art. 18 che, in caso di accertata violazione della procedura de quo, prevede la risoluzione del rapporto di lavoro con riconoscimento al dipendente di una mera indennità risarcitoria determinata, in relazione alla gravità della violazione procedurale, tra un minimo di sei ed un massimo di 12 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto. Viene, tuttavia, fatta salva l'ipotesi in cui il giudice accerti che vi è anche un difetto di giustificazione del licenziamento nel qual caso troveranno applicazione le tutele di cui ai commi quarto, quinto o settimo». Nel caso concreto il magistrato ritiene che si tratti di un'ipotesi di insussistenza del fatto e quindi ordina la reintegra. Tuttavia il giudice sembra ricondurre la violazione del principio dell'immediatezza nell'ambito della tutela risarcitoria per i vizi procedurali. In senso analogo Trib. Santa Maria Capua Vetere del 2.4.2013 (dott. Cervelli, in BARBIERI, DALFINO, 2013, 213 ss.) che, in una ipotesi di tardività della contestazione disciplinare anche alla luce della procedura prevista da C.C.N.L., applica «le conseguenze sanzionatorie dettate dall'art. 18 comma 6 St. lav...» (p. 214).

¹⁰³³ In tal senso, PISANI, 2013, 267 ss., 270; BARBIERI, 2013, 46; GALARDI, 2013, 305.

¹⁰³⁴ Così anche BARBIERI, 2013, 46; MARAZZA, 2012, 633; TATARELLI, 2012, 454; GALARDI, 2013, 295. *Contra* PISANI, 2013, 270; TREMOLADA, 2013, 130. MAZZOTTA (2013, 250 – 251) esclude la possibile applicazione della tutela indennitaria e di quella risarcitoria, ritenendo che «una reazione sanzionatoria intempestiva rifluisca nel motivo illecito», con conseguente applicazione dell'art. 18, c. 1.

¹⁰³⁵ Dott.ssa Multari, R. G. 941/2012.

7. Il licenziamento economico.

La nuova formulazione dell'art. 18 introduce un sistema «binario» anche per il g. motivo oggettivo connesso a ragioni economiche ed organizzative. Se il giudice accerta la «manifesta insussistenza del fatto posto a base del licenziamento» può ordinare la reintegrazione nel posto di lavoro. Invece, «nelle altre ipotesi», condanna solo al risarcimento del danno (art. 18, comma 7, secondo periodo).

Ho già analizzato i problemi legati a queste disposizioni, che hanno animato un dibattito molto esteso ed approfondito¹⁰³⁶. Le principali questioni interpretative sono quelle relative alla individuazione del «fatto posto a base del licenziamento», al significato della «manifesta insussistenza» e delle «altre ipotesi», al carattere facoltativo della reintegrazione. Non intendo qui ripercorrere le opinioni espresse in materia e mi limiterò ad alcune osservazioni strettamente connesse alle prime pronunce della giurisprudenza.

Va subito osservato che le ordinanze in materia di licenziamenti individuali per giustificato motivo oggettivo sono ancora poche ed in numero più ridotto rispetto a quelle relative al recesso disciplinare. La esiguità delle decisioni è strana, anche perché inserita in un contesto economico assai negativo che, nell'anno e mezzo successivo all'entrata in vigore della riforma, avrebbe dovuto sollecitare molti licenziamenti economici con il correlativo contenzioso. Questo limitato numero di controversie sollecita due riflessioni. La prima è che probabilmente il tentativo obbligatorio di conciliazione sta producendo effetti deflattivi. A luglio 2013, su 16.000 procedure attivate, il 40% si è concluso con esito positivo¹⁰³⁷. D'altra parte, anche nei casi di conciliazione con esito negativo, l'incontro tra il datore di lavoro e il dipendente e la discussione sulle stesse ragioni economiche ed organizzative a fondamento del recesso può aver dissuaso molti lavoratori (magari su consiglio dei propri legali) sull'opportunità di attivare azioni giudiziarie dall'esito incerto.

È possibile anche una seconda interpretazione del numero limitato di ordinanze. La riforma, ad una prima lettura, ha squilibrato le tutele. Infatti il licenziamento economico, con il requisito della insussistenza «manifesta» e della semplice facoltatività della reintegra, sembra garantire alle imprese una maggiore libertà nel licenziamento per g.m.o. rispetto a quello disciplinare. Questa prima impressione, a mio giudizio non è corretta¹⁰³⁸. Tuttavia il nuovo art. 18 poteva essere interpretato in questo modo sollecitando le imprese a seguire la via più facile del recesso economico anche quando vi erano ragioni per un licenziamento disciplinare. 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.

¹⁰³⁶ SPEZIALE, 2012, 558 ss.; SPEZIALE, 2013, 341 ss. (a cui rinvio per le indicazioni bibliografiche). Si vedano, anche, DEL PUNTA, 2013b, 28 ss.; BARBIERI, 2013, 40 ss.; PERSIANI, 2013, 17 ss.; NUZZO 2012, 93 ss.; BRUN 2012, 6 ss.; PONTERIO, 2013a, 143 ss.; ID., 2013b, 73 ss.; SANTORO PASSARELLI, 2013, 231 ss.; MAZZOTTA, 2013, 251 ss.; ALBI, 2013, 260 ss.; TOPO, 2013, 153 ss.

¹⁰³⁷ V. *retro* nt. 85.

¹⁰³⁸ SPEZIALE, 2012, 558 ss.; SPEZIALE 2013, 341 ss.

Nel momento in cui si scrive, una delle poche decisioni che si sono occupate della nozione di «manifesta insussistenza del fatto posto a base del licenziamento» è quella del Tribunale di Reggio Calabria del 3.6.2013¹⁰³⁹. Il giudice ritiene, in primo luogo, che nel g. motivo oggettivo «la nozione di "fatto" non (è) distinguibile dalla valutazione e connotazione giuridica del fatto stesso, anche ai fini dell'applicazione della novella dell'art. 18 legge 300/70 approvata dalla legge 92 del 2012» (p. 8). Avevo sostenuto questa tesi¹⁰⁴⁰, che è stata argomentata anche da altri autori¹⁰⁴¹. In verità, come avevo già avuto modo di notare, il fatto economico e la sua qualificazione giuridica sono indissolubilmente intrecciati e non distinguibili¹⁰⁴².

Il Tribunale afferma poi che il datore di lavoro non ha fornito la prova della soppressione posto di lavoro, e, per tale ragione, conferma la insussistenza del giustificato motivo oggettivo. Il magistrato, tuttavia, sostiene che il «concetto di insussistenza "manifesta" impone all'interprete di cogliere con criteri soggettivi e temporali il senso della disposizione, che evidentemente intende sanzionare con maggior rigore un comportamento datoriale non solo illegittimo, ma particolarmente grave, che per questo lo obbliga al ripristino del rapporto e non solo al pagamento dell'indennità risarcitoria. Se questo è il senso della disposizione, la "evidenza" della illegittimità del recesso non può che rapportarsi alla posizione ed al punto di vista nonché alle conoscenze datoriali, quali erano all'atto del licenziamento (in tal senso si vuole qui proporre il criterio "soggettivo e temporale"» (p. 13).

A mio giudizio, la mancata dimostrazione della soppressione del posto di lavoro è un sicuro indice dell'assenza di un giustificato motivo oggettivo e configura un'ipotesi di «manifesta insussistenza» a cui consegue la reintegra¹⁰⁴³, con una tesi che è stata espressa anche da altri autori¹⁰⁴⁴. Tuttavia il giudice, alla luce di alcune suggestioni della dottrina¹⁰⁴⁵, ha considerato che la reintegrazione presuppone una situazione di insussistenza «evidente», con una valutazione *ex ante* da effettuarsi al momento del licenziamento, e caratterizzata da particolare gravità¹⁰⁴⁶.

¹⁰³⁹ Dott.ssa Patrizia Morabito, R. G. n. 767/2013.

¹⁰⁴⁰ SPEZIALE, 2012, 560 ss.; SPEZIALE, 2013, 331 ss.

¹⁰⁴¹ Rinvio a SPEZIALE, 2013, 331 per le indicazioni bibliografiche, a cui *adde* CESTER, 2013, 33; DEL PUNTA, 2013b, 28; BARBIERI, 2013, 31; PERSIANI, 2013, 17 ss.; MAZZOTTA, 2013, 252; ALBI, 2013, 275; F. CARINCI, 2013, 503; TOPO, 2013, 169. Per una critica alla formulazione utilizzata dal legislatore ed alla impossibilità di darne spiegazione sia in termini di «fatto materiale» sia quale ragione giuridica del recesso v. PONTARIO, 2013b, 74 ss. Ritengono, al contrario, che il «fatto» vada qui inteso in senso «materiale» PERSIANI, 2013, 18; BRUN, 2012, 192 – 193.

¹⁰⁴² Infatti, ad esempio, «la "mancanza di commesse" (che si traduce in una riduzione di attività che rende necessaria la soppressione del posto di lavoro) è sia un "fatto materiale" (accertabile nella sua concretezza esistenza) sia la "ragione inerent(e) all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di essa" (art. 3 l. 604/1966). I due aspetti, scindibili sul piano concettuale, sono difficilmente separabili sul piano giuridico» (SPEZIALE, 2013, 331).

¹⁰⁴³ SPEZIALE, 2013, 344 ss.

¹⁰⁴⁴ Rinvio, per le indicazioni bibliografiche, a SPEZIALE, 2013, 344 ss. a cui *adde* gli autori citati nella successiva nt. 169.

¹⁰⁴⁵ VALLEBONA, 2012, 58; SPEZIALE, 2012, 561; ID., 2013, 341; NOGLER, 2012, 690.

¹⁰⁴⁶ Il magistrato aderisce alla tesi, espressa in dottrina, della «inescusabilità» della condotta datoriale (p. 13). La interpretazione della disposizione quale espressione di una insussistenza evidente e di una certa gravità è sostenuta anche da MAZZOTTA, 2013, 252; SANTORO PASSARELLI, 2013, 238.

In verità ritengo che l'aggettivo «manifesta» è «ridondante ed enfatico»¹⁰⁴⁷. Il termine vuole soltanto indicare che la ragione economico organizzativa deve essere chiaramente insussistente sia sotto il profilo della evidenza probatoria, sia per quanto riguarda la sua intrinseca idoneità a giustificare il licenziamento¹⁰⁴⁸. Mi sembra, dunque, che la gravità del «fatto economico» sia indubbiamente un elemento da prendere in considerazione ai fini della scelta della sanzione applicabile. Tuttavia il rilievo e l'importanza del fatto posto a base del licenziamento, che distingue la sanzione ripristinatoria da quella indennitaria, devono essere valutati in relazione ad elementi oggettivi e non in considerazione della percezione che il datore di lavoro ne può avere al momento in cui decide di procedere al licenziamento. Il Tribunale di Reggio Calabria, al contrario, ha seguito questa linea interpretativa. Anche se l'analisi del caso concreto sottoposto a giudizio dimostra che il giudice ritiene come le evidenze processuali sottolineassero *comunque* la mancanza della soppressione del posto e, quindi, del g.m.o. Vi è quindi una valutazione che lega la «insussistenza manifesta» ad una situazione di seria carenza delle giustificazioni addotte dal datore di lavoro.

La distinzione tra ipotesi di licenziamento economico illegittimo che comportano la reintegra e quelle che invece implicano solo il risarcimento del danno è uno degli aspetti più delicati della riforma. Mi sembra che le tesi che vedono nella reintegrazione un «caso estremo» da applicare solo in un numero assai limitato di situazioni non siano fondate¹⁰⁴⁹. Infatti, i principi costituzionali impongono un contemperamento tra ragioni economiche e tutela del lavoro e richiedono un'interpretazione costituzionalmente orientata della nuova disciplina che non può coincidere, come da alcuni ipotizzato, con la completa «marginalizzazione» della sanzione più incisiva o con la eliminazione del principio di *extrema ratio*¹⁰⁵⁰. Questo spiega perché, come nel licenziamento disciplinare, occorre «graduare» il sistema sanzionatorio, applicando la reintegrazione per le ipotesi più gravi di illegittimità del licenziamento economico ed il risarcimento per quelle meno importanti¹⁰⁵¹. Pertanto il ripristino del rapporto dovrà essere statuito quando il datore di lavoro giustifichi il recesso in presenza di una situazione di crisi inesistente¹⁰⁵² o di scarsissima consistenza¹⁰⁵³.

¹⁰⁴⁷ SPEZIALE, 2013, 341, riprendendo la tesi di MARESCA, 2012, 443, confermata anche da TREU, 2012a, 34; ID., 2012b, 53; BARBIERI, 2013, 40.

¹⁰⁴⁸ Si è sostenuto che l'insussistenza «manifesta» opererebbe solo sul piano probatorio. Per tale ragione l'applicazione della reintegra o del risarcimento del danno andrebbe effettuata «nei termini graduati di maggiore o minore soddisfazione della prova richiesta» (F. CARINCI, 2013, 503). In verità ritengo che, pur nell'imprecisione terminologica, la «manifesta insussistenza» deve essere valutata anche sotto un profilo sostanziale (SPEZIALE, 2013, 341 ss.).

¹⁰⁴⁹ ICHINO, 2012, 16 ss.; MARESCA, 2012, 443; ALLEVA, 2012, 7; VALLEBONA, 2012, 59; TREU, 2012a, 34; ID., 2012b, 53; GALANTINO, 2012, 247 – 248; MAZZOTTA, 2013, 252; PERSIANI, 2013, 18 – 19; BRUN, 2012, 193 (questi due ultimi autori in base al presupposto che la reintegra opera solo in assenza della mancanza del fatto materiale posto a base del recesso).

¹⁰⁵⁰ F. CARINCI, 2012b, 548.

¹⁰⁵¹ In senso analogo ALBI, 2013, 276; TOPO, 2013, 161 ss. Una citazione a parte merita la tesi di PERULLI (2012b, 795 ss.), secondo il quale l'impossibilità di distinguere, nel g.m.o., fatti materiali e qualificazione giuridica comporta sempre la necessaria applicazione della reintegra. La tesi, sicuramente condivisibile nei suoi presupposti, è stata peraltro da me criticata perché comporterebbe lo «svuotamento» della riforma nella parte in cui prevede la sanzione risarcitoria per il licenziamento economico ingiustificato (SPEZIALE, 2013, 342 – 343).

¹⁰⁵² TREU, 2012b, 54; GALANTINO, 2012, 248; MAZZOTTA, 2013, 252.

¹⁰⁵³ Ad esempio l'impresa non ha diminuito le commesse (FERRARESI, 2012, 265; ICHINO, 2012, 16) - o le ha ridotte in modo non significativo -, realizza utili (o ha perdite molto contenute), usa in modo intensivo lo straordinario, ha assunto molti lavoratori ecc.. Nei casi di licenziamento motivato da innovazione tecnologica, il g.m.o. non sussisterà quando il processo innovativo è solo fittizio

La reintegrazione sarà inoltre inevitabile nel caso di affermazione della soppressione di un posto di lavoro che in realtà non è stato eliminato¹⁰⁵⁴ ed in altri casi¹⁰⁵⁵. Il risarcimento, al contrario, opererà quando la crisi ha solo carattere congiunturale e non strutturale¹⁰⁵⁶, oppure ha determinato una contrazione di attività ma non ha inciso sulla redditività dell'impresa¹⁰⁵⁷ o se il licenziamento, in assenza di una condizione di difficoltà economica, ha solo la finalità di aumentare i profitti o ridurre i costi¹⁰⁵⁸. Infine la sanzione risarcitoria dovrà essere applicata nelle ipotesi in cui in base alla situazione patrimoniale, al volume di affari, ai dati di bilancio, la difficoltà economica dell'impresa non ha quel livello di gravità tale da giustificare la piena legittimità del licenziamento. Le fattispecie descritte sono tutte accomunate dall'essere ragioni economiche che, alla luce del «diritto vivente» in materia di g.m.o., si collocano in una posizione intermedia tra quelle che legittimano il licenziamento (quando la crisi ha quei requisiti di gravità e strutturalità a cui fa riferimento la giurisprudenza) e quelle che invece escludono il giustificato motivo ed impongono la reintegrazione¹⁰⁵⁹.

Nonostante il Tribunale di Reggio Calabria abbia adottato una motivazione che si presta alle critiche in precedenza fatte, in base alla interpretazione sopra descritta ritengo sia apprezzabile che il giudice leghi la reintegra alla «particolare gravità» del comportamento del datore di lavoro ed alla carenza di prova sulla «esistenza di alcuna effettiva crisi strutturale...» (p. 16). L'ordinanza, dunque, ribadisce che il g.m.o. richiede una ragione economica ed organizzativa di una certa importanza (secondo l'interpretazione da me proposta).

La mancanza del giustificato motivo è stata rinvenuta anche dal Tribunale di Milano dell'11.3.2013, in una ipotesi di licenziamento economico «per riduzione dell'attività giustificata

(perché non sono state introdotte tecnologie *labour saving*, ma quelle che lasciano immutate le esigenze di lavoro) o quando, pur esistendo, non ha comportato la soppressione del posto (e, quindi, in questo caso il giudizio attiene alla veridicità o consistenza del fatto organizzativo ed al suo nesso causale con il posto soppresso).

¹⁰⁵⁴ TREU, 2012b, 54; GALANTINO, 2012, 248; FERRARESI, 2012, 265; SANTORO PASSARELLI, 2013, 236 – 237 (anche se questo a., in realtà, afferma poi che, quando la «insussistenza» non è «manifesta», anche nell'ipotesi di soppressione del posto – o in altri casi – dovrebbe applicarsi solo la sanzione risarcitoria). Questa situazione, ad esempio, si verificherà quando è stato assunto un altro lavoratore che svolge i medesimi compiti (anche se meno costoso) (così anche BRUN, 2012, 195, nt. 169), nell'ipotesi di attribuzione della stessa attività professionale ad un altro dipendente, nell'assenza dell'effettiva esternalizzazione delle mansioni sopresse, o se esse non sono state realmente distribuite tra altri lavoratori.

¹⁰⁵⁵ Si immagini, ad esempio, l'ipotesi in cui la crisi economica esista e non sia congiunturale ma non ha nesso causale con il posto eliminato (GALANTINO, 2012, 248; DEL PUNTA, 2013b, 29; SANTORO PASSARELLI, 2013, 237, ma con la precisazione specificata nella nt. precedente. In senso contrario MAZZOTTA, 2013, 252). Si sostenuto, tuttavia, che la presenza di una crisi «non transeunte o non contingente della situazione aziendale» imporrebbe la tutela economica (DEL PUNTA, 2013b, 31). In realtà se la difficoltà economica dell'impresa è strutturale il licenziamento – purché sussistano tutti gli elementi ulteriori (soppressione del posto, nesso di causalità, impossibilità del *repechage*) – è giustificato. Altrimenti, se la crisi non ha questi caratteri ed è inesistente o di scarso rilievo, opererà la reintegra. Mentre se la difficoltà è solo congiunturale vi sarà la tutela indennitaria (v. *infra* nel testo).

¹⁰⁵⁶ FERRARESI, 2012, 265.

¹⁰⁵⁷ In questo caso, ad esempio, potrebbe essere utilizzato, come parametro di valutazione, il margine operativo lordo, che è uno dei principali indici di redditività. Esso, infatti, mette in evidenza il reddito di un'azienda basato sulla sua gestione ed al lordo di interessi (gestione finanziaria), imposte (gestione fiscale) e deprezzamento di beni e ammortamenti.

¹⁰⁵⁸ FERRARESI, 2012, 258, 265; DEL PUNTA, 2013b, 31; MAZZOTTA, 2013, 252. F. CARINCI (2013, 505) ritiene che la riforma del 18 dovrebbe rimettere in discussione la stessa nozione di g.m.o. rendendo irrilevante la distinzione «fra scelte dettate dalla necessità di contenere le pretese... e scelte effettuate per l'opportunità di realizzare profitti». A mio giudizio, al contrario, tale distinzione si adatta perfettamente alla graduazione del sistema sanzionatorio proposta nel testo.

¹⁰⁵⁹ Per l'analisi più approfondita delle varie situazioni descritte nel testo rinvio a SPEZIALE, 2013, 345 – 346 (anche per ulteriori indicazioni bibliografiche).

da una contrazione del sistema produttivo dovuto a provvedimenti di carattere generale straordinario ed alla conseguente riduzione dell'attività»¹⁰⁶⁰. La società è rimasta contumace nel processo ed il giudice ha quindi disposto la reintegrazione. In questo caso, dunque, sembrerebbe che il magistrato abbia utilizzato la nozione di «manifesta insussistenza» in rapporto alla

«chiara evidenza» probatoria della assenza di una giustificazione del recesso, perché il datore di lavoro non ha dimostrato le ragioni del licenziamento. Il Tribunale ha quindi adottato uno dei due significati (di carattere probatorio e sostanziale) che questa formulazione può avere¹⁰⁶¹. Ad analoghe conclusioni giunge il Tribunale di Latina del 29.1.2013¹⁰⁶² in un caso di recesso economico per crisi di attività e «sensibile calo delle vendite». L'ordinanza rileva che, a fronte delle contestazioni del lavoratore, «nessun elemento consta agli atti a supporto del motivo di licenziamento indicato – peraltro in maniera estremamente generica – nella lettera di risoluzione del rapporto. Alla luce della suddetta carenza totale di risultanze circa gli eventi giustificativi di una riduzione di personale, il licenziamento deve ritenersi manifestamente insussistente», con conseguente reintegrazione. La mancanza di prove, dunque, rende «manifesto» (*rectius* evidente) che manca il g.m.o.

Il Tribunale di Foggia del 11.9.2013¹⁰⁶³ afferma che la carenza del g.m.o. è rinvenibile in un caso in cui si è dedotta una ragione economica non reale, perché, a seguito di un trasferimento di azienda, «l'attività economica in cui era inserito (il lavoratore) si è semplicemente trasferita ad un nuovo soggetto che è subentrato in ogni rapporto di lavoro precedentemente previsto». Il giudice quindi ha disposto la reintegra perché si trattava di una ipotesi di «manifesta insussistenza», in coerenza con quanto qui sostenuto.

Il Tribunale di Reggio Calabria¹⁰⁶⁴, inoltre, prende posizione anche sul carattere facoltativo della reintegrazione, ritenendo che, in mancanza di criteri legali che orientino l'interprete, la soluzione del problema deve essere trovata «nell'ambito dei principi dettati dall'ordinamento...». In tale contesto, «il ristoro del recesso illegittimo non è altro che il risarcimento per inadempimento contrattuale, ed alla luce della giurisprudenza di legittimità deve ritenersi che il ristoro del diritto leso debba avvenire - ove possibile e non eccessivamente oneroso per il debitore - in forma specifica, per la regola generale dettata in materia dall'art. 2058 cc; regola che per il diritto del prestatore di lavoro è stata ribadita da Cass. Sez. Unite n. 141 del 2006 (che ha sanzionato la sostanziale espropriazione dei diritti ove il ristoro per la violazione si riducesse in via di regola ad una somma)...». Tale principio «può applicarsi nel pur mutato contesto dell'art. 42 legge 92/2012, almeno là dove la legge conservi la possibilità ai giudici di scegliere tra tutela reintegratoria ed indennitaria» (pp. 15 – 16).

L'importanza della reintegrazione nel nostro sistema era stata da me particolarmente sottolineata proprio con riferimento alla sentenza delle Sezioni Unite n. 141/2006 (confermata dalla

¹⁰⁶⁰ Dott. Perillo, R. G. 1049/2013.

¹⁰⁶¹ In tal senso anche BIASI, 2013, 37.

¹⁰⁶² Dott.ssa Papetti. La sentenza è integralmente pubblicata in BARBIERI, DALFINO, 2013, 157 ss.

¹⁰⁶³ Dott. Mancini, in BARBIERI, DALFINO, 2013, tramite accesso al sito www.cacuccieditore.it/pronunce.php.

¹⁰⁶⁴ 3.6.2013, Dott.ssa Patrizia Morabito, R. G. n. 767/2013.

giurisprudenza successiva¹⁰⁶⁵) ed anche in relazione ad alcuni principi costituzionali¹⁰⁶⁶. La decisione analizzata sembra dunque accogliere questa impostazione (la centralità, in generale e con particolare riferimento al rapporto di lavoro, della tutela in forma specifica). Tuttavia avevo sostenuto come il nuovo art. 18, consentendo soltanto la reintegrazione facoltativa, si esponesse ad evidenti profili di incostituzionalità¹⁰⁶⁷. La mia tesi è stata accolta da parte della dottrina, che ha proposto una «interpretazione correttiva» costituzionalmente orientata: «il *può* si legge *deve*» ed il giudice, quando sussistono le condizioni previste dalla disposizione, non può che condannare il datore di lavoro alla reintegrazione¹⁰⁶⁸. Questa interpretazione è stata accolta dal Tribunale di Foggia dell'11.9.2013 in base ad una pluralità di norme costituzionali¹⁰⁶⁹.

Le questioni descritte non sono state esaminate dal Tribunale di Reggio Calabria, che, al contrario, giustifica la propria scelta per la reintegra sia in base alla importanza della tutela in forma specifica, sia in correlazione agli elementi messi in evidenza dal processo, che imponevano in qualche misura questa sanzione¹⁰⁷⁰.

La giurisprudenza sta anche affrontando il problema del regime sanzionatorio applicabile nel caso di mancato assolvimento dell'onere probatorio in materia di *repechage*.

La ordinanza del 3.6.2013 di Reggio Calabria sostiene che «*alla luce della migliore dottrina fino al momento espressa anche dalla novella della legge 92/2012, questo giudice ritiene che il repechage configuri "un attributo normativo sostanziale nella definizione il giustificato motivo oggettivo", ricostruzione che muove dalla - parimenti condivisibile - nozione di "fatto" non distinguibile dalla valutazione e connotazione giuridica del fatto stesso...*» (p. 8). Questa interpretazione è sostenibile ma per ragioni diverse.

Non va dimenticato, infatti, che «la possibilità di continuare a occupare il lavoratore non consente neppure di prospettare la riconducibilità delle ragioni di un eventuale licenziamento alle evenienze richiamate dall'art. 3 l. 604 del 1966»¹⁰⁷¹. Infatti, se il dipendente può ancora lavorare, la

¹⁰⁶⁵ Cass. 18.6.2012 n. 9965.

¹⁰⁶⁶ SPEZIALE, 2012, 531 ss.; ID., 2013, 317 ss.

¹⁰⁶⁷ SPEZIALE, 2012, 558 ss.; ID., 2013, 347 ss. Aderiscono alla mia tesi MAZZOTTA, 2013, 252; ALBI, 2013, 275 (che peraltro arriva a conclusioni diverse da quelle da me prospettate).

¹⁰⁶⁸ PERULLI, 2012a, 580 – 581; ID., 2012b, 792; DEL PUNTA, 2013b, 33; MAZZOTTA, 2013, 252; MARESCA, 2012, 449; F. CARINCI, 2013, 501; SANTORO PASSARELLI, 2013, 238; SORDI, 2013a, 311. Una diversa opinione è invece espressa da chi ritiene che, per evitare i profili di incostituzionalità, il «può» deve essere riferito non alla applicazione facoltativa della sanzione ma all'accoglimento o meno della domanda sulla allegata insussistenza del fatto (TOPO, 2013, 165). Una tesi contraddetta dalla formulazione letterale della norma e che comunque renderebbe inutile il termine (perché l'accoglimento o reiezione della domanda da parte del giudice è un effetto naturale del processo e non richiederebbe una disposizione espressa).

¹⁰⁶⁹ Il giudice ritiene che «" la manifesta insussistenza" debba essere riletta alla luce del dettato costituzionale che pone il lavoro a fondamento della Repubblica e dell'effettiva partecipazione alla vita sociale dei cittadini ai sensi degli artt. 1, 2, 3, 4, 35, 36, 37, 38, 39, 40 e 51 Cost. Pertanto l'apparente discrezionalità del Giudice, sottesa al predicato verbale utilizzato dalla normativa ordinaria "può", non consente affatto al Giudice di individuare un rimedio alternativo alla reintegrazione del lavoratore nel precedente posto di lavoro, trattandosi questa, infatti, della soluzione ideale a cui tende la Carta Costituzionale e a cui, conseguentemente, deve essere vincolato il Giudice in mancanza di chiare e precise indicazioni di segno opposto da parte del Legislatore».

¹⁰⁷⁰ Questi elementi sono individuati nella struttura societaria del datore di lavoro, nella mancata dimostrazione della esistenza di una crisi strutturale dell'impresa, nella assenza della richiesta di fornire la prova della impossibilità del reimpiego del lavoratore nonostante egli avesse manifestato la sua disponibilità allo svolgimento di mansioni inferiori ed al cambiamento della sede di lavoro.

¹⁰⁷¹ 186 NOGLER, 2007, 648. In senso analogo PERULLI, 2012b, 801.

soppressione del posto non c'è, perché il soggetto interessato può essere ancora positivamente utilizzato nel contesto produttivo. D'altra parte, la stabilità dell'occupazione ha un suo fondamento costituzionale, quale espressione del bilanciamento tra iniziativa economica (di cui il licenziamento è una manifestazione) e il c. 2 dell'art. 41 Cost. (con il suo riferimento alla sicurezza, dignità e libertà umana), oltre che del temperamento con quanto previsto dal c. 1 dell'art. 4 della legge fondamentale¹⁰⁷². Si è giustamente osservato che «è corretto individuare il punto di bilanciamento tra gli artt. 41 e 4 Cost. nel principio dell'*extrema ratio* che, incidendo direttamente sulla portata dell'art. 3 l. n. 604 del 1966, contribuisce alla configurazione delle regole del *repechage* e dell'adeguatezza del licenziamento per inadempimento»¹⁰⁷³. Il necessario temperamento dei valori costituzionali indicati, il coinvolgimento «della personalità umana nella vicenda del licenziamento», la tutela contro il recesso quale espressione della garanzia di non perdere il «sostrato esistenziale» costituito dall'attività lavorativa¹⁰⁷⁴ spiegano anche il diritto vivente che si è formato in materia. La giurisprudenza infatti non richiede soltanto la prova della sussistenza di serie ragioni economiche che giustifichino il recesso, ma anche la dimostrazione della impossibilità di riadibire il lavoratore ad altre mansioni¹⁰⁷⁵. Non mi sembra che questo assetto di valori costituzionali sia mutato. Pertanto, il riconoscimento prioritario della stabilità dell'occupazione alla luce della Costituzione e la stessa impossibilità concettuale di concepire una soppressione del posto di lavoro nel caso in cui il dipendente possa essere utilizzato in altre mansioni, impongono il *repechage* quale carattere costitutivo della esistenza del g.m.o. Se il datore di lavoro non riesce a provare la assenza di altre attività a cui il lavoratore può essere adibito, vi è una ipotesi di «manifesta insussistenza» a cui deve conseguire la reintegrazione¹⁰⁷⁶.

Altre ordinanze, peraltro, hanno ritenuto che la violazione dell'obbligo del *repechage* determini soltanto il risarcimento del danno, in coerenza con quanto previsto da una parte della dottrina¹⁰⁷⁷. Il Tribunale di Milano del 20.11. 2012¹⁰⁷⁸, ad esempio, sostiene che la mancata prova della impossibilità di riadibire il dipendente ad altre mansioni «*esula propriamente dal "fatto posto a fondamento del licenziamento", costituendone, invero, una "conseguenza", nel senso che il datore di lavoro – una volta venuta meno la posizione lavorativa – è tenuto, prima di recedere dal contratto, a verificare (secondo il principio di buona fede e correttezza nell'esecuzione del rapporto negoziale) se vi sia la possibilità di ricollocazione del dipendente all'interno dell'azienda"* (p. 2). La tesi, in verità, è alquanto bizzarra. Il «fatto posto a base del licenziamento» economico, come si è visto, coincide con il giustificato motivo oggettivo, perché profili materiali e giuridici sono

¹⁰⁷² NOGLER, 2007, 602 ss., 611 ss., a cui si rinvia per le ulteriori indicazioni bibliografiche; PERULLI, 2012a, 570 ss.

¹⁰⁷³ NOGLER, 2007, 613.

¹⁰⁷⁴ NOGLER, 2007, 602, 611 e 614.

¹⁰⁷⁵ Tra le tante: Cass. 28.9.2011 n. 19616; Cass. 24.2.2012 n. 2874; Cass. 11.3.2013 n. 5963; Cass. 12.9.2013 n. 20918. Le decisioni sono così numerose e distribuite nel tempo da costituire un vero e proprio «diritto vivente». Su tale concetto mi permetto di rinviare a SPEZIALE, 2008, 613 ss.

¹⁰⁷⁶ In tal senso anche ALBI, 2013, 274 – 275; PERULLI, 2012b, 800 – 801; SCARPELLI, 2013, 284; SORDI, 2013a, 303; L. ZOPPOLI, 2012, 137 – 138.

¹⁰⁷⁷ Cfr. CESTER, 2012b, 628; TREU, 2012b, 54; FERRARESI, 2012, 265; GALANTINO, 2012, 249 – 250; TATARELLI, 2012, 456; MARAZZA, 2012, 629; DEL PUNTA, 2013b, 30; BRUN, 2012, 272 – 273; F. CARINCI, 2013, 504 – 505; NUZZO, 2012, 125; PERSIANI, 2013, 18; SANTORO PASSARELLI, 2013, 236 – 237; TOPO, 2013, 167.

¹⁰⁷⁸ Dott. Casella, R. G. 11173/2012.

indissolubilmente intrecciati. La nozione di g.m.o. non è mutata e il diritto vivente di origine giurisprudenziale ha «costruito» l'ipotesi del recesso quale *extrema ratio*, alla luce anche del quadro costituzionale e delle altre ragioni prima descritte. Non si comprende, dunque, come si possa affermare che il *repechage* è una «conseguenza del fatto» e non invece un elemento costitutivo della fattispecie che si basa su due caratteri fondamentali: la ragione economica ed organizzativa e la impossibilità di riutilizzazione del lavoratore. Quest'ultimo elemento, tra l'altro, costituisce un sintomo della effettività della soppressione del posto (perché se vi è spazio per altre mansioni viene soppresso non *il* ma *un* posto di lavoro, in quanto rimangono altre possibilità di prestare la propria attività nell'impresa).

Ad analoghe conclusioni a quelle qui criticate giunge il Tribunale di Milano del 29.3.2013¹⁰⁷⁹, secondo il quale «*la problematica del repechage è estranea al concetto di manifesta insussistenza di cui all'art. 18 comma 7 L. n. 300/1970*», in quanto richiede «*la effettività della ragione...posta a base del licenziamento*» e «*la possibilità – muovendo da una verifica successiva al fatto posto a base del licenziamento per giustificato motivo oggettivo, vale a dire "a valle" di detto "fatto" – di evitare la risoluzione del rapporto, ricollocando il dipendente in altra posizione lavorativa*». L'ordinanza sembra accogliere la tesi di una autorevole dottrina secondo la quale il *repechage* è una valutazione da effettuare dopo che sia stata accertata l'esistenza del giustificato motivo oggettivo¹⁰⁸⁰. Tuttavia anche questa decisione opera una scissione inammissibile della fattispecie e non considera che l'impossibilità del *repechage* è funzionale a dimostrare l'esistenza «*della effettività*» della ragione economica ed organizzativa.

Il Tribunale di Modena del 26.6. 2013¹⁰⁸¹ ritiene che la società aveva dimostrato la sussistenza di ragioni economiche che giustificavano il licenziamento, ma tuttavia non aveva fornito la prova «*di una consona applicazione dei criteri di scelta del lavoratore da licenziare*». Il giudice ribadisce che, in presenza di un recesso che riguarda più lavoratori con professionalità omogenee e fungibili, il datore di lavoro deve, in base ai principi di correttezza e buona fede, selezionare il dipendente interessato, con possibile applicazione dei «*criteri che l'art. 5 della legge n. 223 del 1991 ha dettato per i licenziamenti collettivi...; e così potrà farsi riferimento, in via analogica, ai criteri dei carichi di famiglia e dell'anzianità (mentre, per quanto riguarda le esigenze tecnico-produttive ed organizzative esse perdono rilievo, data, come si è detto, la situazione di totale fungibilità tra dipendenti: cfr. Cass. n. 16441/2001)*». La mancata dimostrazione delle ragioni che avevano portato alla selezione del dipendente licenziato configurava quindi una assenza di giustificato motivo oggettivo. Tuttavia il magistrato ha ritenuto di applicare la tutela esclusivamente risarcitoria prevista dall'art. 18, comma 5, della l. 300/1970.

Questa interpretazione a mio avviso non è corretta. Il Tribunale, infatti, ha ritenuto che la selezione dei lavoratori da licenziare debba avvenire con l'applicazione dei criteri previsti dalla legge 223/1991, in coerenza con un consolidato orientamento giurisprudenziale¹⁰⁸². Tuttavia, la

¹⁰⁷⁹ Dott. Greco, R.G. 1612/2013.

¹⁰⁸⁰ PERSIANI, 2013, 18, nt. 48.

¹⁰⁸¹ Dott.ssa Vaccari, in BARBIERI, DALFINO, 2013, tramite accesso al sito www.cacuccieditore.it/pronunce.php.

¹⁰⁸² Cass. 28.3.2011 n. 7046; Cass. 11.6.2004 n. 11124; Cass. 21.12.2001 n. 16144 e molte altre.

riforma, in relazione ai licenziamenti collettivi, stabilisce che «in caso di violazione dei criteri di scelta previsti dal comma 1, si applica il regime di cui al quarto comma dell'art. 18» (la reintegrazione «attenuata»)¹⁰⁸³. Mi sembra indiscutibile che l'applicazione analogica dei parametri selettivi previsti per la riduzione del personale debba necessariamente comportare i medesimi effetti. In sostanza, se, nel caso di violazione dell'art. 5, comma 3, della l. 223/1991, il legislatore ha previsto la «reintegra attenuata», non si vede come tale sanzione non si debba necessariamente estendere alla fattispecie analoga enucleata dalla giurisprudenza per il licenziamento individuale. Infatti, anche se in questo caso non si può parlare di una «manifesta insussistenza» (perché vi è la ragione economica, il nesso di causalità e la soppressione del posto), tuttavia non è possibile negare la precisa opzione effettuata dal legislatore in favore della sanzione ripristinatoria del rapporto di lavoro. Opzione che non può essere trascurata quando si voglia estendere al licenziamento individuale la stessa regola operante per quelli collettivi¹⁰⁸⁴.

8. I vizi formali e di procedura nel licenziamento disciplinare.

Le violazioni procedurali del licenziamento sono sanzionate esclusivamente con la tutela indennitaria prevista dal comma 6 dell'art. 18, ricompresa tra un minimo di 6 sino ad un massimo di 12 dell'ultima retribuzione globale di fatto. La nuova disciplina, a mio giudizio, pone problemi di costituzionalità. La tutela risarcitoria, sicuramente ammessa anche nell'ambito dei licenziamenti, deve peraltro rispettare il principio secondo cui l'indennizzo monetario, in coerenza con quanto stabilito dalla giurisprudenza europea in tema di licenziamenti collettivi e discriminatori oltre che di contratto a termine, deve essere «adeguato, effettivo e dissuasivo»¹⁰⁸⁵, in modo da costituire «*efficace deterrente per il datore e proporzionato risarcimento del danno sofferto dalla vittima*»¹⁰⁸⁶.

In questo contesto, mi sembra innanzitutto che la violazione dei principi di proporzionalità e ragionevolezza sia evidente per questa sanzione risarcitoria. La esiguità della indennità economica, oltre a non essere «ragionevole»¹⁰⁸⁷, è tale da evitare qualsiasi effetto di deterrenza o dissuasivo ed anzi stimola comportamenti opportunistici. Questa valutazione si fonda sul valore determinante della procedura di licenziamento secondo la Convenzione OIL n. 158/1982¹⁰⁸⁸ e sull'importanza del contraddittorio e del diritto alla difesa «riconosciuto come principio fondamentale dall'art. 24 Cost. e destinato, in quanto espressione di “valori di civiltà giuridica”, ad operare sempre quando vengano in considerazione poteri punitivi riconosciuti dall'ordinamento»¹⁰⁸⁹. In tale

¹⁰⁸³ Art. 1, comma 46, della l. 92/2012, modificativo dell'art. 5, comma 3, della l. 223/1991.

¹⁰⁸⁴ SPEZIALE, 2013, 345. Il regime risarcitorio del comma 5 dell'art. 18 è invece ritenuto in questo caso applicabile da FERRARESI, 2012, 265; TATARELLI, 2012, 456; GALANTINO, 2012, 252; DEL PUNTA, 2013b, 32; BRUN, 2012, 271 (secondo la quale il risarcimento per violazione dei criteri di scelta è estraneo all'art. 18 e deriva dalla mancata applicazione dei principi di correttezza e buona fede).

¹⁰⁸⁵ ORLANDINI, 2012, 639.

¹⁰⁸⁶ M. T. CARINCI, 2012b, 33.

¹⁰⁸⁷ ORLANDINI, 2012, 646.

¹⁰⁸⁸ L'articolo 7 prevede che «un lavoratore non dovrà essere licenziato per motivi legati alla sua condotta o al suo lavoro prima che gli sia stata offerta la possibilità di difendersi contro le accuse formulate [...]».

¹⁰⁸⁹ M. T. CARINCI, 2012a, 559, a cui si rinvia per le indicazioni della giurisprudenza della Corte costituzionale ed Europea. Si vedano le importanti osservazioni (con riferimenti anche alla giurisprudenza costituzionale) di NOGLER, 2007, 603 ss., spec. 607.

ambito, è la stessa scelta del legislatore – che reprime un vizio così importante con una somma pari alla metà di quanto previsto per l'illegittimità sostanziale del recesso – a rendere evidente la "sproporzione" tra sanzione e violazione. Infatti, il carattere fondamentale del diritto di difesa – certamente di importanza uguale rispetto all'assenza di giustificazione – avrebbe richiesto Un'indennità risarcitoria di ammontare identico (o di poco ridotto) rispetto a quella dovuta nel caso recesso ingiustificato. Mentre, in questo modo, l'effetto dissuasivo è pressoché inesistente.

Infine, anche in relazione all'art. 24 Cost., la nuova disciplina pone un problema di costituzionalità¹⁰⁹⁰, in considerazione del valore che, in base alle sentenze della Corte costituzionale n. 204/1982 e 427/1989, è attribuito alla contestazione dell'addebito ed alla replica del lavoratore. La «monetizzazione» del vizio procedurale, che lascia al datore di lavoro la libertà di non consentire al lavoratore una possibile replica, rende ... disponibile il diritto di difesa, in chiara violazione della norma costituzionale. In verità, il diritto al contraddittorio del lavoratore, per la sua importanza ed alla luce dell'art. 24 Cost., dovrebbe incidere sulla esistenza stessa del potere di recesso (così come accadeva nella disciplina precedente)¹⁰⁹¹. Questi profili di incostituzionalità sono estensibili anche al giustificato motivo oggettivo. Infatti, il datore di lavoro, accollandosi il costo economico della mancata attivazione della procedura di conciliazione obbligatoria o della assenza della motivazione del recesso, può evitare di qualificare la causale del licenziamento ed obbliga il lavoratore ad impugnare il provvedimento «al buio»¹⁰⁹². In tal modo, quindi, viene violato non il diritto al contraddittorio nel procedimento di comminazione del licenziamento, ma il diritto di difesa nel processo, perché il lavoratore non può contestare compiutamente le ragioni di un atto unilaterale di cui non conosce... la motivazione¹⁰⁹³. Senza dimenticare che, anche in relazione al licenziamento, sono valide le considerazioni prima fatte sulla esiguità dell'ammontare del risarcimento del danno.

Questi profili di incostituzionalità sono stati contestati o accolti con varie argomentazioni¹⁰⁹⁴. Le obiezioni alla mia interpretazione richiederebbero un approfondimento che qui non è possibile effettuare. Si è proposta, alla luce delle possibili violazioni dei principi nazionali ed europei, una «interpretazione costituzionalmente orientata... che porti ad escludere dall'ambito di applicazione della tutela indennitaria dimidiata quanto meno i casi di mancanza totale della motivazione, da ricondurre all'ipotesi di insussistenza del fatto – e dunque alla tutela reintegratoria attenuata»¹⁰⁹⁵. Tuttavia questa strada non mi sembra percorribile. Infatti l'interpretazione del dato normativo ai sensi della Costituzione è possibile soltanto quando dalla formulazione della legge

¹⁰⁹⁰ ALLEVA, 2012, 5; CESTER, 2012b, 581 (con riferimento alla giurisprudenza della Corte costituzionale a cui si è prima rinviato); CANNATI, 2013, 303; L. ZOPPOLI, 2012, 144; BIASI, 2013, 42.

¹⁰⁹¹ Anche BARBIERI, 2013, 45, nt. 163, aderisce a questa mia opinione.

¹⁰⁹² ALLEVA, 2012, 3; SPEZIALE, 2013, 313; DEL PUNTA, 2013b, 34.

¹⁰⁹³ SPEZIALE, 2012, 539 ss.; ID., 2013, 312 – 313. In tal senso anche BIASI, 2013, 42.

¹⁰⁹⁴ Per un riepilogo delle varie posizioni rinvio a BARBIERI, 2013, 42 ss.; PISANI, 2013, 271 ss.; CANNATI, 2013, 202 ss.; TREMOLADA, 2013, 130 ss.

¹⁰⁹⁵ BARBIERI, 2013, 43. L'interpretazione correttiva è sostenuta da MARAZZA, 2012, 633, da CANNATI, 2013, 204 e da altri autori (rinvio, per le citazioni, a BARBIERI, 2013, 43, nt. 150)

sia possibile ricavare diverse letture tutte ugualmente plausibili¹⁰⁹⁶. Questa tesi, tra l'altro, è stata ribadita anche recentemente dalla Corte Costituzionale con la sentenza n. 231/2013 sull'art. 19 dello Statuto dei lavoratori, che ha rifiutato l'interpretazione adeguatrice proposta dalla giurisprudenza «risultando effettivamente univoco e non suscettibile di una diversa lettura l'art. 19, tale, dunque, da non consentire l'applicazione di criteri estranei alla sua formulazione letterale»¹⁰⁹⁷. Il nuovo art. 18, comma 6, non consente equivoci dal punto di vista del suo contenuto. Pertanto, se si ritiene che vi siano questioni di costituzionalità rilevanti, occorrerà sollecitare la Corte Costituzionale a decidere sul punto¹⁰⁹⁸.

La giurisprudenza sino ad ora non ha rilevato alcun profilo di incostituzionalità (che peraltro non era stato sollevato).

La dottrina si è anche espressa in modo diverso in relazione ai casi in cui manchi la contestazione o essa sia così generica «da essere quasi inesistente o comunque tale da non consentire la identificazione materiale del fatto contestato»¹⁰⁹⁹. Queste ipotesi configurerebbero una situazione di «insussistenza» che dovrebbe comportare l'applicazione della reintegrazione¹¹⁰⁰. Questa interpretazione è stata accolta dal Tribunale di Campobasso¹¹⁰¹, in un caso di licenziamento senza alcuna motivazione. Il giudice ritiene che «l'assenza di qualunque contestazione nella lettera di licenziamento sia ipotesi da ricondursi all'insussistenza del fatto contestato di cui al comma 4 dell'art. 18...» con conseguente applicazione della «reintegra attenuata» (p. 1).

In senso contrario, si è ribadito che una simile conclusione è preclusa dalla previsione di un apposito regime sanzionatorio. Inoltre la reintegrazione presuppone l'accertamento nel processo della «insussistenza» del fatto e non può riguardare la sua mancata specificazione nella fase stragiudiziale precedente¹¹⁰². Mi sembra che questa seconda opinione sia più corretta. La legge penalizza la violazione formale e procedurale con il risarcimento, e solo se nel procedimento giurisdizionale non si dimostrano i requisiti sostanziali di legittimità del recesso si applicheranno i diversi regimi sanzionatori previsti dai commi 4 e 5 dell'art. 18.

Non mi pare, invece, che la possibilità per il lavoratore di difendersi nel processo, dove il datore di lavoro «dovrebbe comunque scoprire le carte», sia tale da eliminare i profili di incostituzionalità

¹⁰⁹⁶ LISO, 2013, 1. «I Giudici delle leggi hanno costantemente ribadito, in merito ai rapporti intercorrenti tra la facoltà di sollevare questione di legittimità costituzionale ed i poteri interpretativi propri dei giudici comuni e della Corte costituzionale, la posizione espressa negli ultimi anni, in base alla quale, *di fronte a più possibili interpretazioni*, allorchè su nessuna di esse si sia formato un diritto vivente, il giudice rimettente deve fare uso dei propri poteri interpretativi allo scopo di valutare, preventivamente, se esiste la possibilità di superare i dubbi di costituzionalità attraverso un'interpretazione adeguatrice della disposizione denunciata, che la renda conforme ai principi costituzionali» (corsivo mio), in CORTE COSTITUZIONALE, 2009, 48.

¹⁰⁹⁷ C. cost. 23.7.2013 n. 231, www.dejure.it, p. 9.

¹⁰⁹⁸ La contrarietà alla Costituzione è sostenuta anche da D'ONGHIA, 2013, 375; BRUN, 2012, 209; MAZZOTTA, 2013, 239. Anche BARBIERI (2013, 43) sembra propendere per la questione di costituzionalità nel caso sia di motivazione inesistente, sia di quella insufficiente.

¹⁰⁹⁹ ROMEI, 2012, 1079.

¹¹⁰⁰ ROMEI, 2012, 1079; DEL PUNTA, 2013b, 34 – 35; F. CARINCI, 2013, 481 a cui *adde* MARAZZA, 2012, 633; TATARELLI, 2012, 454; CANNATI, 2013, 204 e gli altri autori citati da BIASI, 2013, 43, nt. 186.

¹¹⁰¹ Dott.ssa Scarlatelli, R. G. 14/2013.

¹¹⁰² TREMOLADA, 2012, 57.

da me sottolineati¹¹⁰³. Se tutto fosse risolvibile in questo modo, il diritto di difesa prima dell'accertamento giurisdizionale sarebbe privo di qualsiasi rilievo e non è questa l'opinione della Corte costituzionale, secondo la quale «*principi di civiltà giuridica ed innegabili esigenze di assicurazione della parità di trattamento garantita dal precetto costituzionale (art. 3 della Costituzione) richiedono che a favore del lavoratore, colpito dalla più grave delle sanzioni disciplinari, quale è quella espulsiva, con perdita del posto di lavoro e lesione della dignità professionale e personale, siano assicurate le garanzie previste dall'art. 7 dello Statuto dei lavoratori specificamente a favore di colui al quale è stata inflitta una sanzione disciplinare*»¹¹⁰⁴. D'altra parte, l'art. 24 Cost. implica anche il diritto ad un accesso pieno alla tutela giurisdizionale, inteso come capacità di organizzare la propria difesa nel momento di proposizione delle proprie domande all'atto di instaurazione del processo e non solo durante il suo svolgimento.

Le prime decisioni in materia hanno ritenuto di applicare la tutela risarcitoria ridotta (tra 6 e 12 mensilità) nel caso di una comunicazione «stringata» e priva di una specifica motivazione (con conseguente violazione dell'art. 2 l. 604/1966)¹¹⁰⁵. Si è affermato che la violazione dei termini per l'espletamento della procedura di contestazione previsti dal ccnl determina la medesima sanzione¹¹⁰⁶. Infine, il risarcimento è stato riconosciuto in un caso di contestazione generica¹¹⁰⁷. Le ordinanze, dunque, applicano alla lettera la nuova disposizione¹¹⁰⁸. In passato la giurisprudenza aveva già ritenuto che la motivazione insufficiente o priva di specificità doveva essere equiparata a quella mancante¹¹⁰⁹ e questo orientamento viene quindi confermato. Inoltre l'art. 18, c. 6, reprime le violazioni procedurali in generale. Si utilizza quindi una formulazione diretta a sanzionare il mancato rispetto di tutti i limiti – temporali e sostanziali – a garanzia del diritto di difesa o a tutela del lavoratore (come i termini di decadenza).

La giurisprudenza, infine, si è occupata anche della violazione del principio della immediatezza della contestazione ed irrogazione del recesso, con le decisioni già analizzate (v. *retro* il § 6).

9. Le violazioni procedurali nel licenziamento economico.

L'articolo 7 della l. 604/1966, riformato in modo sostanziale dalla l. 92/2012¹¹¹⁰, ha introdotto un

¹¹⁰³ DEL PUNTA, 2013b, 34, che aderisce alla tesi di PISANI, 2013, 271 ss. e 274 – 275.

¹¹⁰⁴ C. cost. 25.7.1989 n. 4278 in www.dejure.it, p. 3. Infatti, continua la Corte, «il lavoratore deve essere posto in grado di conoscere l'infrazione contestata, la sanzione ed i motivi; deve essere, inoltre, posto nella condizione di difendersi adeguatamente, di fare accertare l'effettiva sussistenza dell'addebito in contraddittorio con l'altra parte, cioè del datore di lavoro». E, per queste ragioni, secondo i giudici delle leggi, l'art. 7 si estende a tutti i lavoratori indipendentemente o meno dall'applicazione dell'art. 18 dello Statuto dei Lavoratori. Non mi sembra, dunque che la sentenza della Corte possa essere letta come non fondata di un diritto costituzionalmente garantito alla difesa stragiudiziale (PISANI, 2013, 272). Si veda, peraltro, anche C. cost. n. 204/1982.

¹¹⁰⁵ Trib. Milano 9.3.2013 (dott. Scarzella, R.G. 31/2013), relativa ad un licenziamento per superamento del periodo di comporto senza alcun riferimento temporale alla durata delle assenze.

¹¹⁰⁶ Trib. Ancona, 31.1.2013 (dott.ssa Sbanò)

¹¹⁰⁷ Trib. Milano 22.1.2013 (Dott. Cuomo, R. G. 14951/2012).

¹¹⁰⁸ Tra queste, anche Trib. Messina 25.3.2013 (dott.ssa Di Bella, R. G. 6182/2012) secondo la quale «*come si evince dalla lettura delle norme in commento, la violazione della procedura di cui all'art. 7 della legge n. 300/1970 comporta adesso unicamente la possibilità di applicare la tutela risarcitoria e non quella reintegratoria...*» (p. 5).

¹¹⁰⁹ BARBIERI, 2013, 43; Cass. 11.2.2013 n. 3175.

¹¹¹⁰ Art. 1, c. 40, l. 92/2012.

tentativo obbligatorio di conciliazione per il licenziamento per giustificato motivo oggettivo. L'interpretazione della disposizione ha sollecitato diverse opinioni sull'ambito di applicazione della nuova legge. Infatti, alcuni autori hanno ritenuto che la procedura dovrebbe essere esperita solo per i licenziamenti economici o, comunque, relativi a ragioni attinenti all'impresa¹¹¹¹. Altra parte della dottrina, invece, ha sostenuto che il tentativo di conciliazione andrebbe esteso anche al g.m.o. connesso alla persona del lavoratore¹¹¹².

A mio giudizio questa seconda interpretazione non è basata né sulla formulazione letterale della legge, né sulla stessa finalità perseguita dall'art. 7 della l. 604/1966. Per quanto attiene al primo aspetto, la disposizione riguarda il «*licenziamento per giustificato motivo oggettivo di cui all'articolo 3, seconda parte, della presente legge*» e quindi quello determinato «*da ragioni inerenti all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di essa*». Non vi è dubbio che, in primo luogo, questa previsione non può riguardare il licenziamento per superamento del periodo di comporto. Anche prima della riforma, la dottrina¹¹¹³ e la giurisprudenza¹¹¹⁴ avevano ricostruito queste ipotesi di recesso come fattispecie autonome dal giustificato motivo oggettivo di cui all'articolo 3 l. 604/1966, con un orientamento oggi confermato dalla riforma. Infatti, anche se il recesso del lavoratore in malattia viene qualificato «*per motivo oggettivo*», tuttavia il comma 7 dell'articolo 18 lascia chiaramente intendere come si tratti di un'ipotesi di licenziamento completamente distinta da quello economico (regolato dal secondo periodo e da quelli successivi del medesimo comma). Questa conclusione, a maggior ragione, può essere estesa all'ipotesi del recesso per inidoneità fisica o psichica del lavoratore, che in passato era stato ricondotto dalla dottrina e dalla giurisprudenza nell'ambito del giustificato motivo oggettivo¹¹¹⁵. Oggi, invece, la riforma ha introdotto una nuova fattispecie onnicomprensiva di g.m.o. per ragioni inerenti al lavoratore che si distingue nettamente dal licenziamento economico per eventi connessi alla sfera dell'impresa.

L'interpretazione letterale e sistematica dell'articolo 7 della legge 604/1966, dell'articolo 3 della medesima legge e del settimo comma del nuovo articolo 18 non possono dunque che condurre alla conclusione che la procedura conciliativa preventiva riguarda soltanto il giustificato motivo oggettivo «tradizionale» (crisi d'impresa, innovazione tecnologica, ecc.). D'altra parte, tutto il dibattito antecedente alla riforma dimostra come il tentativo di conciliazione avesse la finalità di garantire una soluzione alternativa al recesso motivato da ragioni economiche. E questo obiettivo perseguito dalla legge trova conferma nella previsione dell'applicazione delle disposizioni in materia di ASpl e della possibilità di utilizzare una Agenzia per il lavoro per favorire la ricollocazione professionale del soggetto interessato, in una dimensione, quindi, strettamente attinente alla necessità di fornire sostegno al reddito ed all'occupazione per un lavoratore licenziato per soppressione del posto di lavoro.

¹¹¹¹ TULLINI, 2013, 157; CANNELLA, 2012, 181.

¹¹¹² BORGHESI, PELLACANI, 2013, 254; SORDI, 2013b, 235 – 236 (con esclusione, peraltro, del licenziamento per superamento del periodo di comporto); SCARPELLI, 2012, 85.

¹¹¹³ SALVALAIO, 2013, 240 (a cui si rinvia per le indicazioni bibliografiche).

¹¹¹⁴ Tra le tante v. Cass. 23.1.2013 n. 1568; Cass. 20.5.2013 n. 12233.

¹¹¹⁵ Si rinvia, per tutti, a CALCATERA, 2009. In giurisprudenza, tra le tante, cfr. Cass. 29.3.2010 n. 7531; Cass. 29.7.2013 n. 18196.

La giurisprudenza, influenzata dalle diverse interpretazioni della dottrina, ha fornito risposte contrastanti¹¹¹⁶. Il Tribunale di Milano del 22.3.2013¹¹¹⁷ ed il Tribunale di Perugia del 14.3.2012¹¹¹⁸, il primo riferito al superamento del periodo di comporta, il secondo al un recesso per inidoneità psicofisica, hanno ritenuto applicabile il tentativo di conciliazione. Il giudice perugino ha fondato la sua decisione sulla osservazione che, secondo quanto sostenuto dalla Cassazione, la inidoneità al lavoro costituisce una ipotesi di giustificato motivo oggettivo di licenziamento (p. 178). Il magistrato, come è evidente, non ha tenuto conto del nuovo assetto della materia dato dalla riforma, che ha distinto tipologie differenti di g.m.o., con diversi effetti ed oneri procedurali. Una conclusione, estensibile anche al superamento del periodo di comporta che, tra l'altro, non è mai stato riconducibile al giustificato motivo.

In senso contrario si sono espressi il Tribunale di Milano del 5.3.2013¹¹¹⁹, il Tribunale di Teramo del 12.6.2013¹¹²⁰ (in relazione all'art. 2110 c.c.) ed il Tribunale di Taranto del 16.1.2013¹¹²¹ (inidoneità fisica), con riferimento sia alla formulazione letterale della legge sia alla finalità dell'art. 7 l. 604/1966, secondo quanto da me esposto in precedenza¹¹²². La decisione del giudice tarantino è stata fortemente criticata, ma con argomentazioni che fanno leva soprattutto sulla «giurisprudenza antecedente la legge Fornero» che «ha costantemente ricondotto al giustificato motivo oggettivo tali fattispecie»¹¹²³. Il nuovo art. 18, come si è detto, ha riformulato completamente l'intera materia. È vero poi che nel tentativo di conciliazione si potrebbe valutare la possibile ricollocazione dell'inidoneo al lavoro in altre mansioni e che vi sarebbe, quindi, una giustificazione alla estensione della procedura anche a questa ipotesi di licenziamento¹¹²⁴. Tuttavia le ragioni di ordine letterale, sistematico e le finalità della legge in precedenza descritte non mi pare consentano di giungere a questa conclusione.

Il Tribunale di Chieti del 9.1.2013¹¹²⁵ ha ritenuto che, in un licenziamento per g.m.o. connesso alla cessazione di un appalto, il mancato espletamento della procedura conciliativa rientra nell'ambito del comma 6 dell'art. 18 ed ha condannato il datore di lavoro al pagamento di 7 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto.

Il legislatore, nell'estate 2013, ha modificato il comma 6 dell'articolo 7 della legge 604/1966¹¹²⁶ ed ha previsto che la procedura conciliativa «non trova applicazione in caso di licenziamento per superamento del periodo di comporta di cui all'articolo 2110 del codice civile, nonché per i

¹¹¹⁶ Si rinvia, per l'analisi di alcune delle sentenze indicate nel testo, a BIASI, 2013, 45 ss.

¹¹¹⁷ Dott. Atanasio, R. G. 1299/2013.

¹¹¹⁸ Dott. Claudiani, R. G. 1843/2012 in BARBIERI, DALFINO, 2013, 178 ss.

¹¹¹⁹ Dott. Casella, R. G. 96/2013

¹¹²⁰ Dott. Marcheggiani, R. G. 636/2013.

¹¹²¹ Dott. Sodo, in BARBIERI, DALFINO, 2013, 215 ss.

¹¹²² Il Tribunale di Milano del 5.3.2013, tra l'altro, sottolinea come la Circolare del Ministero del Lavoro n. 3 del 16.1.2013 espressamente esclude che il licenziamento per superamento del periodo di comporta possa essere ricondotto al giustificato motivo oggettivo.

¹¹²³ BARBIERI, 2013, 47.

¹¹²⁴ BIASI, 2013, 46 ss.; BARBIERI, 2013, 46 – 47.

¹¹²⁵ Dott.ssa Ciarcia, in BARBIERI, DALFINO, 2013, 149 ss.

¹¹²⁶ Art. 7, comma 4, del D. L. 28.6.2013 n. 76, convertito, con modificazioni, dalla L. 9.8.2013, n. 99.

*licenziamenti e le interruzioni del rapporto di lavoro a tempo indeterminato di cui all'articolo 2, comma 34, della legge 28 giugno 2012, n. 92*¹¹²⁷. Se dunque oggi il problema può dirsi superato per quanto attiene il recesso per malattia, la questione rimane aperta in relazione al licenziamento per inidoneità fisica o psichica del lavoratore. Si potrebbe sostenere che si tratta di una mera dimenticanza della legge, vista l'identità di situazioni tra le due ipotesi di recesso entrambe connesse a vicende personali del lavoratore. Tuttavia, vi è oggi una disposizione che stabilisce tassativamente quali sono le ipotesi nelle quali il tentativo obbligatorio di conciliazione non deve essere applicato. Pertanto, non mi sembra che si possa giungere a questa conclusione, in palese contrasto con il canone fondamentale dell'interpretazione letterale della norma. Si deve quindi ritenere che la procedura conciliativa vada applicata anche in presenza di un licenziamento per sopravvenuta inidoneità, dove evidentemente l'incontro tra le parti è finalizzato a verificare altre possibilità di ricollocamento del medesimo lavoratore nella stessa azienda o in diverse realtà produttive¹¹²⁸.

La mancata presentazione di una o di entrambe le parti al tentativo di conciliazione è valutata dal giudice ai sensi dell'art. 116 c.p.c. Questa innovazione consente quindi al magistrato di tenere in considerazione l'atteggiamento delle parti non solo per l'individuazione del *quantum* risarcitorio eventualmente dovuto¹¹²⁹, ma anche come «argomento di prova» sulla sussistenza della causale del recesso¹¹³⁰. Ovviamente la mancata comparizione non potrà *di per sé* giustificare l'illegittimità del licenziamento, ma costituirà un elemento di valutazione che si inserisce nel giudizio complessivo che il giudice è chiamato ad effettuare.

Si può inoltre concordare con chi ha affermato che il mutamento di motivazione tra quella espressa nella procedura conciliativa e quella successivamente contenuta nella lettera di licenziamento costituirebbe una ammissione della insussistenza del fatto economico posto a base del recesso, con il regime sanzionatorio della «reintegra attenuata» e non con il mero risarcimento del danno per violazione degli oneri procedurali¹¹³¹.

10. Il lavoro pubblico.

Un problema estremamente delicato è quello dell'applicazione del nuovo art. 18 al lavoro pubblico. Tutto nasce dalla infelice e maldestra previsione dei commi 7 ed 8 dell'articolo 1 della l.

¹¹²⁷ L'art. 2, comma 34, della l. 92/2013 riguarda i licenziamenti effettuati a seguito di un cambio di appalto con successiva assunzione presso il datore di lavoro subentrante in base a clausole collettive di garanzia occupazionale, nonché i recessi dai contratti di lavoro a tempo indeterminato nel settore delle costruzioni per il completamento delle attività e chiusura del cantiere.

¹¹²⁸ In tal senso BIASI, 2013, 46, «anche in considerazione della presenza in ipotesi di uno specifico obbligo di *repechage ex lege*, assente in tutti gli altri casi, compreso quello di superamento del periodo di comporto».

¹¹²⁹ Il c. 8 dell'art. 7 stabilisce, infatti, che «il comportamento complessivo delle parti, desumibile anche dal verbale redatto in sede di commissione provinciale di conciliazione e dalla proposta conciliativa avanzata dalla stessa, è valutato dal giudice per la determinazione dell'indennità risarcitoria di cui all'articolo 18, settimo comma, della legge 20 maggio 1970, n. 300, e successive modificazioni, e per l'applicazione degli articoli 91 e 92 del codice di procedura civile».

¹¹³⁰ BIASI, 2013, 47 ss.

¹¹³¹ ROSSI, DE MOZZI, 2013, 198; conf. BARBIERI, 2013, 47.

92/2012¹¹³², che presentano delle «vistose illogicità»¹¹³³. In particolare la prima norma prevede che «*le disposizioni della presente legge, per quanto da esse non espressamente previsto, costituiscono principi e criteri per la regolazione dei rapporti di lavoro dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, e successive modificazioni, in coerenza con quanto disposto dall'articolo 2, comma 2, del medesimo decreto legislativo...*». Il successivo comma 8 stabilisce che «*al fine dell'applicazione del comma 7 il Ministro della pubblica amministrazione e la semplificazione, ... individua e definisce, anche mediante iniziative normative, gli ambiti, le modalità ed i tempi di armonizzazione della disciplina relativa ai dipendenti delle amministrazioni pubbliche*».

La formulazione ambigua della legge ha dato vita ad un dibattito dottrinario intensissimo, con autori che hanno affermato l'estensione al lavoro pubblico del nuovo articolo 18 ed altri che lo hanno negato, ritenendo ancora in vigore il testo preesistente. Inoltre, si è anche detto che per il pubblico impiego non vi sarebbe più una disciplina specifica¹¹³⁴. La questione è così complessa da non poter certo essere esaminata in questa sede e mi limiterò a qualche osservazione.

Il comma 7 dell'art. 1, che è la disposizione chiave, contiene un inciso («*Le disposizioni della presente legge, per quanto da esse non espressamente previsto, costituiscono principi e criteri...*») che lascia spazio a diverse interpretazioni. Si è in primo luogo obiettato che «*quel "per quanto" non può logicamente riferirsi a tutto quello che è regolato nel testo normativo, perché allora sarebbe da quel che non vi è regolato che si dovrebbe procedere a dedurre i detti "principi e criteri" per il pubblico impiego privatizzato*»¹¹³⁵. In verità, l'espressione «*per quanto da esse non*» può essere letta come «*salvo quanto da esse espressamente previsto*»¹¹³⁶. Il che ci riporta alla obiezione sopra indicata: i «*principi e criteri*» dovrebbero essere desunti da... quanto non scritto nella legge (che è una conclusione evidentemente assurda)¹¹³⁷.

Inoltre, l'espressione «*salvo quanto da esse non espressamente previsto*», dal punto di vista linguistico, può avere un duplice significato. Il primo è quello secondo il quale tutte le norme della l. 92/2012 sono direttamente applicabili al lavoro pubblico. Oppure queste parole possono voler dire che «*le disposizioni della l. n. 92/2012, ove non siano da quest'ultima espressamente dichiarate applicabili (o non applicabili) anche ai rapporti di lavoro privatizzati di dipendenti delle pubbliche amministrazioni, costituiscono meri "principi e criteri per la regolazione" dei predetti*

¹¹³² Le parole usate nel testo sono riferibili a F. CARINCI, 2013, 470; CESTER, 2012b, 549.

¹¹³³ ROMEO, 2012, 720 ss.

¹¹³⁴ Nonostante il poco tempo trascorso dall'entrata in vigore della riforma, la bibliografia su questo specifico aspetto è sterminata. Rinvio, per l'esame di tutte le problematiche e per l'indicazione degli autori a BARBIERI, 2013, 47 ss.; DEL PUNTA, 2013b, 35 ss.; PILATI, 2013, 2 ss.

¹¹³⁵ F. CARINCI, 2013, 470 – 471.

¹¹³⁶ A conclusioni analoghe mi sembra giunga DEL PUNTA (2013b, 37), quando afferma che l'inciso va letto come se affermasse «*fatte salve diverse disposizioni*».

¹¹³⁷ Pertanto, anche la diversa lettura delle parole contenute nell'inciso non risolve la contraddizione insita nelle parole utilizzate.

rapporti»¹¹³⁸. Infatti, «*l'espressa previsione*» potrebbe essere intesa come necessità che la legge specifichi quando sia applicabile o quando invece non debba avere effetti regolativi nelle P.A.¹¹³⁹

La polisemia semantica della disposizione impone di verificare se, in base al criterio di interpretazione sistematica, sia possibile trovare in altre norme degli elementi che consentano di propendere per l'una o l'altra lettura. In realtà, gli ulteriori riferimenti contenuti nella legge 92 non sono di grande aiuto. Ad esempio, l'articolo 1 comma 31, nel modificare l'articolo 3 del d.lgs. 276/2003, prevede che «*il ricorso a prestazioni di lavoro accessorio da parte di un committente pubblico è consentito nel rispetto dei vincoli previsti dalla vigente disciplina in materia di contenimento delle spese di personale e, ove previsto, dal patto di stabilità interno*». La disposizione può avere un senso per entrambi i significati prima descritti. Se l'inciso del comma 7 va inteso come applicazione diretta al lavoro pubblico di tutta la legge Fornero, la norma sul lavoro accessorio specifica che l'applicazione, già in precedenza espressa, è qui condizionata a determinati presupposti (vincoli di spesa), con la limitazione quindi della sua possibile efficacia regolativa. Se al contrario esso va letto come necessità di una dichiarazione espressa di applicazione anche alle pubbliche amministrazioni, la disposizione conferma che il lavoro accessorio può essere utilizzato, a certe condizioni, anche in tale ambito.

L'articolo 2, comma 2, della l. 92/2012 prevede che l'ASpl è esclusa per i dipendenti a tempo indeterminato delle pubbliche amministrazioni. Il comma 29 del medesimo articolo stabilisce poi che il contributo addizionale dell'1,4% per i contratti a tempo determinato non riguarda i lavoratori delle P.A. Anche queste disposizioni sono coerenti con tutte e due le letture proposte del comma 7 dell'art. 1 della l. 92/2012. Esse infatti potrebbero o essere considerate come deroga alla regola generale di applicazione diretta di tutta la disciplina normativa della riforma Fornero, o come disposizioni che espressamente dichiarano non applicabili al lavoro pubblico alcune regole pensate per quello privato¹¹⁴⁰.

Non mi sembra, dunque, che la soluzione del problema possa essere trovata in queste disposizioni. Analoghe considerazioni possono essere fatte per quelle norme che estendono al lavoro pubblico tutte le regole proprie di quello privato (come l'articolo 2, comma 2, del d.lgs. 165/2001) o che sanciscono l'applicabilità dello statuto dei lavoratori anche alle pubbliche amministrazioni (art. 51, comma 2, d.lgs. 165/2001). Queste disposizioni, effettivamente, introducono tecniche di «rinvio mobile» che consentono di estendere automaticamente alle P.A. le discipline del lavoro privato. Si tratta peraltro di norme di carattere generale che possono essere eventualmente derogate da disposizioni speciali riferite ad un singolo *corpus* normativo. Ed è questo il valore che

¹¹³⁸ PILATI, 2013, 9 – 10, a cui si rinvia per l'indicazione di altri autori che aderiscono a questa lettura.

¹¹³⁹ F. CARINCI (2013, 471) ritiene che le parole del comma 7 si riferiscono a quanto «*previsto esplicitamente anche per il pubblico impiego privatizzato, che viene così direttamente ed immediatamente disciplinato*». In realtà questa interpretazione non giustificerebbe le disposizioni, contenute nella l. 92/2012, che invece escludono l'applicabilità della riforma al lavoro pubblico (v. *infra* nel testo) e che hanno un senso soltanto se la legge deve dire espressamente sia ciò che è esteso al lavoro pubblico, sia ciò che è escluso.

¹¹⁴⁰ Non concordo, quindi, con quanto affermato da DEL PUNTA, 2013b, 38, secondo il quale, soprattutto per l'esclusione dal contributo addizionale, «*non si vede perché il legislatore avrebbe dovuto intervenire per sancire tale esenzione, se già tutto l'istituto del contratto a termine pubblico fosse stato esentato*». Se l'inciso del comma 7, infatti, viene interpretato come necessità che la legge dichiari espressamente non solo l'applicabilità, ma anche l'inapplicabilità al lavoro pubblico di certe disposizioni contenute nella riforma del 2012, è evidente che la norma doveva necessariamente specificare che quel disposto normativo non poteva essere esteso anche alle pubbliche amministrazioni.

verrebbero ad assumere i commi 7 ed 8 dell'articolo 1 della l. 92/2012, che introdurrebbero quindi regole particolari escludenti quelle di portata più ampia.

Forse l'unica soluzione al problema è quella di individuare la *ratio* di queste disposizioni, finalizzate evidentemente a escludere una diretta applicabilità di tutta la riforma Fornero al lavoro pubblico, con l'intento invece di favorire un processo di armonizzazione che ne avrebbe consentito un adattamento più graduale e razionale¹¹⁴¹. D'altra parte: se l'inciso del comma 7 dovesse essere interpretato nel senso di prevedere che tutte le disposizioni della legge 92/2012 sono direttamente applicabili alle P.A., di fatto non si comprende cosa rimarrebbe della legge tale da poter costituire «*principi e criteri per la regolazione dei rapporti di lavoro dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni*». Paradossalmente, solo quelle poche disposizioni espressamente vietate per il lavoro pubblico, verrebbero a costituire principi e criteri, mentre la stragrande maggioranza dei contenuti della riforma - pur nei limiti necessari di un giudizio di compatibilità - avrebbe un'immediata efficacia diretta per gli impiegati pubblici. Il che peraltro costituirebbe una palese violazione di un intento della legge che, nei commi 7 ed 8, fa dell'armonizzazione il suo nucleo fondamentale¹¹⁴².

Non a caso ho utilizzato, per la soluzione proposta, una formulazione dubitativa. Il legislatore si è mosso con espressioni linguistiche poco appropriate che sollecitano le soluzioni interpretative più disparate. Senza dimenticare l'incoerenza del mantenimento di due diverse versioni dell'articolo 18, una più «rigida» per il lavoro pubblico ed una più

«flessibile» per quello privato, con evidente frantumazione degli statuti normativi e messa in discussione della privatizzazione del pubblico impiego che ha costituito l'asse portante (pur con qualche ripensamento) delle riforme realizzate negli ultimi anni. Tuttavia mi sembra che l'unico modo per dare un senso ad un vero e proprio «guazzabuglio» normativo sia quello indicato. Questa soluzione, comunque, è quella adottata dalla dottrina maggioritaria¹¹⁴³.

La giurisprudenza, al contrario, è orientata in misura assolutamente prevalente nel ritenere che il nuovo art. 18 sia applicabile anche al lavoro pubblico. Questa conclusione viene basata in primo luogo sull'art. 51 del d.lgs. 165/2001 (e sul rinvio mobile della disposizione a tutte le successive modifiche ed integrazioni dello Statuto dei lavoratori)¹¹⁴⁴. In altre decisioni vi è il riferimento anche all'art. 2, comma 2, del d.lgs. 165/2001, che estende tutte le leggi in materia di lavoro privato al settore pubblico¹¹⁴⁵.

L'inciso contenuto nel comma 7 dell'art. 1 della l. 92/2012 («*per quanto da esse non espressamente previsto*») è stato letto come riferito alle norme direttamente previste dalla legge 92 che si applicano immediatamente al pubblico impiego (come, ad es. l'art. 1, comma 32, della l.

¹¹⁴¹ Su questa finalità della riforma cfr. PILATI, 2013, 9 (a cui si rinvia per ulteriori indicazioni bibliografiche).

¹¹⁴² Senza dimenticare l'assurdità di «principi e criteri» desunti da quanto «non scritto».

¹¹⁴³ Rinvio a PILATI, 2013, 19 per le indicazioni bibliografiche.

¹¹⁴⁴ Trib. Bari 14.1.2013, Dott.ssa Vernia, in BARBIERI, DALFINO, 2013, 118 ss.; Trib. S. Maria Capua Vetere 2.4.2013, Dott. Cervelli, ivi, 213 ss.; Trib. Terni 14.12.2012, Dott.ssa Piantadosi, ivi, 222 ss.; Trib. Ancona 31.3.2013, Dott.ssa Sbrano; Trib. Perugia 15.1.2013 (in sede di reclamo, Dott. Claudiani ed a conferma di Trib. Perugia 9.11.2012).

¹¹⁴⁵ Trib. Bari 14.1.2013, cit., 119 – 120.

92/2012 che amplia il ricorso al lavoro accessorio). Mentre, questa formulazione non riguarderebbe «*le norme modificative della stessa legge che si estendono a tale settore quando vi sia una legge anteriore che abbia esplicitamente esteso alla p.a. gli istituti modificati*»¹¹⁴⁶. Questa regola anteriore andrebbe rinvenuta nell'art. 51 del d.lgs. 165/2001.

Un'altra decisione ritiene che il comma 8 dell'art. 1 va interpretato nel senso che «*esso si riferisca a quei corpora normativi (si pensi tra tutti al contratto di lavoro a tempo, per il quale l'art. 36 d.lgs. 165/2001 prevede una regolamentazione in parte difforme da quella di cui alla legge 368/2001) che ancora si presentavano (e si presentano) parzialmente divergenti tra il rapporto di lavoro pubblico e quello privato (tale non è l'ipotesi dell'art. 18 Stat. Lav.) ed è stato dettato al precipuo fine di evitare che l'espressa qualificazione della novella del 2012 come principi e criteri regolatori del lavoro pubblico potesse essere interpretata come estensione ed applicabilità tout court dei primi al secondo*»¹¹⁴⁷.

Una ordinanza respinge la possibile coesistenza tra due diversi contenuti dell'art. 18 (per il lavoro privato e pubblico)¹¹⁴⁸, ed Un'altra sottolinea che questa interpretazione solleverebbe problemi di costituzionalità per una diversità così radicale del regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo in ciascun settore di riferimento¹¹⁴⁹.

In senso contrario si è espresso il Tribunale di Catanzaro del 14.5.2013¹¹⁵⁰. Il giudice ha ritenuto che «*le finalità della riforma del mercato del lavoro appaiono ritagliate a misura del lavoro privato, con l'evidente corollario che il ... settimo comma dell'art. 1, seppure di infelice formulazione, non può che essere letto come presidio dei dichiarati obiettivi normativi, apparendo del tutto coerente l'esclusione del lavoro pubblico dall'ambito del nuovo complesso normativo*» (p. 4). In questo contesto, le parole «*per quanto da esse non espressamente previsto*» vanno interpretate nel senso che l'estensione al lavoro pubblico delle regole della l. 92/2012 richiede disposizioni espresse. Poiché non esiste alcuna norma che affermi che il nuovo art. 18 debba essere applicato nelle P.A., in questo ambito continua a produrre i suoi effetti «*il testo "storicizzato" dell'art. 18 L. 300/1970 vigente alla data di entrata in vigore della legge di riforma*» (p. 5).

La varietà dei ragionamenti espressi dalla giurisprudenza dimostra l'incertezza del quadro interpretativo. L'argomentazione fondamentale è basata sull'art. 51, c. 2, del d.lgs 165/2001. Tuttavia questa disposizione (come pure l'art. 2, c. 2 del d.lgs. 165/2001) è una norma generale che potrebbe essere derogata dal carattere speciale della regolazione prevista dai commi 7 ed 8 dell'art. 1 della l. 92/2012, che ne esclude la applicazione¹¹⁵¹. La interpretazione dell'inciso contenuto nella prima parte del comma 7 dell'art. 1 ha dato vita alle soluzioni più diverse e non mi pare che se ne sia colta la varietà di significati che esso può avere. L'impressione, comunque, è che la giurisprudenza intenda evitare differenti regimi sanzionatori nel licenziamento nel settore pubblico

¹¹⁴⁶ Trib. Bari 14.1.2013, cit., 119.

¹¹⁴⁷ Trib. Santa Maria Capua Vetere 2.4.2013, Dott. Cervelli, in BARBIERI, DALFINO, 2013, 214.

¹¹⁴⁸ Trib. Bari 14.1.2013, Dott.ssa Vernia, cit., 119 – 120.

¹¹⁴⁹ Trib. Ancona, 31.3.2013, Dott.ssa Sbrano, p. 3.

¹¹⁵⁰ Dott. Murgida.

¹¹⁵¹ In altro modo si è affermato che il rinvio mobile dell'art. 51 «*vale solo se ed in quanto le successive "modificazioni ed integrazioni" non abbiano escluso di poter essere applicabili anche ai pubblici dipendenti privatizzati*» (F. CARINCI, 2013, 471 – 472). E si è sottolineato che «*al riguardo, si deve ribadire che i commi 7 ed 8 dell'art. 1 della l. 92/2012 hanno proprio questo effetto impeditivo*» (PILATI, 2013, 15).

e privato e, in questa opera di razionalizzazione, utilizzi l'ambiguità del testo per arrivare a queste conclusioni.

L'orientamento giurisprudenziale minoritario valorizza soprattutto la *ratio* della riforma e, alla luce delle sue finalità, dà una lettura «orientata» del comma 7 dell'art. 1, che, tra l'altro, potrebbe essere una delle due possibili interpretazioni suggerite dalla disposizione.

In questo contesto, più che una armonizzazione effettuata dal Ministro della pubblica amministrazione, occorrerebbe un intervento legislativo diretto a chiarire un testo certamente assai scadevole dal punto di vista della tecnica di redazione delle disposizioni.

11. Conclusioni.

Alcune considerazioni conclusive. La riforma dei licenziamenti e la sua valutazione in termini di «efficienza economica» esprimono una crisi dello statuto epistemologico del Diritto del lavoro, di cui sono espressione anche altre importanti riforme intervenute negli ultimi anni. Non credo che questa tendenza, ormai in atto da tempo, sia destinata ad essere modificata e credo, anzi, che al contrario la «colonizzazione» da parte dell'economia sia destinata a durare nel tempo. Spetta ai giuristi del lavoro difendere i «confini» di questa materia e ribadire la specificità della razionalità giuridica ed i valori da essa tutelati.

Per quanto riguarda la giurisprudenza mi pare che alcune delle opzioni interpretative della dottrina più «radicali» non siano state accolte. Mi riferisco in particolare alla tesi secondo cui tutti (o quasi) i licenziamenti ingiustificati sono discriminatori ed impongono la reintegra ed a quella secondo la quale il risarcimento del danno è la regola generale in caso di recesso ingiustificato e la reintegrazione costituisce soltanto una *extrema ratio*. I giudici sembrano muoversi tra soluzioni interpretative che si sforzano di collocare la riforma nel sistema giuridico, operando su numerosi «varchi» lasciati da un testo che consente letture diverse soprattutto per la logica compromissoria che lo anima. In sede di primo bilancio, credo che si possa affermare che sino ad ora prevale una linea «intermedia». La giurisprudenza, pur non disconoscendo le innovazioni introdotte dalla riforma - che certamente liberalizza la disciplina dei licenziamenti - legge le nuove regole nell'ambito dei principi generali in materia di recesso desumibili da altre fonti normative (come ad esempio le nozioni di giusta causa o giustificato motivo) o da norme mai abrogate (l'art. 2106 c.c.) o dalle stesse scelte operate dall'autonomia collettiva.

Indubbiamente su alcuni aspetti - l'ambito di operatività del risarcimento del danno e della «reintegrazione attenuata» - vi sono ancora contrasti che impediscono di comprendere la possibile evoluzione della giurisprudenza. Dovremo quindi attendere ulteriori sviluppi e ritengo che solo tra qualche anno si potrà esprimere una valutazione più completa sull'assetto della materia.

Riferimenti bibliografici

AA.VV. (2004), *Dialoghi tra dottrina e giurisprudenza. L'interpretazione del contratto collettivo*. Milano: Guffrè.

ALBI P. (2013), *Il licenziamento individuale per giustificato motivo oggettivo*. In: CINELLI M., FERRARO G., MAZZOTTA O. (a cura di), *Il nuovo mercato del lavoro dalla riforma Fornero alla legge di stabilità 2013*. Torino: Utet, p. 260 ss.

- ALLEVA P. (2012), *Proposta di emendamenti al ddl sul mercato del lavoro, in particolare in tema di flessibilità in uscita*. www.dirittisocialiecittadinanza, 17 aprile 2012, p. 1 ss.
- ARTONI R., D'ANTONI M., DEL CONTE M., LIEBMAN S. (2006), *Employment Protection Systems and Welfare State Models: A Comparative Study*. In: Legal Studies Research Paper Series, Research paper n. 6/2011. <http://ssrn.com/abstract=895095>, p. 1 ss.
- BARBERA M. (2013), *Il licenziamento alla luce del diritto antidiscriminatorio*, RGL, I, p. 139 ss.
- BARBIERI M. (2013), *La nuova disciplina del licenziamento individuale: profili sostanziali e questioni controverse*. In: M. BARBIERI, D. DALFINO, *Il licenziamento individuale nell'interpretazione della legge Fornero*. Bari: Cacucci, p. 11 ss.
- BARBIERI M., DALFINO D. (2013), *Il licenziamento individuale nell'interpretazione della legge Fornero*. Bari: Cacucci.
- BIASI M. (2013), *Il nuovo articolo 18 dopo un anno di applicazione giurisprudenziale: un bilancio provvisorio*, WP CSDL E "Massimo D'Antona". It, 181/2013, <http://csdle.lex.unict.it>, p. 1 ss.
- BOBBIO N. (1938), *L'analogia nella logica del diritto*, Utet, Torino. BOBBIO N. (1968), *Analogia. NNDI*, IX. Torino: Utet, p. 601 ss.
- BORGHESI D., PELLACANI G. (2013), *La procedura preventiva in caso di licenziamento per giustificato motivo oggettivo*. In: G. PELLACANI (a cura di), *I licenziamenti individuali e collettivi*. Torino: Giappichelli, 254.
- BRUN S. (2012), *Il licenziamento economico tra esigenze dell'impresa ed interesse alla stabilità*, Padova: Cedam.
- CALCATERRA L. (2009), *La giustificazione oggettiva del licenziamento, tra impossibilità sopravvenuta ed eccessiva onerosità*. Napoli: Editoriale Scientifica.
- CANNATI G. (2012), *Bisogni, rimedi e tecniche di tutela del prestatore di lavoro*. DLRI, p. 129 ss.
- CANNATI G. (2013), *Profili di incostituzionalità della riforma dei licenziamenti*, RIDL, I, 199 ss.
- CANNELLA G. (2012), *I licenziamenti con vizi di forma e di procedura*, in F. AMATO, R. SANLORENZO (a cura di), *La legge n. 92 del 2012 (Riforma Fornero): un'analisi ragionata*, in www.magistraturademocratica.it, p. 177 ss.
- CARINCI F. (2012a), *Il licenziamento inefficace*. In: CARINCI F., MISCIONE M. (a cura di), *Commentario alla Riforma Fornero*. Milano: Ipsoa, p. 72 ss.
- CARINCI F. (2012b), *Complimenti dottor Frankenstein: il disegno di legge governativo in materia di riforma del mercato del lavoro*. LG, 6, p. 529 ss.
- CARINCI F. (2012c), *Il legislatore e il giudice: l'imprevidente innovatore ed il prudente conservatore* (in occasione di Trib. Bologna, ord. 15 ottobre 2012). Il dibattito sulla riforma italiana del mercato del lavoro. www.csdle.lex.unict.it, (di prossima pubblicazione ADL, n. 4-5), p. 1 ss.
- CARINCI F. (2012d), *Il nodo gordiano del licenziamento disciplinare*, ADL, p. 1103 ss.
- CARINCI F. (2013), *Ripensando il "nuovo" art. 18 dello statuto dei lavoratori*, ADL, 461 ss.

- CARINCI M. T. (2012a), *Il rapporto di lavoro al tempo della crisi: modelli europei e flexicurity "all'italiana" a confronto*. DLRI, p. 527 ss.
- CARINCI M. T. (2012b), *Il rapporto di lavoro al tempo della crisi*. Relazione al XVII Congresso nazionale AIDLASS, *Il Diritto del Lavoro al tempo della Crisi*, Pisa (7-9 giugno 2012), p. 1 ss. (dattiloscritto).
- CARINCI M. T. (2012c), *Il licenziamento non sorretto da giusta causa e giustificato motivo soggettivo: i presupposti applicativi delle tutele previste dall'art. 18 St. Lav. alla luce dei vincoli imposti dal sistema, RIDL*, II, 1052 ss.
- CESTER C. (2012a), *Licenziamenti: la metamorfosi della tutela reale*. In: Carinci F., Miscione M. (a cura di), *Commentario alla Riforma Foriero*. Milano: Ipsoa, p. 30 ss.
- CESTER C. (2012b), *Il progetto di riforma della disciplina dei licenziamenti: prime riflessioni*. ADL, p. 547 ss.
- CESTER C. (2013), *La riforma della disciplina dei licenziamenti: principi generali e tecniche normative*. In: CESTER C. (a cura di), *I licenziamenti dopo la legge 92 del 2012*. Padova: Cedam, p. 1 ss.
- CHIECO P. (2013), *Il licenziamento nullo*. In: CHIECO P. (a cura di), *Flessibilità e tutele nel lavoro – Commentario della legge 28 giugno 2012, n. 92*. Bari: Cacucci, p. 277 ss.
- CNEL (2005), *Rapporto sul mercato del lavoro 2004*. Roma, p. 113 ss. CONTINI B., TRIVELLATO U. (2005), *Eppur si muove. Dinamiche e persistenze nel mercato del lavoro italiano*. Bologna: Il Mulino.
- CORTE COSTITUZIONALE (2009), *Relazione sulla giurisprudenza costituzionale del 2008*. Servizio Studi Corte Costituzionale. www.cortecostituzionale.it, p. 1 ss.
- DE LUCA TAMAJO R. (2012), *Il licenziamento disciplinare nel nuovo art. 18: una chiave di lettura, RIDL*, II, 1064 ss.
- DELL'ARINGA C. (2011), *Seminario sulla flessibilità in uscita. Il diario del lavoro*, 30 settembre 2011. <http://www.ildiariodellavoro.it>, p. 1 ss.
- DELL'ARINGA C. (2012), *La riforma del lavoro: aspetti economici*. In: MAGNANI M., TIRABOSCHI M. (a cura di). *La nuova riforma del lavoro – Commentario alla legge 18 giugno 2012, n. 92*. Milano: Giuffrè, p. 42 ss.
- DEL PUNTA R. (2001), *L'economia e le ragioni del diritto del lavoro, DLRI*. P. 3 ss.
- DEL PUNTA R. (2013a), *Epistemologia breve del diritto del lavoro, LD*, 2013, 37 ss.
- DEL PUNTA R. (2013b), *I problemi del nuovo art. 18*. In: M. PEDRAZZOLI (a cura di). *Le discipline dei licenziamenti in Europa. Ricognizioni e confronti*. Milano: F. Angeli, p. 1 ss. (dattiloscritto).
- DI MAJO A. (2001), *La tutela civile dei diritti*. Milano: Giuffrè. DIPARTIMENTO DEL TESORO – FONDAZIONE G. BRODOLINI (2012), *Treasury – Dynamic Microsimulation Model, Innovative Datasets and Models for Improving Welfare Policies*, Handout, Roma, 26 Gennaio 2012, p. 1 ss. (dattiloscritto).

- D'ONGHIA M. (2013), *I vizi formali e procedurali del licenziamento*. In: CHIECO P. (a cura di), *Flessibilità e tutele nel lavoro. Commentario della legge 28 giugno 2012, n. 92*. Cacucci: Bari, p. 363 ss.
- FABRIZI E., PERAGINE V., RAITANO M. (2013), *Flessibilità e lavoro in Italia e in Europa: la teoria economica e l'evidenza empirica*. In: CHIECO P. (a cura di), *Flessibilità e tutele nel lavoro. Commentario della legge 28 giugno 2012, n. 92*. Cacucci: Bari, p. 49 ss.
- FERRARESI M. (2012), *Il licenziamento per motivi oggettivi*. In: MAGNANI M., TIRABOSCHI M. (a cura di), *La nuova riforma del lavoro – Commentario alla legge 18 giugno 2012, n. 92*. Milano: Giuffrè, p. 256 ss.
- GALANTINO M. L. (2012), *La riforma del regime sanzionatorio dei licenziamenti individuali: le modifiche all'art. 18 dello statuto dei lavoratori*. In: PELLACANI G. (a cura di), *Riforma del lavoro. Tutte le novità introdotte dalla legge 28 giugno 2012, n. 92*. Milano: Giuffrè, p. 231 ss.
- GALARDI R. (2013), *Il licenziamento disciplinare*. In: CINELLI M., FERRARO G., MAZZOTTA O. (a cura di), *Il nuovo mercato del lavoro dalla riforma Fornero alla legge di stabilità 2013*. Torino: Utet, p. 277 ss.
- GIUGNI G. (1989a), *Diritto del lavoro (voce per Un'enciclopedia)*, 1979, ora in *Lavoro legge contratti*. Bologna: Il Mulino, 245 ss.
- GIUGNI G. (1989b), *Il diritto del lavoro negli anni „80, 1982*, ora in *Lavoro legge contratti*. Bologna: Il Mulino, 293 ss.
- GUASTINI R. (2004), *L'interpretazione dei documenti normativi*. In: Schlesinger P. (continuato da), *Trattato di diritto civile e commerciale*. Milano: Giuffrè, p. 154 ss.
- GUERRA A. (2008), *Il contratto collettivo, DLRI*, p. 669 ss.
- ICHINO P. (2011a), *Inchiesta sul lavoro*. Milano: Mondadori.
- ICHINO P. (2011b), *Una lettura errata dei dati Istat nel dibattito sulle cause del precariato*. <http://www.pietroichino.it>, p. 1 ss.
- ICHINO P. (2011c), *Come il metodo sperimentale può contribuire al progresso del diritto del lavoro*, RIDL, I, p. 393 ss.
- ICHINO P. (2012), *La riforma dei licenziamenti ed i diritti fondamentali dei lavoratori - Relazione al Convegno Nazionale del Centro Studi «Domenico Napoletano» tenutosi a Pescara l'11 e 12 maggio 2012, dal titolo Il licenziamento individuale tra diritti fondamentali e flessibilità del lavoro*. <http://www.pietroichino.it>, p. 1 ss.
- ISFOL (2013a), *La dinamica degli avviamenti dei contratti di lavoro – Anno 2012*, 10 maggio 2013, www.isfol.it, p. 1 ss.
- ISFOL (2013b), *Gli effetti della legge n. 92/2012 sulla dinamica degli avviamenti dei contratti di lavoro*, Rapporto n. 3, 30 luglio 2013, www.isfol.it, p. 1 ss.
- KUGLER A., PICA G. (2008), EFFECTS OF EMPLOYMENT PROTECTION ON WORKER AND JOB FLOWS: EVIDENCE FROM THE 1990 ITALIAN REFORM. *Labour Economics*, 15, 2008, p. 94.

- LEONARDI M. (2012), *L'indennità nell'incertezza*, La voce, 27 marzo 2012. <http://www.la-voce.info>, p. 1 ss.
- LISO F. (2013), *La Fiom e la rappresentanza in azienda*. In: Studi in onore di MARIO RUSCIANO, dattiloscritto, p. 1 ss.
- MARAZZA M. (2012), *L'art. 18, nuovo testo, dello Statuto dei Lavoratori*. ADL, p. 612 ss.
- MARESCA A. (2012), *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche all'art. 18 dello Statuto dei Lavoratori*. RIDL, I, p. 415 ss.
- MARESCA A., DE LUCA TAMAJO R. (2012), *Più contratto, meno giudici*, Il Sole 24 Ore, 17 aprile 2012. www.ilsole24ore.com.
- MAZZAMUTO S. (2004), *Un'introduzione al mobbing*. In: TOSI P. (a cura di). *Il mobbing*. Torino: Giappichelli, 2004, 23 ss. e nt. 45.
- MAZZAMUTO S. (2007), *Ancora sul mobbing*. In: Aa.Vv., *Il danno alla persona del lavoratore*. Milano: Giuffrè, p. 211 ss.
- MAZZONI G. (1964), *Diritto del lavoro e sindacale, Enc. dir.*, XII. Giuffrè: Milano, 1074, 1067 ss.
- MAZZOTTA O. (2013), *I molti nodi irrisolti del nuovo art. 18 st. lav.* In: CINELLI M., FERRARO G., MAZZOTTA O. (a cura di), *Il nuovo mercato del lavoro dalla riforma Fornero alla legge di stabilità 2013*. Torino: Utet, p. 235 ss.
- NOGLER L. (2007), *La disciplina dei licenziamenti individuali*. DLRI, p. 593 ss.
- NOGLER L. (2012), *La nuova disciplina dei licenziamenti ingiustificati alla prova del diritto comparato*. DLRI, p. 665 ss.
- NUZZO V. (2012), *La norma oltre la legge. Causali e forma del licenziamento nell'interpretazione del giudice*. Napoli: Satura Editrice S.r.l.
- OECD (2004), *OECD Employment Outlook*, Paris.
- ORLANDINI G. (2012), *La tutela contro il licenziamento ingiustificato nell'ordinamento dell'Unione europea*. DLRI, p. 623 ss.
- OUA (2013), *Sul fronte dei licenziamenti oltre 16mila conciliazioni, Organismo Unitario dell'Avvocatura Italiana*, www.oua.it, p. 1.
- PAGNI I. (2004), *Tutela specifica e tutela per equivalente*. Milano: Giuffrè. PAGNI I. (2005), *Diritto del lavoro e tecniche di tutela: problemi e prospettive*. RIDL, I, p. 489 ss.
- PALAZZI P. (2011), *L'economia come scienza sociale e politica*. Roma: Aracne Editrice S.r.l., www.aracneeditrice.it, p. 1 ss.
- PELLACANI G. (2012), *Gli obiettivi della riforma e le caratteristiche generali dell'impianto normativo*. In: PELLACANI G. (a cura di), *Riforma del lavoro. Tutte le novità introdotte dalla legge 28 giugno 2012, n. 92*. Milano: Giuffrè, p. 1 ss.
- PERSIANI M. (2013), *Il fatto rilevante per la reintegrazione del lavoratore illegittimamente licenziato*, ADL, p. 1 ss.

- PERULLI A. (2005), *Razionalità e proporzionalità nel diritto del lavoro*. DLRI, p. 6 ss.
- PERULLI A. (2011), *I concetti qualitativi nel diritto del lavoro: standard, ragionevolezza, equità*, DLM, p. 403 ss.
- PERULLI A. (2012a), *Efficient breach, valori del mercato e tutela della stabilità. Il controllo del giudice nei licenziamenti economici in Italia, Francia e Spagna*, RGL, I, p. 561 ss.
- PERULLI A. (2012b), *Fatto e valutazione giuridica del fatto nella nuova disciplina dell'art. 18 Stat. Lav. Ratio ed aporie dei concetti normativi*, ADL, p. 785 ss.
- PERULLI A., SPEZIALE V. (2011), *L'articolo 8 della legge 14 settembre 2011, n. 148 e la "rivoluzione di Agosto" del Diritto del Lavoro*. CSDLE.It, 132, p. 1 ss.
- PILATI A. (2013), *Sull'inapplicabilità del nuovo art. 18 st. lav. al lavoro pubblico privatizzato*, WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT, 187, [www.http://csdle.lex.unict.it](http://csdle.lex.unict.it), p. 1 ss.
- PISANI C. (2013), *Le conseguenze dei vizi procedurali del licenziamento disciplinare dopo la legge n. 92 del 2012*, ADL, p. 264 ss.
- PONTERIO C. (2013a), *Il licenziamento per motivi economici*, in F. Amato,
- R. Sanlorenzo (a cura di), *Riforma Fornero: un'analisi ragionata (L. n. 92/2012)*, eBook, Altalex Editore, 143 ss.
- PONTERIO C. (2013b), *Il licenziamento per motivi economici*, ADL, p. 73 ss. PROTO PISANI A. (2004), *Note sulla tutela civile dei diritti*. In: BARBIERI M., MACARIO F., TRISORIO LIUZZI G. (a cura di), *La tutela in forma specifica dei diritti nel rapporto di lavoro*. Milano: Giuffrè, p. 40 ss.
- REYNERI E. (2006), *Luoghi comuni e problemi reali del mercato del lavoro italiano*. DLM, p. 2.
- REYNERI E. (2011), *Sociologia del mercato del lavoro*, I. Bologna: Il Mulino.
- ROMEI R. (2012), *La prima ordinanza sul nuovo art. 18 della legge n. 300/1970: tanto rumore per nulla?*, RIDL, II, p. 1072 ss.
- ROMEI R. (2012), *La legge "Fornero" ed il rapporto di impiego pubblico*, LPA, p. 713 ss.
- ROSSI F., DE MOZZI B., (2013), *I licenziamenti inefficaci*. In: C. CESTER (a cura di), *I licenziamenti dopo la legge n. 92 del 2012*. Padova: Cedam, p. 191 ss.
- SALVALAIO M. (2013), *La procedura preventiva di conciliazione*. In: C. CESTER (a cura di), *I licenziamenti dopo la legge n. 92 del 2012*. Padova: Cedam, p. 235 ss.
- SANTINI F. (2012), *Il licenziamento per giusta causa e giustificato motivo soggettivo*. In: MAGNANI M., TIRABOSCHI M. (a cura di), *La nuova riforma del lavoro – Commentario alla legge 18 giugno 2012, n. 92*, Milano: Giuffrè, p. 236 ss.
- SANTORO PASSARELLI G. (2013), *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo e l'ambito della tutela risarcitoria*, ADL, p. 231 ss.
- SCARPELLI F. (2012), *Il licenziamento individuale per motivi economici*. In: M. FEZZI, F. SCARPELLI (a cura di), *Guida alla Riforma Fornero*. Milano: I Quaderni di Wikilabour, 103.
- SCARPELLI F. (2013), *Giustificato motivo di recesso e divieto di licenziamento per rifiuto della trasformazione del rapporto a tempo pieno*, RIDL, p. 279 ss.

- SCIARRA S. (2013), *Monitoraggio e valutazioni: le riforme nella prospettiva delle politiche occupazionali europee*, 2013. In: CHIECO P. (a cura di), *Flessibilità e tutele nel lavoro. Commentario della legge 28 giugno 2012, n. 92*. Cacucci: Bari, p. 37 ss.
- SORDI P. (2013a), *Il nuovo art. 18 della legge n. 30 del 1970*. In: DI PAOLA L. (a cura di), *La riforma del lavoro. Primi orientamenti giurisprudenziali dopo la legge Fornero*. Milano: Giuffrè, p. 251 ss.
- SORDI P., (2013b), *Le modifiche alla disciplina dei licenziamenti individuali*. In: ID. (a cura di), *La riforma del lavoro. Primi orientamenti giurisprudenziali dopo la legge Fornero*, Giuffrè, Milano, 2013, 252.
- SPEZIALE V. (2004), *Situazione delle parti e tutela in forma specifica nel rapporto di lavoro*. In: BARBIERI M., MACARIO F., TRISORIO LIUZZI G. (a cura di). *La tutela in forma specifica dei diritti nel rapporto di lavoro*. Milano: Giuffrè, p. 87 ss.
- SPEZIALE V. (2008), *La giurisprudenza del lavoro ed il «diritto vivente» sulle regole interpretative*. *DLRI*, p. 613 ss.
- SPEZIALE V. (2010), *Il datore di lavoro nell'impresa integrata*, *DLRI*, p. 1 ss.
- SPEZIALE V. (2012), *La riforma del licenziamento tra diritto ed economia*. *RIDL*, I, p. 521 ss.
- SPEZIALE V. (2013), *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*. Bari: Cacucci, p. 305 ss.
- TATARELLI M. (2012), *Il licenziamento individuale e collettivo*. Padova: Cedam.
- TEALDI C. (2012), *La flessibilità non ferma il sommerso*, *La voce.it*, 8 maggio 2012. <http://www.la-voce.it>, p. 1 ss.
- TEUBNER G. (1999), *Diritto policontesturale*. Napoli: La città del sole.
- TOPO A. (2012), *Le regole in materia di giustificato motivo oggettivo di licenziamento*. In: CARINCI F., MISCIONE M. (a cura di), *Commentario alla Riforma Fornero*. Milano: Ipsoa, p. 62 ss.
- TOPO A. (2013), *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo*. In: CESTER C. (a cura di), *I licenziamenti dopo la legge 92 del 2012*. Padova: Cedam, p. 139 ss.
- TREMOLADA M. (2012), *Il licenziamento disciplinare nell'art. 18 stat. Lav.* In: CARINCI F., MISCIONE M. (a cura di), *Commentario alla riforma Fornero (legge n. 92/2012 e legge n. 134/2012)*. Milano: Ipsoa, p. 49 ss.
- TREMOLADA M. (2013), *Il licenziamento per giustificato motivo soggettivo o per giusta causa*. In: CESTER C. (a cura di), *I licenziamenti dopo la legge n. 92 del 2012*. Padova: Cedam, p. 107 ss.
- TREU T. (2012a), *Riequilibrio delle tutele e flexicurity*. In: MAGNANI M., TIRABOSCHI M. (a cura di), *La nuova riforma del lavoro – Commentario alla legge 18 giugno 2012, n. 92*. Milano: Giuffrè, p. 22 ss.
- TREU T. (2012b), *Flessibilità e tutele nella riforma del lavoro*. *CSDLE.It*, 155, p. 1 ss.
- TREU T. (2013), *Le istituzioni del lavoro nell'Europa della crisi*, *DLRI*, p. 597 ss.

TULLINI P. (2013), *Riforma della disciplina dei licenziamenti e nuovo modello giudiziale di controllo*, RIDL, I, 147 ss.

VALLEBONA A. (2012), *La riforma del lavoro 2012*. Giappichelli: Torino.

VERDE G. (2001), *Attualità del principio «nulla executio sine titulo»*. In: AA.VV., *Tecniche di attuazione dei provvedimenti del giudice*. Milano: Giuffrè, 2001, p. 60 ss.

ZOPPOLI L. (2012), *Flex-insecurity. La Riforma Fornero (l. 28 giugno 2012, n. 92) prima, durante e dopo*. Napoli: ESI.

Contrattazione e contratto collettivo nell'impiego pubblico "privatizzato"*

Franco Carinci

1. La nascita della riforma del pubblico impiego: "privatizzazione" o "contrattualizzazione".	333
2. L'evoluzione fino alla riforma Brunetta, che ne rappresenta la tappa ultima: non de-privatizzazione, ma de-contrattualizzazione.	334
3. Le peculiarità della contrattazione collettiva: provvista finanziaria predeterminata <i>ex lege</i> e articolazione contrattuale assistita da efficacia reale.	340
4. L'individuazione dei soggetti legittimati.	341
5. La determinazione dei procedimenti negoziali.	344
6. La discriminante costituita dall'efficacia.	346
7. Efficacia soggettiva ed oggettiva: nei confronti delle pubbliche amministrazioni.	348
8. (Segue): nei confronti dei dipendenti.	350
9. L'attività di informazione e di sorveglianza successiva alla conclusione del contratto collettivo.	353
10. L'interpretazione autentica e l'accertamento pregiudiziale sull'efficacia, validità ed interpretazione del contratto collettivo.	354
11. La qualificazione del contratto collettivo nel pubblico <i>vis-à-vis</i> di quella nel privato.	356
12. La crescente divaricazione di disciplina fra pubblico e privato.	360
13. La riforma "bloccata" fra l'aspettativa di una maggiore efficienza e la realtà di una compressione della spesa pubblica dettata dall'UE.	363

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 191/2013

1. La nascita della riforma del pubblico impiego: “privatizzazione” o “contrattualizzazione”.

È trascorso più di un ventennio da quando Governo e Confederazioni sindacali cominciarono a confrontarsi sulla riforma che, scaturita dalla crisi irreversibile della legge quadro del 1983⁽¹¹⁵²⁾, sarebbe stata realizzata nel corso del decennio '90 in due fasi, segnate, rispettivamente, dalle l.d. n. 421/1992⁽¹¹⁵³⁾ e n. 59/1997⁽¹¹⁵⁴⁾, con una serie di correzioni ed integrazioni apportate all'originario d.lgs. n. 29/1993.

Riscriverne ancora una volta la storia sarebbe far torto alla copiosa dottrina che l'ha seguita a guisa di *Annales*, anno dietro anno, segnalandone continuità e discontinuità, compiendone accurate esegesi e ricostruzioni, scrutandone virtù e difetti alla luce della lezione dei fatti. Ma ritornando alla sua filosofia originaria, c'è da dire che essa è ben espressa nelle due denominazioni che ne hanno accompagnato la nascita, “contrattualizzazione” e “privatizzazione” le quali hanno sì identica radice, ma diversa rilevanza.

Entrambe partivano dalla convinzione di una sostanziale corrispondenza delle prestazioni effettuate alle dipendenze di una amministrazione pubblica e di un'impresa, a prescindere dalla natura delle loro rispettive attività; e, conseguentemente, ritenevano non solo giusta ma anche praticabile la sottoposizione di entrambe alla disciplina comune quale data dal codice civile e dalla legislazione lavoristica. E, di conseguenza, condividevano appieno quella duplice spinta ad una de-pubblicizzazione e ad una de-politicizzazione, che verrà tradotta nel corso decennale della riforma. Attuata la prima, col sottrarre all'area amministrativa non solo la disciplina del personale, impiegatizio e dirigenziale, ma anche la c.d. micro-organizzazione: da qui l'auspicata eliminazione della pesante ipoteca di una regolamentazione pubblicistica costruita sulla supremazia di una amministrazione ossessionata dalla legalità a scapito dell'efficienza e concentrata sulla correttezza formale dei singoli atti, valutati e sindacati a prescindere dalla resa complessiva dell'attività svolta. Realizzata, la seconda, col distinguere fra indirizzo riservato ai vertici elettivi o istituzionali e gestione attribuita ai dirigenti, blindando il tutto tramite clausole ed elencazioni delle rispettive competenze: da qui l'attesa messa a regime di un circolo virtuoso fra autonomia e responsabilità dirigenziale, protetta dall'interferenza invasiva della politica⁽¹¹⁵⁵⁾.

⁽¹¹⁵²⁾ Cfr. A. ORSI BATTAGLINI, *Gli accordi sindacali nella legge quadro sul pubblico impiego*, in *Giornale dir. lav. e relazioni ind.*, 1984, p. 85 ss.; M. RUSCIANO, T. TREU (a cura di), *La legge quadro sul pubblico impiego*, Padova, 1985; nonché U. ROMAGNOLI, *La legge quadro sul pubblico impiego*, Bologna, 1986.

⁽¹¹⁵³⁾ Cfr., per una compiuta panoramica di questo percorso nella fase di avvio A. CORPACI, M. RUSCIANO, L. ZOPPOLI (a cura di), *La riforma dell'organizzazione dei rapporti di lavoro e del processo nelle amministrazioni pubbliche (D.lgs 3 febbraio 1993, n. 29). Commentario, Nuove Leggi Civili Comm.*, 1047 ss. Poi, sul “secolo breve” del pubblico impiego, M. D'ANTONA, *Lavoro pubblico e diritto del lavoro: la seconda privatizzazione del pubblico impiego nelle “Leggi Bassanini”*, in *Lav. Pubbl. Amm.*, 1998, 1, p. 35 ss. Da ultimo le dense pagine di L. MONTUSCHI, *A proposito di mitologie nel riformismo del lavoro pubblico*, in AA.Vv., “Il contributo di Mario Rusciano all'evoluzione teorica del Diritto del lavoro”, Napoli, 2013.

⁽¹¹⁵⁴⁾ Quindi, per il passaggio dalla prima alla seconda fase, F. CARINCI, *Le fonti della disciplina del lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2000, p. 55 ss., cui si possono aggiungere gli altri contributi raccolti in F. CARINCI-M. D'ANTONA (diretto da), *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche dal d.lgs. n. 29/1993 ai d.lgs. nn. 396/1997, 80/1998 e 387/1998*. Commentario, Milano, 2000. Dopo la stabilizzazione della riforma degli anni novanta e prima della stagione di riforme a noi più vicine, cfr. invece i contributi raccolti in F. CARINCI, L. ZOPPOLI (a cura di), *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, Torino, 2004.

⁽¹¹⁵⁵⁾ Ho illustrato questi profili prima in F. CARINCI, *Una riforma in itinere: la c.d. privatizzazione del rapporto di impiego pubblico*, in *Studi in onore di G.F. Mancini*, Milano, 1998, p. 163 ss. e quindi in F. CARINCI, *Una riforma “conclusa”. Fra norma scritta e prassi applicativa*, in *Lav. Pubbl. Amm.*, 2004, p. 329 ss., e in AA.Vv., *Studi in onore di Giuseppe Suppiej*, Padova, cui mi permetto di fare rinvio per ogni dettaglio e approfondimento.

Ma, certo, prospettavano una differente evoluzione, come ben ricorda chiunque partecipò alla *querelle* apertasi e consumatasi a suo tempo: “contrattualizzazione” era la denominazione privilegiata da quanti dilatavano la contrattazione collettiva fino a patrocinarne un’estensione “assoluta”, spinta a coprire l’intera area sottratta all’egemonia pubblica ⁽¹¹⁵⁶⁾; “privatizzazione” era la denominazione preferita da coloro che delimitavano la stessa contrattazione, fino a ricostruirne un’estensione “relativa”, portata a coprire una parte significativa, ma pur sempre determinata di quell’area ⁽¹¹⁵⁷⁾.

La partita riguardava la negoziabilità dei *managerial rights*. Non senza una qualche forzatura nominalistica, verrebbe da dire che coloro che pensavano in termini di “contrattualizzazione”, vi erano favorevoli scommettendo soprattutto sulla tensione rinnovatrice di un sindacalismo confederale, capace di promuovere una “rivoluzione”, destinata a risalire dal personale alla dirigenza; mentre coloro che ragionavano in termini di “privatizzazione” vi erano contrari, puntando anzitutto sulla capacità auto-riformatrice della struttura, con una “svolta” destinata a discendere dalla dirigenza al personale ⁽¹¹⁵⁸⁾.

Sicché se comune era la consapevolezza che la riforma non comportava di per sé sola una delegificazione, perché richiedeva una disciplina specifica che la rendesse compatibile con la natura pubblica della persona e dell’attività amministrativa, sì da costringerla a dar vita ad una normativa “speciale”, assai dettagliata per la contrattazione collettiva e per la dirigenza, ma significativa per lo stesso personale impiegatizio; diversa rimaneva la valutazione circa l’estensione e la rilevanza di tale normativa. I pro-contrattualizzazione erano per ridurla aprioristicamente, in vista di una tendenziale pan-contrattualizzazione, estesa ai poteri della dirigenza, declassati da unilaterali a bilaterali; mentre i pro-privatizzazione erano per contenerla selettivamente, in ragione di una salvaguardia di quei poteri, mantenuti *ex lege* unilaterali.

2. L’evoluzione fino alla riforma Brunetta, che ne rappresenta la tappa ultima: non de-privatizzazione, ma de-contrattualizzazione.

Una rappresentazione in bianco e nero, questa, che non rende piena giustificazione alla realtà variegata della dottrina, ma che offre una chiave di lettura di una riforma che ha avuto fin dall’origine come sua ragione di fondo, quella del contenimento del *deficit*; tanto da essere varata

⁽¹¹⁵⁶⁾ Sottolineando “la riscoperta centralità del contratto”, ritiene preferibile l’uso del termine “contrattualizzazione” in tempi a noi vicini A. VISCOMI, *La contrattazione collettiva nazionale*, in L. ZOPPOLI (a cura di), *Ideologia e tecnica nella riforma del lavoro pubblico*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2009, p. 43; nello stesso senso cfr. altresì M. SGROI, *Dalla contrattualizzazione dell’impiego all’organizzazione privatistica dei pubblici uffici*, Torino, 2006.

⁽¹¹⁵⁷⁾ Mi permetto di rinviare alla ricostruzione storico-politica effettuata in F. CARINCI, *Massimo D’Antona e la “contrattualizzazione” del pubblico impiego: un tecnico al servizio di un’utopia*, in *WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”.IT*, n. 80/2008, e *Giornale dir. lav. e relazioni ind.*, 2009, 1, p. 25 ss., ove si è ribadita la preferenza accordata al termine “privatizzazione” certamente più consono allo spirito della riforma; nonché, in precedenza a F. CARINCI, *Privatizzazione del pubblico impiego e ripartizione della giurisdizione per materia (breve storia di una scommessa perduta)*, in *Lav. Pubbl. Amm.*, 2006, 6, p. 1052 ss.

⁽¹¹⁵⁸⁾ Per la compiuta ricostruzione di quel dibattito nella luce della ricostruzione della figura del contratto collettivo nel settore pubblico e dei problemi della contrattazione collettiva, si veda M. BARBIERI, *Problemi costituzionali nel diritto sindacale italiano*, Cacucci, Bari, 1997; per una sintesi dal punto di vista di uno studioso del diritto amministrativo cfr. invece S. CASSESE, *Le ambiguità della privatizzazione del pubblico impiego*, in S. BATTINI, S. CASSESE (a cura di), *Dall’impiego pubblico al rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni*, Milano, 1997, p. 78 ss.

da una legge delega, la n. 421/1992, che puntava a mettere sotto controllo le quattro voci che lo alimentavano: sanità, impiego pubblico, previdenza, finanza territoriale ⁽¹¹⁵⁹⁾.

La scommessa effettuata dalla l.d. 421/1992 verrà rilanciata dalla l.d. n. 59/1997, con una accelerazione della c.d. privatizzazione ben visibile sia nell'estensione verticale alla dirigenza generale ed orizzontale alla micro-organizzazione, sia nella procedura relativa alla contrattazione nazionale, liberata della previa autorizzazione governativa alla sottoscrizione e dalla possibile esondazione del potere di controllo della Corte dei conti dalla legittimità al merito, nonché resa più partecipata con la creazione dei comitati di settore. Se pure sarà avvertibile, nel passaggio dall'una all'altra legge delega, una diversità di ispirazione generale, collocandosi la l.d. n. 59/1997 nella prospettiva ambiziosa di una decentralizzazione, poi tradotta nella l. cost. n. 3/2001⁽¹¹⁶⁰⁾; tuttavia la scommessa di fondo resterà sempre quella di una riforma destinata a comportare di per sé una maggiore efficienza della pubblica amministrazione, come tale capace di assicurare servizi migliori a costi inferiori ⁽¹¹⁶¹⁾.

Ed è con questa giustificazione che la riforma verrà "salvata" dalla Corte costituzionale, che, dopo aver acceso e mantenuto il semaforo verde all'indomani della l.d. n. 421/1992 e dell'originario d.lgs. n. 29/1993, con le sentenze nn. 359/1993 ⁽¹¹⁶²⁾, 88/1996, pronuncerà, proprio a ridosso della l.d. n. 59/1997, le nn. 313/1996 e 309/1997, destinate a consacrare definitivamente la privatizzazione del pubblico impiego⁽¹¹⁶³⁾, offrendone la lettura destinata a divenire diritto costituzionale vivente. Senza scendere ad una analisi dettagliata, c'è da rilevare come la formula

⁽¹¹⁵⁹⁾ Su tali problemi, a partire dalla legge-delega n. 421, G. GHEZZI, *La legge delega per la riforma del pubblico impiego: prime osservazioni*, Riv. Giur. Lav., 1992, I, p. 537 ss.; F. CARINCI, *La c.d. privatizzazione del pubblico impiego: l'art. 2 della L. 23 ottobre 1992*, n. 421, in Riv. It. Dir. Lav., 1993, I, spec. P. 9 ss.; U. ROMAGNOLI, *La revisione della disciplina del pubblico impiego: dal disastro verso l'ignoto*, in Lav. Dir., 1993, 231 ss.; T. TREU, *La contrattazione collettiva nel pubblico impiego: ambiti e struttura*, in Giornale dir. lav. e relazioni ind., 1994, p. 1 ss.; F. LISO, *La privatizzazione dei rapporti di lavoro*, in F. CARINCI (a cura di), *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche dal D.lgs. 29/1993 alla Finanziaria 1995*, Milano, 1995, I, p. 73 ss.; M. D'ANTONA, *La neolingua del pubblico impiego riformato*, in Lav. Dir., 1996, 240 ss.; G. GHEZZI, I, *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche e la ridefinizione delle fonti*, in Giornale dir. lav. e relazioni ind., 1996, p. 265 ss.; A. MARESCA, *Le trasformazioni dei rapporti di lavoro pubblico e il sistema delle fonti*, in Giornale dir. lav. e relazioni ind., 1996, p. 183 ss.; M. RUSCIANO, *La riforma del lavoro pubblico: fonti della trasformazione e trasformazione delle fonti*, in Giornale dir. lav. e relazioni ind., 1996, p. 245 ss.; ID., *Contratto, contrattazione e relazioni industriali nel "nuovo" pubblico impiego*, in Arg. Dir. Lav., 1997, p. 97 ss.

⁽¹¹⁶⁰⁾ Con diverse impostazioni: F. CARINCI, *Il lento tramonto del modello unico ministeriale: dalla "dirigenza" alle "dirigenze"*, in F. CARINCI-S. MAINARDI (a cura di), *La dirigenza nelle pubbliche amministrazioni*, Milano, 2005, p. XLIII ss. L. ZOPPOLI, *La riforma del Titolo V della Costituzione e la regolazione del lavoro nelle pubbliche amministrazioni: come ricomporre i pezzi di un difficile puzzle?*, in Lav. Pubbl. Amm., 2002, Suppl., p. 152 ss. L. ZOPPOLI, *La (piccola) "controriforma" della dirigenza nelle amministrazioni pubbliche non statali: prime riflessioni critiche*, Lav. Pubbl. Amm., 2002, p. 911 ss.

⁽¹¹⁶¹⁾ Sulla stagione in questione, tra i tanti M. G. GAROFALO-M. BARBIERI, *Contrattazione collettiva e lavoro pubblico: un modello per tutti*, in Lav. Pubbl. Amm., 1998, 401 ss.; C. D'ORTA, *La seconda fase di riforma dell'impiego pubblico: verso la fine del guado, cercando di evitare gli scogli*, in Lav. Pubbl. Amm., 1998, 347 ss.; M. D'ANTONA, *Contratto collettivo, sindacati e processo del lavoro dopo la "seconda privatizzazione" del pubblico impiego*, in Foro It., 1999, I, c. 621 ss.; M. DELL'OLIO, *Privatizzazione del pubblico impiego (voce)*, in Enc. giur. Treccani, Roma, 2000; M. PERSIANI, *Brevi riflessioni sulla privatizzazione del pubblico impiego*, in Arg. Dir. Lav., 2000, 3, p. 161 ss.; infine A. TURSÌ, *Libertà sindacale e soggettività negoziale nella contrattazione collettiva del lavoro pubblico*, in Lav. Dir., 2000, p. 377 ss.

⁽¹¹⁶²⁾ Su cui vedi anche A. CORPACI, *Agenzia per la rappresentanza negoziale e autonomia delle pubbliche amministrazioni nella regolazione delle condizioni di lavoro*, in Le Regioni, 1994, 4, p. 1025 ss.

⁽¹¹⁶³⁾ Cfr. per questi passaggi la sintesi critica di F. LISO, *La più recente giurisprudenza sul lavoro pubblico. Spunti critici*, in Arg. Dir. Lav., 1998, p. 183 ss. e se si vuole anche F. CARINCI, *"Costituzionalizzazione" ed "autocorrezione" di una riforma (la c.d. privatizzazione del rapporto di impiego pubblico)*, in Arg. Dir. Lav., 1998, 1, p. 35 ss. con i necessari riferimenti. E quindi F. CARINCI, *Giurisprudenza costituzionale e c.d. privatizzazione del pubblico impiego*, in G. M. AMBROSIO, G. FALCUCCI (a cura di), *Lavoro: la giurisprudenza costituzionale (1989-2005)*, Roma, vol. IX (saggi), 2006, 327 anche in Lav. Pubbl. Amm., 2006, p. 499 ss.

“vincente” sia, per Corte cost. n. 313/1996, quella di “un corretto bilanciamento tra i due termini dell’art. 97 della Costituzione, imparzialità e buon andamento”, per cui deve “escludersi il prospettato *vulnus* al valore dell’art. 97 della Costituzione”, visto che “il valore dell’imparzialità può essere in astratto – e viene dalla normativa in esame – non irrazionalmente integrato con quello dell’efficienza: essendo da ritenere che l’imparzialità stessa non debba essere garantita necessariamente nelle forme dello statuto pubblicistico del dipendente, ben potendo viceversa trovare attuazione (...) in un equilibrato dosaggio di fonti regolatrici”. E così anche per Corte cost. n. 309/1997, che recupera Corte cost. n. 313/1996 in maniera per così dire “rovesciata”, col ribadire che “attraverso un equilibrato dosaggio di fonti regolatrici si è potuto così abbandonare il tradizionale statuto integralmente pubblicistico del pubblico impiego, non imposto dall’art. 97 cost., a favore del diverso modello che scaturisce appunto dal nuovo assetto delle fonti”, avendo già la Corte “osservato come per questa via il legislatore abbia inteso garantire, senza pregiudizio della imparzialità, anche il valore dell’efficienza contenuto nel precetto costituzionale” ⁽¹¹⁶⁴⁾.

Quando all’inizio del nuovo secolo, il d.lgs. n. 29/1993 venne incorporato nel d.lgs. n. 165/2001 (Tupi) ⁽¹¹⁶⁵⁾, ci fu chi ritenne di poter parlare di una riforma “conclusa”, che meritasse solo di verificare la corrispondenza fra norma scritta e prassi applicativa. Il costo fu, però, di essere clamorosamente smentito nel corso del decennio successivo ⁽¹¹⁶⁶⁾.

Già all’indomani del varo del Tupi, verrà rivista la disciplina della dirigenza, con la l. n. 145/2002 ⁽¹¹⁶⁷⁾, con una de-contrattualizzazione del conferimento degli incarichi, tale da restituire ampia discrezionalità ai vertici elettivi ed istituzionali ed ai responsabili di uffici dirigenziali generali. Ma, poi, anno dopo anno, via via che l’originaria scommessa si rivelerà almeno parzialmente persa, sarà varata tutta una normativa congiunturale e frammentaria dettata dalla preoccupazione di contenere la spesa, soprattutto con una stretta sulla contrattazione nazionale ed una progressiva messa sotto tutela di quella integrativa, sfuggita progressivamente di mano ⁽¹¹⁶⁸⁾.

Tuttavia il Tupi giungerà modificato, ma sostanzialmente intatto nell’impianto e nel contenuto fin quasi alla fine del primo decennio del nuovo secolo ⁽¹¹⁶⁹⁾, allorché sarà oggetto della c.d. riforma Brunetta, anticipata dalla l. n. 133/2008 ⁽¹¹⁷⁰⁾ e realizzata dalla l.d. n. 15/2009 e dal d.lgs. n. 150/2009. Se si vuole si può anche parlare di una contro-riforma, ma non priva di una sua ragione

⁽¹¹⁶⁴⁾ Su questa fase, per tutti, M. D’ANTONA, *Contratto collettivo, sindacati e processo del lavoro dopo la «seconda privatizzazione» del pubblico impiego*, in *Foro it.*, 1999, I, c. 625 ss.; ID., *La contrattualizzazione del rapporto di lavoro con la pubblica amministrazione*, in G. MARTINENGO-A. PERULLI (a cura di), *La contrattualizzazione del rapporto di lavoro con la pubblica amministrazione*, Padova, 1998, p. 11 ss.

⁽¹¹⁶⁵⁾ Sulla storia del (mancato) Testo Unico sul pubblico impiego cfr. F. CARINCI-L. ZOPPOLI (a cura di), *Progettando il testo unico sul pubblico impiego*, in *Lav. Pubbl. Amm.*, 2001, 1, p. 5 ss.; F. CARINCI, *Il mancato testo unico sul pubblico impiego*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2001, p. 1178 ss.

⁽¹¹⁶⁶⁾ F. CARINCI, *Una riforma conclusa tra norma scritta e prassi applicativa*, in *Lav. Pubbl. Amm.*, 2004, p. 335 ss.

⁽¹¹⁶⁷⁾ In chiave critica S. CASSESE, *Il rapporto tra politica e amministrazione e la disciplina della dirigenza*, in *Lav. Pubbl. Amm.*, 2003, 2, p. 231.

⁽¹¹⁶⁸⁾ Per questi passaggi si veda quanto ho cercato di argomentare in F. CARINCI, *La privatizzazione del pubblico impiego alla prova del terzo Governo Berlusconi: dalla l. n. 133/2008 alla l.d. n. 15/2009*, in *Lav. Pubbl. Amm.*, 2008, p. 949 ss.

⁽¹¹⁶⁹⁾ Per una sintesi efficace dei passaggi caratterizzanti questa fase si veda almeno A. Bellavista, *Lavoro pubblico e contrattazione collettiva*, in *Riv. Giur. Lav.*, 1, 2007, p. 333 ss.

⁽¹¹⁷⁰⁾ Su questo “arresto” del legislatore cfr. invece B. CARUSO, *La flessibilità (ma non solo) del lavoro pubblico nella l. 133/08 (quando le oscillazioni del pendolo si fanno frenetiche)*, in *Lav. Pubbl. Amm.*, 2008, p. 465 ss.

di fondo, né di una sua continuità rispetto al passato: la ragione, data dalla constatata insufficienza di quella che avrebbe dovuto costituire la duplice causa efficiente della riforma, cioè una contrattazione collettiva atta a coniugare partecipazione e crescita della produttività complessiva ed una dirigenza capace di realizzare una relazione virtuosa fra autonomia e responsabilità; la continuità, costituita dalla rinuncia a qualsiasi ri-pubblicizzazione e ri-politicizzazione⁽¹¹⁷¹⁾.

Anzi tutt'altro, perché, l'esplicita intenzione perseguita sarà quella di un'infusione di tecnica aziendalista, non senza la precisa consapevolezza che questa poteva essere imposta e mantenuta in ragione non di una pressione del mercato, perché insussistente e irriproducibile artificialmente, ma di una disciplina di legge imperativa, che limitasse la contrattazione e vincolasse la dirigenza. Da qui, però, l'inevitabile contraddizione della riforma Brunetta: da un lato, la spinta ad una conversione della cultura e della prassi della pubblica amministrazione a quella dell'azienda; dall'altro, la previsione di una normativa rigida e formalista, come tale ben poco adatta alla flessibilità ed informalità richiesta da una azienda⁽¹¹⁷²⁾.

Una "azienda senza impresa", come si è avuto occasione di scrivere¹¹⁷³, che chiedeva per esistere e funzionare legge, ancora più legge, così da dar luogo ad una ri-legificazione spinta, destinata a trovar posto nel d.lgs. n. 150/2009, con un tit. II – che resta confinato nel decreto – sulla "Misurazione, valutazione e trasparenza della performance" ed un tit. III – che trasmigra nel Tupi a titolo di novella – sulle "Nuove norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni".

A farne le spese non è la "privatizzazione", ma la "contrattualizzazione", di cui viene ridimensionata l'area di manovra con riguardo sia alla legge sia alla attività dirigenziale. Già l'art. 1 della l.d. n. 15/2009 era intervenuto a modificare l'art. 2, comma 2, secondo periodo, con sostituirne l'inciso finale, per cui "Eventuali disposizioni di legge ... che introducano discipline dei rapporti di lavoro la cui applicabilità sia limitata ai dipendenti delle amministrazioni pubbliche, o a categorie di essi, possono essere derogate da successivi contratti o accordi collettivi e, per la parte derogata non sono ulteriormente applicabili" non più "salvo che la legge disponga espressamente in contrario", ma "solo qualora ciò sia esplicitamente previsto dalla legge". Ed è difficile immaginare una legge che, nel mentre espropria consapevolmente la competenza riservata alla contrattazione collettiva, preveda *apertis verbis* di poter essere in seguito derogata dalla medesima⁽¹¹⁷⁴⁾.

⁽¹¹⁷¹⁾ Vedi comunque ora l'amara sintesi di C. D'ORTA, *L'organizzazione delle P.A. dal diritto pubblico al diritto privato: il fallimento di una riforma*, in *Lav. Pubbl. Amm.*, 2011, p. 391 ss.; oppure, da altra angolazione, quella di L. ZOPPOLI, *Bentoranta realtà: il pubblico impiego dopo la fase onirica*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT*, n. 168/2013.

⁽¹¹⁷²⁾ Sul rinnovato assetto delle prerogative della dirigenza pubblica in questa fase si veda, in chiave critico-ricostruttiva, l'analisi di B. CARUSO, *Le dirigenze pubbliche tra nuovi poteri e responsabilità (Il ridisegno della governance nella p.a. italiane)*, *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT*, n. 104/2010.

⁽¹¹⁷³⁾ V. F. CARINCI, *Il secondo tempo della riforma Brunetta: il d.lgs. 27 ottobre 2009, n. 150*, in *Lav. Pubbl. Amm.*, 2010, 6, p. 1028 ss., nonché in F. CARINCI, S. MAINARDI (a cura di), *La terza riforma del lavoro pubblico: commentario al d.lgs 27 ottobre 2009, n. 150, aggiornato al "collegato lavoro"*, Collana Leggi e Lavoro, Milano, 2011, p. XXII ss.

⁽¹¹⁷⁴⁾ Sulla complessiva ispirazione e "filosofia" dell'intervento del legislatore del 2009 cfr. almeno: A. BELLAVISTA-A. GARILLI, *Riregolazione legale e decontrattualizzazione: la neoibridazione normativa del lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, in *Lav. Pubbl. Amm.*, 2010, p. 1 ss.; U. CARABELLI, *La "riforma Brunetta": un breve quadro sistematico delle novità legislative e alcune considerazioni critiche*,

Volendosi limitare alle novelle più significative apportate dal d.lgs. n. 150/2009 al Tupi, può dirsi che riguardano sia la struttura, sia la competenza della contrattazione collettiva ⁽¹¹⁷⁵⁾. Quanto alla struttura, risulta evidente una preferenza, al limite dell'assolutezza, per la contrattazione di area dirigenziale e di comparto ⁽¹¹⁷⁶⁾: da un lato, quella interconfederale perde rilievo, perché ormai è ristretta alla conclusione di accordi quadro che individuano in comparti fino ad un massimo di quattro, cui corrispondono non più di altrettante separate aree per la dirigenza o regolano "istituti comuni a più comparti" (artt. 41, comma 5, e 40, comma 2); dall'altro, quella integrativa viene ancor più vincolata alla nazionale (artt. 40, comma 3 quinquies), nonché sottoposta ad un'attività di controllo con riguardo alla sua compatibilità economico-finanziaria (art. 40-bis).

Quanto alla competenza della stessa contrattazione l'art. 40, comma 1 la restringe ai "diritti e (...) obblighi direttamente pertinenti al rapporto di lavoro, nonché materie relative alle relazioni sindacali"; ma rende anche esplicito quanto le rimane comunque escluso, pur potendo esserle attribuito proprio in virtù di quel principio generale, cioè "le materie attinenti all'organizzazione degli uffici, quelle oggetto di partecipazione sindacale ai sensi dell'articolo 9, quelle afferenti alle prerogative dirigenziali ai sensi" degli artt. "5, comma 2, 16 e 17, la materia del conferimento e della revoca degli incarichi dirigenziali, nonché quelle di cui all'art. 2, comma 1, lett. c, della legge 23 ottobre 1992, n. 421".

E vale la pena di ricordare che l'art. 9 rinvia ai contratti collettivi nazionali la disciplina di una "partecipazione" destinata a fermarsi prima della contrattazione, anche dopo la modifica apportata all'art. 5, comma 2 dall'art. 2, comma 18, lett. a) d.l. n. 95/2012, con una prudente riapertura all'"esame congiunto". Si ribadisce che "Nell'ambito delle leggi e degli atti organizzativi di cui all'art. 2, comma 2, le determinazioni per l'organizzazione degli uffici e le misure inerenti alla gestione dei rapporti di lavoro sono assunte in via esclusiva dagli organi preposti alla gestione con la capacità e i poteri del privato datore di lavoro" per poi far salvi oltre "la sola informazione ai sindacati per le determinazioni relative all'organizzazione degli uffici" anche "limitatamente alle misure riguardanti i rapporti di lavoro, l'esame congiunto, ove previsti nei contratti di cui all'art. 9". Ma, poi, si chiude, riaffermando che "Rientrano, in particolare, nell'esercizio dei poteri

in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona". IT, n. 101/2010; B. CARUSO, *Gli esiti regolativi della "Riforma Brunetta" (come cambia il diritto del lavoro nelle pubbliche amministrazioni)*, in *Lav. Pubb. Amm.*, 2010, p. 282 ss.; G. D'AURIA, *Il nuovo sistema delle fonti: legge e contratto collettivo, Stato e autonomie territoriali*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2010, 1, p. 5 ss.; Ma altresì G. FERRARO, *Prove generali di riforma del lavoro pubblico*, in *Giornale dir. lav. e relazioni ind.*, 122, 2009, p. 239 ss.; da ultimo, M. Ricci, *Alcune osservazioni sulla legge "Brunetta": quali prospettive di riforma?*, in *Jus*, 3, 2012, p. 533; e volendo anche F. CARINCI, *Filosofia e tecnica di una riforma*, in *Riv. Giur. Lav.*, 2010, p. 452 ss.

⁽¹¹⁷⁵⁾ Per considerazioni più specifiche su questi aspetti, fermo quanto si dirà oltre nel testo, si può rinviare sin da ora alle trattazioni di G. NATULLO, *La nuova contrattazione collettiva nel lavoro pubblico: ambito e limiti*, in *Ist. Fed.*, 2009, P. 685 ss.; C. ROMEO, *La contrattazione collettiva nel settore pubblico tra controlli e ottimizzazione della produttività del lavoro*, in *Dir. Merc. Lav.*, 2009, p. 449 ss.; A. ALAIMO, *La contrattazione collettiva nel settore pubblico tra vincoli, controlli e "blocchi": dalla "riforma Brunetta" alla "manovra finanziaria" 2010*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT, n. 107/2010.

⁽¹¹⁷⁶⁾ Nella chiave del raccordo tra fonti autonome e fonti eteronome cfr. specialmente L. ZOPPOLI, *La contrattazione collettiva dopo la delega*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT, n. 87/2009. Quindi L. ZOPPOLI, *Legge, contratto collettivo e circuiti della rappresentanza nella riforma "meritocratica" del lavoro pubblico*, in *Ist. Fed.*, 2009, p. 663 ss.; e anche, ovviamente, L. ZOPPOLI, *Contratto collettivo del lavoro pubblico, voce del Digesto, sez. Comm., Agg.*, Torino, 2009, p. 125 ss.

dirigenziali le misure inerenti la gestione delle risorse umane nel rispetto del principio di pari opportunità, nonché la direzione, l'organizzazione del lavoro nell'ambito degli uffici" (¹¹⁷⁷).

"La materia del conferimento e della revoca degli incarichi dirigenziali" era stata, del resto, già considerata inderogabile "dai contratti o accordi collettivi" in forza dell'art. 3, comma 1, lett. n) l. n. 145/2002, che aveva aggiunto all'art. 19 l'attuale comma 12-bis. E, a sua volta, la lista delle "sette materie" di cui all'art. 1, comma 2, lett. c), nn. 1-7 l. n. 421/1992¹¹⁷⁸ aveva in passato dato vita ad un autentico giallo, perché considerate del tutto scomparse in virtù della successiva l.d. n. 59/1997, ma a torto, come conferma la loro esplicita richiamata in servizio; non senza, peraltro, riproporre qualche questione di coordinamento fra la riserva ivi prevista ai nn. 1 e 7 circa le "responsabilità giuridiche attinenti ai singoli operatori nell'espletamento di procedure amministrative" e, rispettivamente, la "disciplina delle responsabilità" e la pur limitata negoziabilità delle "materie relative alle sanzioni disciplinari" permessa nell'ultimo periodo di quello stesso comma 1 dell'art. 40 del Tupa.

Qui vi si dice alla lettera che nelle "materie relative alle sanzioni disciplinari, alla valutazione delle prestazioni ai fini della corresponsione del trattamento accessorio, della mobilità e delle progressioni economiche, la contrattazione collettiva è consentita negli esclusivi limiti previsti dalle norme di legge", cioè dagli artt. 55 ss. del Tupa (sanzioni disciplinari), 2 ss. d.lgs. n. 150/2009 (valutazione delle prestazioni), 29 bis ss. del Tupa (mobilità), 23 d.lgs. n. 150/2009 e 52, comma 1 bis del Tupa (¹¹⁷⁹).

Certo, resta la riserva per "i trattamenti economici", prevista dall'art. 2, comma 3 ("L'attribuzione di trattamenti economici può avvenire esclusivamente mediante contratti collettivi e salvo i casi previsti dai commi 3-ter e 3-quater e le ipotesi di tutela delle retribuzioni di cui all'art. 47-bis") e ribadita dall'art. 45, comma 1 ("Il trattamento economico fondamentale ed accessorio fatto salvo quanto previsto all'art. 40, commi 3-ter e 3-quater, e all'articolo 47-bis, comma 1, è definito dai contratti collettivi"). Essa costituisce una caratteristica della contrattazione del settore pubblico, dettata da quell'esperienza fatta con la "giungla retributiva" da leggi e leggine di passata memoria che ne giustifica anche la peculiare "resistenza", prevista dal comma 3, ultimo periodo, dell'art. 2 del Tupa (come eccezione rispetto al già citato comma 2, secondo periodo), per cui le "disposizioni di legge, regolamenti o atti amministrativi che attribuiscono incrementi retributivi non previsti da contratti cessano di avere efficacia a far data dall'entrata in vigore del relativo rinnovo contrattuale".

Riserva, questa, da ritenersi esclusiva, come recita testualmente l'art. 2, comma 3, cioè tale da non permettere una regolazione unilaterale, una volta esaurita senza fortuna la procedura negoziale prevista; come invece, almeno di massima, resta possibile per ogni altra materia attribuita alla contrattazione collettiva. Ne rappresenta una conferma proprio la lista delle eccezioni contestualmente previste dagli artt. 2, comma 3, e 45, comma 1, su cui si avrà occasione

(¹¹⁷⁷) Ha trattato con profondità di analisi questi aspetti A. BOSCATI, *Il dirigente dello Stato, Contratto di lavoro e organizzazione*, Milano, 2006, *passim*.

(¹¹⁷⁸) In merito al problema accennato nel testo si veda la ricostruzione di M. BARBIERI, *Problemi costituzionali della contrattazione collettiva nel lavoro pubblico*, cit., con ogni dettaglio bibliografico.

(¹¹⁷⁹) Per un'indagine più approfondita su tutti questi profili si possono vedere i contributi raccolti in F. CARINCI-S. MAINARDI (a cura di), *La terza riforma del lavoro pubblico: commentario al d.lgs 27 ottobre 2009, n. 150, aggiornato al "collegato lavoro"*, cit., e qui specialmente i contributi di S. MAINARDI e di S. MAINARDI e A. LIMA.

di ritornare; anche se, poi, c'è da tener conto della peculiare "resistenza" contemplata dallo stesso art. 2, comma 3, penultimo periodo, che dà per valida ed efficace una sospensione temporanea di tale competenza contrattuale non solo da parte della legge, ma anche di regolamenti o atti amministrativi.

Trattasi, però, di una previsione dettata da un eccesso di preoccupazione rispetto a qualsiasi possibile esproprio eteronomo della competenza contrattuale in materia, quando la c.d. privatizzazione era minacciata dalla contro-offensiva della dottrina e della giurisdizione amministrativa. Sopravvissuta per inerzia, essa si rivela non solo inutile ma anche, per così dire, controproducente: la regolazione unilaterale dei trattamenti economici resta "privata" anche laddove permessa a' sensi degli artt. 40, comma 3-ter, e 47, comma 1; sì da dover escludere che ne possa essere una legittima di natura "pubblica" addirittura incondizionata, con l'ovvia conseguenza che ove vi fosse, sarebbe radicalmente nulla.

3. Le peculiarità della contrattazione collettiva: provvista finanziaria predeterminata *ex lege* e articolazione contrattuale assistita da efficacia reale.

Non v'è dubbio che la differenza al tempo stesso più rilevante e percepibile fra contrattazione collettiva nel settore pubblico e nel settore privato sia costituita da un qualcosa posto per così dire a monte e a valle della stessa ⁽¹¹⁸⁰⁾. C'è a monte quella provvista finanziaria che nel pubblico deve essere predeterminata con legge per tutte le amministrazioni pubbliche, previa consultazione delle rappresentanze istituzionali delle autonomie rispetto alla loro contrattazione (art. 48, commi 1 e 2); mentre nel privato riesce affidata alla relazione di forza delle parti contrapposte. Ed esiste a valle quell'efficacia generale che nel pubblico è stata salvata dalla Corte costituzionale con un vero e proprio *escamotage*; mentre nel privato rimane bloccata dalla mancata attuazione dell'art. 39, commi 2 e ss., Cost.

Il che si è riflesso sulla definizione della struttura, dei soggetti, della procedura—della contrattazione, caratterizzandola in maniera affatto peculiare. Il sistema contrattuale è articolato anche su contratti integrativi, che per quanto definiti "autonomi", devono svolgersi nel contesto preconstituito dai contratti nazionali, cui compete disciplinare i rapporti fra i livelli e stabilire le relative durate (art. 40, comma 3), nonché definire le materie, accompagnate dai relativi vincoli e limiti, le parti stipulanti, le procedure, le tempistiche delle sessioni negoziali degli integrativi (art. 40, commi 3 e 3-bis).

Dunque la distribuzione delle materie è rimessa ai contratti nazionali, ma non senza la significativa eccezione dei trattamenti economici attribuiti *ex lege* alla competenza esclusiva della contrattazione collettiva. Secondo la suddivisione di livello già collaudata nel lavoro privato, peraltro operativa nella contrattazione collettiva di comparto ma non di area dirigenziale, il livello nazionale è tenuto a farsi carico del trattamento fondamentale, con l'obiettivo di difendere il potere di acquisto, adeguandolo il più possibile al tasso di inflazione assunto a referente, che, a seguito dell'accordo interconfederale del 15 aprile 2009, sottoscritto da Confindustria e da Cisl

⁽¹¹⁸⁰⁾ Cfr. ancora, sul punto, M. BARBIERI, *Problemi costituzionali della contrattazione collettiva nel lavoro pubblico*, cit. nonché M. MARAZZA, *Il contratto collettivo di lavoro all'indomani della privatizzazione del pubblico impiego*, cit. Ma anche la sintesi di A. TOPO, *Legge e autonomia collettiva nel lavoro pubblico*, Padova, 2008.

ed Uil, ma non dalla Cgil, dovrebbe essere non più quello programmato dal Governo a' sensi del Protocollo del 23 luglio 1993, ma quello "costruito sull'IPCA (l'indice dei prezzi al consumo armonizzato in ambito europeo per l'Italia), depurato dalla dinamica dei beni energetici importati", se pur, come previsto dal successivo accordo del 30 aprile, per il pubblico impiego solo come dato di riferimento condizionato dal bilancio ⁽¹¹⁸¹⁾.

A sua volta l'integrativo è tenuto ad occuparsi del trattamento accessorio, se pur nel quadro preconstituitogli dal nazionale, con lo scopo preminente di premiare la performance organizzativa ed individuale, tanto che, ferma restando l'esplicita proibizione di "erogare trattamenti economici accessori che non corrispondano alle prestazioni effettivamente rese" (art. 7, comma 5 Tupi), deve destinare a quella individuale la sua "quota prevalente" (art. 40, comma 3 bis del Tupi ⁽¹¹⁸²⁾).

Il punto di maggior stacco fra pubblico e privato è costituito dall'essere i contratti collettivi nazionali dotati di effetti reali e non meramente obbligatori rispetto a quelli integrativi ⁽¹¹⁸³⁾. È fatto espresso divieto alle pubbliche amministrazioni di sottoscrivere integrativi tali da essere "in contrasto con i vincoli e con i limiti risultanti dai contratti collettivi nazionali", ma anche da comportare "oneri non previsti negli strumenti di programmazione annuale e pluriennale" (art. 40, comma 3-quinquies); divieto, questo, sanzionato con la nullità delle clausole difformi, cui si aggiunge una loro sostituzione ai sensi degli artt. 1339 e 1419 c.c. ⁽¹¹⁸⁴⁾.

4. L'individuazione dei soggetti legittimati.

L'individuazione dei soggetti della contrattazione collettiva non è rimessa al reciproco riconoscimento, ma predeterminata dallo stesso legislatore ⁽¹¹⁸⁵⁾. Da qui pare doversi dedurre a carico dell'Aran e delle pubbliche amministrazioni l'obbligo non solo di convocare tutte le parti sindacali legittimate ai rispettivi livelli, quando questi debbono essere attivati a' sensi di legge o di contratto; ma anche di condurre le trattative secondo buona fede, salvo esporsi al rischio di un

⁽¹¹⁸¹⁾ Si veda F. CARINCI, *Una dichiarazione d'intenti: l'Accordo quadro 22 gennaio 2009 sulla riforma degli assetti contrattuali*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2009, I, p. 177 ss.; M. RICCI, *L'accordo quadro e l'accordo interconfederale del 2009: contenuti, criticità e modelli di relazioni industriali*, *ivi*, 2009, I, p. 353 ss.; C. ZOLI, *Contratto collettivo come fonte e contratto collettivo come sistema di regole*, in F. CARINCI-M. PERSIANI (diretto da), *Trattato di diritto del lavoro, Le fonti del diritto del lavoro*, vol. I (a cura di M. PERSIANI), Padova, 2010, p. 571 ss.

⁽¹¹⁸²⁾ Per il pregresso, si può rinviare all'analisi di T. TREU, *La contrattazione collettiva nel pubblico impiego: ambiti e struttura*, in *Giornale dir. lav. e relazioni ind.*, 1994, p. 1 ss. Per l'inquadramento del tema nel contesto attuale cfr. invece ora C. ZOLI, *La struttura della contrattazione collettiva nel settore pubblico*, in L. FIORILLO-A. PERULLI (a cura di), *Il nuovo diritto del lavoro*, Torino, in corso di pubblicazione.

⁽¹¹⁸³⁾ Di recente, anche per la considerazione delle prime applicazioni giurisprudenziali, cfr. V. TALAMO, *La contrattazione integrativa dopo il d.lgs. n. 150/2009. Le prime applicazioni giurisprudenziali*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2012, p. 435 ss.

⁽¹¹⁸⁴⁾ Secondo un meccanismo già ritenuto pacifico nella giurisprudenza di legittimità per cui v. Cass. 2 maggio 2007, n. 10099, in *Giust. Civ. Mass.*, 2007, p. 5 e di merito v. Trib. Reggio Calabria 31 marzo 2005, in *Giur. Mer.*, 2005, 2785; Trib. Bologna, 6 maggio 2004, in *Lav. Pubbl. Amm.*, 2005, p. 167. In dottrina, per tutti, si rinvia a F. LUNARDON, *Le nullità nel diritto del lavoro*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2010, 3, p. 653 ss. Sull'imperfezione tecnica del richiamo delle due norme codicistiche, cfr. M. NAPOLI, *La riforma del lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni tra mortificazione della contrattazione collettiva e valutazione della performance*, in M. NAPOLI-A. GARRILLI (a cura di), *La terza riforma del lavoro pubblico tra aziendalismo e autoritarismo*, Padova, 2013, 7; V. FERRANTE, *I poteri datoriali rivisitati*, *ivi*, p. 62 ss.; A. BELLAVISTA, *Poteri del datore di lavoro pubblico*, in F. CARINCI-S. MAINARDI (a cura di), *La terza riforma del lavoro pubblico* cit., 158 ss.

⁽¹¹⁸⁵⁾ I soggetti, cioè gli attori del sistema di relazioni collettive che danno vita alle vicende della contrattazione nel settore pubblico, sono oggetto di analisi da parte di altri Autori in questo volume del Trattato. Ad essi si fa rinvio anche per ogni necessario approfondimento di carattere bibliografico.

ricorso giudiziale: per l'Aran quello ex art. 414 c.p.c., con eventuale previo utilizzo dell'art. 700 c.p.c.; per le pubbliche amministrazioni anche quello ex art. 28 St. lav.

a) A livello nazionale, da un lato del tavolo, siede l'Agenzia per la rappresentanza negoziale delle pubbliche amministrazioni (Aran) (art. 46, comma 1)⁽¹¹⁸⁶⁾; dall'altro le confederazioni sindacali «rappresentative», per gli accordi relativi alle aree dirigenziali e ai comparti o ad istituti comuni, e le organizzazioni sindacali rappresentative con le rispettive confederazioni, per i contratti di area dirigenziale e di comparto (art. 43, commi 1°, 2°, 4°)⁽¹¹⁸⁷⁾.

Qui l'innovazione è duplice rispetto al modello di cui all'art. 19, lett. a) Statuto, che al tempo costituiva il modello vigente nel privato, con la sua rappresentatività presunta in via originaria come "maggiore" a capo delle confederazioni e derivata per ciò che concerne le federazioni: la rappresentatività è effettiva in testa alle organizzazioni sindacali e derivata con riguardo alle confederazioni cui esse siano eventualmente aderenti. Così le organizzazioni sindacali accedono ai tavoli di area dirigenziale e di comparto in forza di una formula composita associativa/elettorale (art. 43, comma 1), destinata a rilevare anche in sede di calcolo della maggioranza del 50+1 % delle sigle sindacali firmatarie, richiesta per la stessa validità ed efficacia generalizzata del contratto nazionale (art. 43, comma 3). Le confederazioni intervengono, invece, negli accordi relativi alle aree dirigenziali e ai comparti o ad istituti comuni se vi siano associate organizzazioni sindacali rappresentative in almeno due aree o comparti (art. 43, comma 4); nonché, come già notato, ai contratti di area dirigenziale e di comparto se vi siano affiliate organizzazioni sindacali rappresentative in quell'area o comparto (art. 43, comma 2).

Se tale individuazione dei soggetti a livello nazionale è rimasta la stessa, la loro sorte nella esperienza attuativa si sarebbe rivelata ben diversa. La scommessa di una Agenzia dotata non solo di una sua identità giuridica ed organizzativa, ma anche di una sua autonomia "tecnica"⁽¹¹⁸⁸⁾, si sarebbe rivelata persa già in partenza, essendo come visto, la provvista finanziaria di cui disporre già predeterminata a monte con la legge apposita, se pur non senza una trattativa informale più o meno fortunata con le grandi confederazioni⁽¹¹⁸⁹⁾.

⁽¹¹⁸⁶⁾ In tema cfr. M. RICCIARDI, *La contrattazione collettiva nel pubblico impiego: le difficoltà della riforma nell'applicazione pratica*, in *Dir. lav. merc.*, 2008, p. 679 ss.; G. FONTANA, *Agenzia per la Rappresentanza Negoziabile delle pubbliche amministrazioni*, in L. FIORILLO (a cura di), *Il lavoro pubblico*, in G. AMOROSO, V. DI CERBO, A. MARESCA (a cura di), *Il diritto del lavoro*, Milano, III, 2007, p. 554; L. ZOPPOLI, *Contratto collettivo del lavoro pubblico*, cit., pp. 133-134; nonché M.T. CARINCI, *Agenzia per la rappresentanza negoziale delle pubbliche amministrazioni*, in *Digesto, sez. pubb., agg.*, 2000, p. 27 ss. tutti ovviamente con ampi riferimenti bibliografici.

⁽¹¹⁸⁷⁾ Cfr., per tutti, P. CAMPANELLA-M.T. CARINCI, *L'attuazione della legge delega «Bassanini»: Il d.lgs. 396/1997 in tema di contrattazione collettiva e rappresentatività sindacale nel pubblico impiego*, in *Lav. Pubbl. Amm.*, 1998, p. 65 ss. Ho ripercorso il cammino parallelo tra settore pubblico e settore privato in F. CARINCI Adelante Pedro, con juicio: *dall'accordo interconfederale 28 giugno 2011 al protocollo d'intesa 31 maggio 2013 (passando per la riformulazione "costituzionale" dell'articolo 19, lettera b, st.)*, in *Dir. Rel. Ind.*, 2013, p. 3.

⁽¹¹⁸⁸⁾ Così M. RICCI, *Il contratto collettivo nazionale nel lavoro pubblico: verso un suo ridimensionamento?*, in F. CARINCI-S. MAINARDI (a cura di), *La terza riforma del lavoro pubblico*, cit., p. 313 ss. e spec. p. 316.

⁽¹¹⁸⁹⁾ Di recente, per condivisibili critiche alle scelte del legislatore, cfr. M. D'ONGHIA, *I soggetti della contrattazione collettiva di parte pubblica: Comitati di settore e ARAN*, in F. CARINCI-S. MAINARDI (a cura di), *La terza riforma del lavoro pubblico*, cit., p. 367 ss.; e già L. ZOPPOLI, *La "terza volta" dell'Agenzia per la rappresentanza negoziale delle amministrazioni pubbliche. Brevi riflessioni sulla riforma dell'Aran*, in *Lav. Pubbl. Amm.*, 1999, p. 39 ss. Nonché U. ROMAGNOLI, *Art. 50*, in *AA.VV.*, *La riforma dell'organizzazione dei rapporti di lavoro e del processo nelle amministrazioni pubbliche*, cit., p.1355 ss.

E, comunque, la crescente presa del Governo in sede di contrattazione collettiva si sarebbe manifestata nella stessa evoluzione della disciplina dei comitati di settore, ora previsti nel numero massimo di quattro, con il potere di formulare atti di indirizzo sulle trattative e di esprimere pareri sulle ipotesi di accordo⁽¹¹⁹⁰⁾. Che sia il Governo a far la parte da leone è dimostrato dalla previsione da parte dell'art. 41 del Tupi, di un comitato di settore *monstrum*, con il Presidente del Consiglio ad operare come tale per tutte le amministrazioni diverse dalle Regioni e dalle autonomie locali, tramite il Ministro per la pubblica amministrazione e l'innovazione, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze; anche, se, per salvaguardare le specificità delle diverse amministrazioni e categorie di personale, gli indirizzi sono emanati sentiti i Ministri responsabili, le conferenze, le istanze rappresentative volta a volta interessate. Mentre le Regioni ne hanno sì uno per conto loro, creato nell'ambito della propria Conferenza, con riguardo anche al personale dipendente dal servizio sanitario nazionale, ma qui con la partecipazione di una rappresentante del Governo, designato dal Ministro del lavoro; e le autonomie locali ne vantano un altro, costituito nell'ambito dell'Anci e dell'Upi, con l'aggiunta dell'Unioncamere, operante anche rispetto ai segretari comunali e provinciali. Ma, comunque, i loro atti di indirizzo devono essere previamente trasmessi al Governo per una valutazione circa la loro compatibilità con la politica economica finanziaria nazionale ⁽¹¹⁹¹⁾.

Invece tutt'altra fortuna è toccata alla formula inventata per selezionare le organizzazioni sindacali titolate a prender parte alla contrattazione collettiva nazionale, perché è sopravvissuta nell'art. 43 del Tupi così come era stata pensata, se pur non senza qualche fatica nella prassi attuativa; ed è stata recentemente ripresa dagli accordi interconfederali del 28 giugno 2011 e del 31 maggio 2013 siglati fra Confindustria e Cgil, Cisl ed Uil ⁽¹¹⁹²⁾.

b) A livello integrativo, i soggetti titolati a sedere intorno al tavolo sono disciplinati dai contratti collettivi nazionali (artt. 40, comma 3-bis e 43, comma 5), non senza una doppia previsione legislativa. Da un lato, le amministrazioni possono farsi assistere dall'Aran (art. 46, comma 2) e, se Regioni a statuto speciale o province autonome, avvalersi di proprie agenzie tecniche (art. 46, comma 13); dall'altro, le RSU, elette con voto segreto e metodo proporzionale (art. 42, comma 4), sembrano investite del potere negoziale, con l'eventuale integrazione dei rappresentanti delle organizzazioni sindacali firmatarie del contratto nazionale, se ed in quanto prevista dagli appositi accordi regolanti l'istituto, almeno a stare ad un non chiarissimo dettato legislativo (art. 42, comma 7). Comunque l'art. 5, comma 3 dell'accordo collettivo quadro per la costituzione delle

⁽¹¹⁹⁰⁾ Cfr. già F. CARINCI, *Il secondo tempo della riforma Brunetta: il d.lgs. 27 ottobre 2009, n. 150*, in *Lav. pubb. amm.*, 2010, 6, p. 1067 ss., nonché in F. CARINCI, S. MAINARDI (a cura di), *La terza riforma del lavoro pubblico: commentario al d.lgs 27 ottobre 2009, n. 150, aggiornato al "collegato lavoro"*, cit., e qui spec. p. LVII ss. Ma, sulla stessa linea, cfr. anche G. D'AURIA, *La «riforma Brunetta» del lavoro pubblico*, in *Giornale dir. Amm.*, 2010, 1, p. 5 ss., e M. D'ONGHIA, *I soggetti della contrattazione collettiva di parte pubblica*, cit., p. 394-395 con ulteriori riferimenti.

⁽¹¹⁹¹⁾ Oltre a quanto osservato da M. DELFINO e L. ZOPPOLI in questo volume del Trattato, per ulteriori approfondite valutazioni si può rinviare a M. DELFINO, *Comitati di settore e rappresentanza negoziale delle amministrazioni pubbliche*, in L. ZOPPOLI (a cura di), *Ideologia e tecnica nella riforma del lavoro pubblico*, Napoli, 2009, p. 191 ss., e M. D'ONGHIA, *I soggetti della contrattazione collettiva di parte pubblica: Comitati di settore e Aran*, in F. CARINCI-S. MAINARDI (a cura di), *La terza riforma del lavoro pubblico*, Milano, 2011, p. 367 ss.

⁽¹¹⁹²⁾ Cfr. M. D'ANTONA, *Lavoro pubblico e diritto del lavoro: la seconda privatizzazione del pubblico impiego nelle leggi Bassanini*, in *Lav. Pubbl. Amm.*, 1998, p. 35 ss. Per una analisi di questi profili si può vedere anche la sintesi di R. SOLOPERTO, *La contrattazione collettiva nel settore pubblico*, in U. CARABELLI-M.T. CARINCI (a cura di), *Il lavoro pubblico in Italia*, cit., spec. p. 326 ss.

rappresentanze sindacali unitarie per il personale dei comparti delle pubbliche amministrazioni, prevede che “Nella contrattazione collettiva integrativa i poteri e le competenze contrattuali vengono esercitate dalle RSU e dai rappresentanti delle organizzazioni sindacali di categoria firmatarie del relativo CCNL di comparto”, senza peraltro precisare, al pari del dettato legislativo di riferimento, come pesino le RSU e le singole organizzazioni sindacali ai fini dell’approvazione dei testi negoziali ⁽¹¹⁹³⁾.

Il che con riguardo all’elezione delle RSU anticipa ancora una volta quanto previsto nel settore privato dai citati accordi interconfederali, per il passaggio al metodo proporzionale puro, con conseguente abbandono del criterio del terzo riservato; ma non senza un significativo distinguo: qui c’è la compresenza di RSA e RSU (art. 42, commi 2 e 3), mentre là c’è la temporanea esistenza alternativa di RSA e RSU, ma in vista di una definitiva presenza esclusiva delle RSU; qui è esplicitamente prevista la possibilità di una partecipazione delle organizzazioni sindacali territoriali, mentre là non lo è almeno per ora.

5. La determinazione dei procedimenti negoziali.

La procedura non viene lasciata alla codeterminazione delle parti, se non nella misura esplicitamente prevista.

a) A livello nazionale essa è stata oggetto di una continua e tormentata rivisitazione legislativa circa il *quantum* di autonomia da lasciare alle parti contraenti almeno nella distribuzione delle risorse finanziarie già predeterminate, si è assestata nella riforma Brunetta su una disciplina che rafforza il controllo “interno” del Governo e conferma il controllo “esterno” della Corte dei Conti. Una volta approvata l’ipotesi di accordo con la prescritta maggioranza del 50%+1, occorre che l’Aran, prima, acquisisca i pareri favorevoli di quei Comitati di settore in cui, come detto, è proprio il Governo a far la parte del leone; poi, trasmetta la quantificazione dei relativi costi alla Corte dei conti, per ottenerne una certificazione positiva, esplicita o tacita per decorrenza del termine di quindici giorni, della loro attendibilità e compatibilità con gli strumenti di programmazione e di bilancio, senza la quale non può procedere alla sottoscrizione definitiva, ma deve riaprire la trattativa in vista di una nuova ipotesi di accordo (art. 47).

b) A livello integrativo, la procedura è stata ancor più rimaneggiata, con una crescente diffidenza per una deriva travalicante ogni limitazione di competenza e di spesa, fino a rendere comprensibile, se pur non sempre giustificabile, la rigida stretta data dalla riforma Brunetta. Per quanto la sua regolazione sia rimessa esplicitamente ai contratti collettivi nazionali (artt. 40, comma 3-bis, e 43, comma 5), la legge interviene a modularla distintamente a seconda della natura e della dimensione delle amministrazioni pubbliche, ma sempre in vista di una previa

⁽¹¹⁹³⁾ Sul punto si può rinviare alla più completa analisi del tema svolta, alcuni anni or sono, da P. CAMPANELLA, *Rappresentatività sindacale. Fattispecie ed effetti*, Milano, 2000. Più di recente, rispetto al problema che ci occupa in questa sede, cfr. A. ALAIMO, *La contrattazione collettiva nel settore pubblico tra vincoli, controlli e “blocchi”: dalla “riforma Brunetta” alla “manovra finanziaria” 2010*, cit.

attività di controllo interna e/o esterna sulla compatibilità economico-finanziaria dei testi negoziali (art. 40-bis, commi 1 e 2) ⁽¹¹⁹⁴⁾.

Data la complessità della procedura negoziale era possibile, anzi frequente, addivenire ad una situazione di “stallo”, comportante un rinvio *sine die* dei rinnovi⁽¹¹⁹⁵⁾; cosa a cui la riforma Brunetta pensa di rimediare, col concedere alla controparte pubblica una facoltà di regolazione provvisoria da esercitare con riguardo ai comparti, pure in presenza della riserva esclusiva prevista a favore della contrattazione collettiva ⁽¹¹⁹⁶⁾. Così lo stesso art. 2, comma 3, terzo periodo, dopo aver previsto che l’“attribuzione dei trattamenti economici può avvenire esclusivamente mediante contratti collettivi”, fa salvi “i casi previsti dal comma 3 ter ... dell’art. 40 e le ipotesi di tutela delle retribuzioni di cui all’art. 47 bis” ⁽¹¹⁹⁷⁾.

Con riguardo al livello nazionale, l’art. 47 bis sancisce che, qualora sia decorso un periodo di sessanta giorni dall’entrata in vigore della legge finanziaria di autorizzazione alla spesa da sostenersi per il rinnovo dei contratti di comparto e d’area, “gli incrementi previsti per il trattamento stipendiale possono essere erogati in via provvisoria previa deliberazione dei rispettivi comitati di settore, sentite le organizzazioni sindacali rappresentative, salvo conguaglio all’atto della stipulazione dei contratti collettivi nazionali di lavoro”. E, con rispetto al livello integrativo, l’art. 40, al suo comma 3 bis, stabilisce che, una volta scaduto il termine fissato dal contratto nazionale per lo svolgimento del negoziato decentrato, entrambe “le parti riassumono le rispettive prerogative e libertà di iniziativa e decisione”. Poi, però, al suo comma 3 ter, prevede che, qualora non sia concluso l’accordo, l’amministrazione interessata non può procedere da sola in via definitiva, ma solo “provvedere in via provvisoria, sulle materie oggetto del mancato accordo, fino alla successiva sottoscrizione”. Ne emerge un contrasto fra l’uno e l’altro comma circa lo scenario aperto dallo stallo negoziale, che sembrerebbe possibile risolvere distinguendo il rispettivo contesto applicativo: il comma 3 bis interesserebbe il trattamento normativo, a quel punto modificabile definitivamente; mentre il comma 3 ter riguarderebbe il trattamento economico, a quel momento rivedibile solo provvisoriamente.

⁽¹¹⁹⁴⁾ Vedi ora, anche per un riepilogo dei problemi ancora sul tappeto, le riflessioni di A. VISCOMI, *Lost in transition: la contrattazione integrativa nelle pubbliche amministrazioni tra riforme incompiute e crisi emergenti*, in *Lav. Pubbl. Amm.*, 2013, p. 249 ss.

⁽¹¹⁹⁵⁾ Per la illustrazione dei vizi (e di qualche virtù) del modello, sia pure da altra angolazione rispetto a quella del testo cfr. A. BELLAVISTA, *La figura del datore di lavoro pubblico*, in *Giornale dir. lav. e relazioni ind.*, 2010, p. 136 ss. Ma cfr. anche R. SOLOPERTO, *La contrattazione collettiva nazionale e integrativa*, in M. TIRABOSCHI, F. VERBARO (a cura di), *La nuova riforma del lavoro pubblico*, Milano, 2009, spec. p. 422 ss.

⁽¹¹⁹⁶⁾ Per l’analisi di questi profili rispetto alla disciplina attuale cfr. ancora A. ALAIMO, *La contrattazione collettiva nel settore pubblico tra vincoli, controlli e “blocchi”: dalla “riforma Brunetta” alla “manovra finanziaria” 2010*, cit.; G. NATULLO-P. SARACINI, *Vincoli e ruoli della contrattazione integrativa*, in L. ZOPPOLI, *Ideologia e tecnica*, cit., p. 61 ss.; V. TALAMO, *La riforma del sistema di relazioni sindacali nel lavoro pubblico*, in *WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”.IT*, n. 96/2010; e ancora A. VISCOMI, *La contrattazione collettiva nazionale*, in L. ZOPPOLI, *Ideologia e tecnica*, cit., p. 41 ss.

⁽¹¹⁹⁷⁾ Sugli aspetti considerati nel testo rinvio in ogni caso ai contributi raccolti in F. CARINCI-S. MAINARDI (a cura di), *La terza riforma del lavoro pubblico: commentario al d.lgs. 27 ottobre 2009, n. 150, aggiornato al “collegato lavoro”*, cit. e in particolare: F. CARINCI, *Il secondo tempo della riforma Brunetta: il d.lgs. 27 ottobre 2009, n. 150*; M. RICCI, *Il contratto collettivo nazionale nel lavoro pubblico: verso il suo ridimensionamento?*; M. D’ONGHIA, *I soggetti della contrattazione collettiva di parte pubblica: Comitati di settore e ARAN*; V. PASQUARELLA, *L’interpretazione autentica dei contratti collettivi è ancora una prerogativa esclusiva delle parti stipulanti?*; V. PASQUARELLA, *L’art. 63 D. Lgs. n. 150/2009: una norma “ricognitiva”, ma “dinamica”*; A. TOPO, *La contrattazione integrativa*; G. ZILIO GRANDI, *I controlli sulla contrattazione integrativa*.

Ora la previsione di una regolazione, che per il rinnovo dei contratti di comparto e di area non è neppure condizionata da un mancato accordo, con la quale si anticipa l'applicazione di trattamenti unilateralmente determinati è destinata a perturbare la mobilitazione sindacale, sedandola, col soddisfare una parte della richiesta o anche stimolandola, con l'alimentare l'aspettativa della parte residua ⁽¹¹⁹⁸⁾.

6. La discriminante costituita dall'efficacia.

Tutto questo porta a riproporsi la domanda relativa alla natura o *rectius* qualificazione del contratto collettivo nell'impiego pubblico privatizzato, che ha affaticato e diviso la dottrina fin dalla sua prima entrata in scena nella versione originaria del d.lgs. n. 29/1993 ⁽¹¹⁹⁹⁾.

Ora, è cosa ben nota che tale domanda non ha trovato una risposta unanime neppure per il contratto collettivo nel lavoro privato, dove continua sì a prevalere la sua ricostruzione come contratto c.d. di diritto comune, ma non senza una posizione minoritaria specie nella dottrina giuspubblicista a favore di una sua configurazione come "fonte di diritto", peraltro declinata con più di una variante. Qui, però, la qualificazione riveste una particolare importanza in quanto propedeutica all'efficacia, che una volta optatosi per la figura del contratto collettivo c.d. diritto comune, resta di per sé confinata alle parti stipulanti, per sé e per i loro rappresentati, secondo la tesi mantenuta ferma della giurisprudenza costituzionale ed ordinaria in virtù della mancata attuazione dell'art. 39, commi 2 ss., Cost.

Si è sostenuto che siffatta preclusione varrebbe solo per la contrattazione di categoria, facendo appello alla lettera del comma 4, dell'art. 39 Cost., ma senza tener conto del fatto che riferire la parola "categoria" unicamente alla dimensione nazionale, così come poteva fare un'assemblea costituente cui quella sola era nota, comporterebbe una duplice conseguenza perlomeno discutibile: considerare esclusa dal comma 4 la stessa contrattazione territoriale decentrata, ancor prima di quella aziendale; ignorare tutta l'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale circa la nozione stessa di "categoria", estesa fino a ricomprendere qualsiasi *bargaining unit* individuata dall'autonomia collettiva consacrata dal comma 1.

Certo la figura del contratto collettivo c.d. di diritto comune è stata sottoposta una pressione esterna da parte di una crescente alluvione legislativa che in forza di una mera selezione delle organizzazioni sindacali stipulanti, prima come "maggiormente rappresentative" poi come "comparativamente più rappresentative", l'ha delegato ad integrare, supplire, derogare la legge, sì da riproporre il problema di una sua efficacia estesa *ultra partes*. Non è certo la sede per entrare nel merito ⁽¹²⁰⁰⁾, ma solo di puntualizzare che il possibile contrasto coll'art. 39, comma 2 ss. è

⁽¹¹⁹⁸⁾ Sulla finalizzazione delle risorse e, più genericamente, sui rapporti tra legge, contrattazione nazionale e contrattazione integrativa si può rinviare anche alla analisi svolta da S. MAINARDI, *Legge 15/2009 e decreti di attuazione: il rapporto fra fonte legislativa e contrattazione collettiva nazionale e integrativa*, in G. ZILIO GRANDI (a cura di), *Il lavoro negli Enti Locali: verso la riforma Brunetta*, Giappichelli, Torino, 2009, p. 1 ss.

⁽¹¹⁹⁹⁾ Per l'inquadramento del problema teorico-dogmatico, nei suoi diversi profili e con le sue ricadute, rinvio ancora alle due più importanti trattazioni monografiche in tema: M. MARAZZA, *Il contratto collettivo di lavoro all'indomani della privatizzazione del pubblico impiego*, cit.; M. BARBIERI, *Problemi costituzionali della contrattazione collettiva nel lavoro pubblico*, cit., entrambe ovviamente con abbondanti riferimenti alla dottrina e alla giurisprudenza che ha affrontato i problemi accennati nel testo.

⁽¹²⁰⁰⁾ Sul problema della natura del contratto collettivo nel settore pubblico privatizzato in relazione a quello del settore privato si possono vedere, in ogni caso, dagli anni novanta del secolo scorso ad oggi G.U. RESCIGNO, *Rapporto di diritto privato speciale o rapporto*

stato tenuto ben presente dalla dottrina, la quale ha cercato o di escludere o di ricondurre ad altra concausa tale efficacia: il legislatore, che avrebbe “assunto” il contratto come mero “fatto”, cui ricollegare indirettamente l’effetto; o il datore, che avrebbe “subito” il contratto quale limite esterno all’esercizio del suo potere direttivo, cui ricondurre direttamente lo stesso effetto.

Lo stesso si può dire per la Corte costituzionale, che non si è trattenuta dal rigettare più volte le eccezioni di costituzionalità sollevate per violazione dell’art. 39, comma 4, perché, una volta ribadito che solo la sua attuazione potrebbe legittimare una contrattazione collettiva con efficacia *erga omnes*, ha sempre trovato un qualche *escamotage* idoneo ad escludere l’illegittimità delle norme impugnate. Per limitarsi qui ai casi più significativi, ci sono da ricordare Corte cost. n. 268/1994 ⁽¹²⁰¹⁾ e Corte cost. n. 344/1996 ⁽¹²⁰²⁾ a riprova di una capacità manipolativa, dettata da un comprensibile *self-restraint* rispetto ad una scelta parlamentare qualificante ed attuata secondo un modello mutuato dalla stessa dottrina. Corte cost. n. 268/1994 vede il rinvio operato dall’art. 5, comma 1, della l. n. 223/1991 ai contratti collettivi sui criteri di scelta dei lavoratori da collocare in mobilità, sottoscritti *in primis* dalle RSA costituite a norma dell’art. 19 St. lav., nei termini di un potere datoriale originariamente libero, ma poi regolato negozialmente, sì da essere esercitato con un atto unilaterale vincolato nel contenuto, ma pur sempre quello cui ricondurre *in toto* l’effetto obbligatorio nei riguardi di tutto il personale. Mentre, a sua volta, Corte cost. n. 344/1996, seguendo un percorso simile, legge il ricorso effettuato dall’art. 2, comma 2, l. n. 146/1990 agli accordi aziendali in tema di prestazioni indispensabili conclusi con le rappresentanze aziendali o le rappresentanze del personale per dare attuazione ai contratti di categoria o ai contratti di comparto, nei termini di mero presupposto di un potere datoriale esercitabile tramite un regolamento che, se pur conforme nel contenuto agli accordi attuativi, rimane di per sé solo produttivo dell’effetto vincolante nei confronti dell’intero organico ⁽¹²⁰³⁾.

Solo che il legislatore dell’originario d.lgs. n. 29/1993 aveva sì assunto a termine di riferimento un nuovo sistema delle fonti costruito a ricalco di quello del settore privato, cioè basato sulla legislazione del lavoro e sulla contrattazione collettiva c.d. di diritto comune. Ma un ricalco praticabile solo alla lontana, per il persistente carattere pubblico del datore di lavoro, che lo vincolava all’osservanza di rigidi vincoli finanziari e lo obbligava all’applicazione di trattamenti comuni ed omogenei per tutti i suoi dipendenti. Sicché *in primis* si trattava di assicurare *ex lege* un’efficacia soggettiva generalizzata a tale contrattazione collettiva senza entrare in collisione diretta ed esplicita con la carta fondamentale; cosa non facile perché non sembrava possibile escludere in partenza l’applicabilità dell’art. 39, comma 4, Cost. all’impiego pubblico privatizzato, senza esporsi al rischio di ricadere *in toto* sotto l’art. 97, comma 1 (ora comma 2) Cost., che sembrava riservare solo ed esclusivamente alla legge una organizzazione dei pubblici uffici

di diritto pubblico speciale?, *Lav. Dir.*, 1993, p. 553 ss.; S. SCIARRA, *Natura e funzioni del contratto collettivo*, in *Giornale dir. lav. e relazioni ind.*, 1993, p. 485 ss.; M. D’ANTONA, *Autonomia negoziale, discrezionalità e vincolo di scopo nella contrattazione collettiva delle pubbliche amministrazioni*, *Arg. Dir. Lav.*, 1996, p. 35 ss.; M. RUSCIANO, *La riforma del lavoro pubblico: fonti della trasformazione e trasformazione delle fonti*, cit. p. 69 ss.; M. GRANDI, *La posizione del contratto collettivo nell’impiego pubblico privatizzato*, in *Scritti in onore di Matteo Dell’Olio*, Torino, 2008, p. 704 ss.

⁽¹²⁰¹⁾ In *Foro It.*, 1994, I, c. 2307.

⁽¹²⁰²⁾ In *Giur. Cost.*, 1996, p. 3833, con nota di A. VALLEBONA.

⁽¹²⁰³⁾ Si veda almeno M. D’ANTONA, *Il quarto comma dell’art. 39 Cost., oggi*, in *Giornale dir. lav. e relazioni ind.*, 1998, p. 665 ss. con la recente rilettura di B. CARUSO, *Nella bottega del maestro: "Il quarto comma dell’art. 39 della Costituzione, oggi" (sapere, tecnica e intuizione nella costruzione di un saggio)*, in *Giornale Dir. Lav. e Rel. Ind.*, 2009, 1, p. 53 ss.

ritenuta comprensiva della disciplina degli addetti, sì da escludere qualsiasi competenza della contrattazione collettiva.

7. Efficacia soggettiva ed oggettiva: nei confronti delle pubbliche amministrazioni.

Come, dunque, assicurare al contratto collettivo quella efficacia generale necessaria ad un'amministrazione pubblica per applicare la stessa disciplina a tutta la sua forza lavoro, senza tradire la natura privatistica del contratto stesso e senza entrare in contrasto con l'art. 39, comma 4 Cost.? Lo si è cercato di fare per via di una triplice formula, rimasta poi immodificata: a) quella che assegna all'Agenzia la rappresentanza legale di tutte le pubbliche amministrazioni per la contrattazione nazionale (art. 50, comma 1, d.lgs. n. 29/1993, ora 46, comma 1, T.U.); b) quella che impegna le pubbliche amministrazioni ad adempiere "agli obblighi assunti con i contratti collettivi nazionali o integrativi" (art. 45, comma 9, d.lgs. n. 29/1993, ora art. 40, comma 4, T.U.); c) quella che vincola le pubbliche amministrazioni a garantire ai propri dipendenti «parità di trattamenti contrattuali e comunque trattamenti non inferiori a quelli prescritti dai contratti collettivi» (art. 49, comma 2, d.lgs. n. 29/1993, ora art. 45, comma 2, T.U.) ⁽¹²⁰⁴⁾.

Senza dubbio una strumentazione in eccesso, che di per sé testimonia la preoccupazione del primo legislatore, ma rivela una opportunità perché tale da offrire ad una Corte costituzionale eventualmente simpatetica una possibilità di scelta, che appunto farà propria nella sentenza n. 309/1997. Qui essa sembra dare implicitamente per scontata la legittimità "dell'intera procedura di contrattazione", che di per sé rinvia ad una lettura di temperamento degli artt. 39 e 97, comma 1 (ora comma 2), Cost. Naturalmente è consapevole che ogni operazione ermeneutica non può superare certi limiti, specie se posti e riproposti dalla sua stessa consolidata giurisprudenza; sicché ritiene di poter utilizzare la chiave fornita dal temperamento fra l'uno e l'altro articolo per "recuperare" nel pubblico impiego "privatizzato" il principio della libertà di organizzazione sindacale di cui all'art. 39, comma 1, ma non anche il procedimento costitutivo dell'efficacia *erga omnes* del contratto collettivo di cui all'art. 39, comma 2 ss., Cost. E, così, con un esercizio ulteriore e rafforzato di *self-restraint*, asseconda il tentativo del legislatore di bypassare il "blocco" costituzionale, con una strumentazione *ad hoc*, diretta a conferire, comunque al contratto collettivo quell'efficacia generale, esclusa dalla mancata attuazione dell'art. 39, comma 2 ss., ma richiesta dalla corretta applicazione degli stessi criteri di imparzialità e di buon andamento di cui all'art. 97, comma 1 (ora comma 2), Cost.

La Corte, però, non privilegia la scelta di cui *sub a)*, condivisa nella precedente sentenza n. 359/1993 ⁽¹²⁰⁵⁾, quando a proposito della costituzione di una apposita Agenzia dotata di rappresentanza legale generale, aveva considerato corretta la "imputazione dell'attività di

⁽¹²⁰⁴⁾ Sulle questioni connesse all'efficacia oggettiva del contratto collettivo del settore pubblico si vedano almeno le analisi svolte da L. NOGLER-C. ZOLI, *Efficacia del contratto collettivo e parità di trattamento*, in F. CARINCI-M. D'ANTONA (diretto da), *Il lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni*, Commentario, Milano, 2000, II, p. 443 ss., e R. SANTUCCI, *Parità di trattamento, contratto di lavoro e razionalità organizzative*, Torino, 1997, p. 189 ss.; da altra angolazione, ma con riflessioni di più largo respiro, anche L. Nogler, *Il contratto collettivo nel prisma dell'accertamento pregiudiziale ex art. 68-bis d.lgs n. 80/1998*, in *Giornale dir. lav. e relazioni ind.*, 85, p. 2000, 1 ss.; e M. RICCI, *L'efficacia del contratto collettivo*, in F. CARINCI-L. ZOPPOLI (a cura di), *Diritto del lavoro*, Commentario, *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, cit., p. 1472 ss.

⁽¹²⁰⁵⁾ In *Foro It.*, 1993, I, c. 3219.

contrattazione ad un unico organismo tecnico”, con l’ovvia conseguenza di un’efficacia estesa a tutte le amministrazioni pubbliche soggette alla riforma. Non lo fa, forse anche perché quello della rappresentanza legale le è sembrato un argomento un po’ forzante: sia rispetto all’art. 39, comma 1, in quanto tale da limitare la libertà sindacale delle pubbliche amministrazioni, nonostante il suo “precedente” costituito da Corte cost. n. 1/1960, in tema di “distacco” delle pp.ss. dalla Confindustria; sia riguardo all’art. 39, comma 4, in quanto tale da ricondurre pur sempre ad una procedura negoziale diversa da quella ivi prevista la efficacia generale ⁽¹²⁰⁶⁾. Ma, viene da pensare, soprattutto perché siffatto argomento le è apparso comunque spendibile solo con riguardo alla contrattazione condotta dall’Agenzia, cioè quella nazionale ⁽¹²⁰⁷⁾.

È in ogni caso comprensibile che la Corte scarti l’opzione *sub c)*, dato che neppure il suo discutibile accoppiamento fra l’obbligo principale di garantire “parità di trattamenti contrattuali” e quello sussidiario di assicurare “comunque trattamenti non inferiori a quelli prescritti dai contratti collettivi” (art. 49, comma 2 d.lgs. n. 29/1993, ora art. 45, 2 c.), poteva servire alla bisogna. Preso alla lettera, il testo pare riguardare l’applicazione dei contratti collettivi da parte delle Amministrazioni, da farsi secondo una regola valida per il lavoro privato, cioè quella di assicurare trattamenti economici e normativi “non inferiori”, sì da considerarli derogabili *in melius*; ma certo non altrettanto valida per l’impiego pubblico “privatizzato”.

Fatto sta che la Corte opta per la soluzione di cui *sub b)*, per cui le pubbliche amministrazioni sono vincolate *ex lege* all’osservanza dei contratti nazionali ed integrativi, considerandola compatibile con il dettato costituzionale, in forza di una distinzione tracciata fra “quell’efficacia *erga omnes* conferita dall’art. 39, quarto comma, Cost. ai contratti stipulati dalle associazioni sindacali in possesso di determinate caratteristiche” e “le conseguenze che derivano, per un verso, dal vincolo di conformarsi imposto alle amministrazioni e, per altro, dal legame che avvince il contratto individuale al contratto collettivo”. Sicché ritiene di poter concludere che “l’applicazione del contratto collettivo deriva non già da una generale previsione di obbligatorietà di questo, bensì dal suindicato dovere gravante sulle pubbliche amministrazioni” ⁽¹²⁰⁸⁾.

Insomma, a stare alla Corte, una cosa sarebbe l’efficacia *erga omnes* derivabile dall’“interno”, cioè dalla stessa procedura di contrattazione, come in forza dell’art. 39, comma 4 Cost.; ed una cosa del tutto diversa sarebbe, invece, l’efficacia generale deducibile – dall’esterno – da un dovere di comportamento fissato *ex lege* a carico delle amministrazioni nei confronti di tutti i loro dipendenti. E, con una qual sorta di concentrazione di quella variegata strumentazione utilizzata dal legislatore per cercare di porre l’efficacia generale della contrattazione collettiva al riparo da un’eccezione di incostituzionalità, la Corte considera la scelta *sub b)* come funzionale a quella *sub c)*, nel senso che l’imposizione di un obbligo *ex lege* all’osservanza dei contratti nazionali ed integrativi rappresenta “a sua volta la premessa per realizzare la garanzia della parità di trattamento contrattuale, affermata dall’art. 49, comma 2, del decreto legislativo n. 29 del 1993

⁽¹²⁰⁶⁾ Cfr. M. RICCI, *L’efficacia del contratto collettivo*, in F. CARINCI-L. ZOPPOLI (a cura di), *Diritto del lavoro, Commentario, Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, cit., p. 1477 ss.

⁽¹²⁰⁷⁾ Cfr. ancora L. NOGLER-C. ZOLI, *Efficacia del contratto collettivo e parità di trattamento*, in F. CARINCI-M. D’ANTONA (diretto da), *Il lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni, Commentario*, Milano, 2000, II, p. 453 ss.

⁽¹²⁰⁸⁾ Vedi ancora M. RICCI, *L’efficacia del contratto collettivo*, in F. CARINCI-L. ZOPPOLI (a cura di), *Diritto del lavoro, Commentario, Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, cit.

e rafforzata dall'ultima parte della norma stessa, che impone di assicurare 'trattamenti non inferiori a quelli previsti dai rispettivi contratti collettivi'.

Niente da dire, se non che risulta a tutt'oggi una ricostruzione forzata, poco condivisibile da una prospettiva "tecnica", perché trattasi sempre di un'efficacia estesa all'intera unità contrattuale interessata, a prescindere dalla regola aurea privatistica della rappresentanza volontaria: per la contrattazione nazionale tutte le amministrazioni e tutti i dipendenti del comparto o area dirigenziale; per la contrattazione integrativa, l'amministrazione o una sua sede e tutti i lavoratori ivi occupati; e come tale equiparabile a quella efficacia *erga omnes* conseguibile a' sensi dell'art. 39, commi 2 ss., in forza della peculiare procedura ivi prevista. Una volta abbracciata la soluzione *sub b)*, la sopravvivenza delle altre due contemplate *sub a)* e *sub c)* non è sembrata meritare troppa attenzione almeno ai fini dell'efficacia generale, neppure per verificare la conciliabilità operativa di tutte e tre.

Come detto, una ricostruzione forzata da una prospettiva "tecnica", ma pur sempre condivisa al tempo da una prospettiva "politica", fatta propria dalla Corte all'alba stessa di una riforma giudicata come non solo opportuna, ma anche necessaria (¹²⁰⁹). Una volta attribuita alla discrezionalità del legislatore la predisposizione della miscelatura ottimale fra le "fonti" regolatrici dell'impiego pubblico privatizzato, non poteva certo arrestarsi a mezza strada, col negare alla contrattazione collettiva quell'efficacia generalizzata resa indispensabile dalla stessa natura del datore di lavoro.

8. (Segue): nei confronti dei dipendenti.

Peraltro, la Corte sembra ritenere che la scelta fatta sia parziale, cioè valida per le pubbliche amministrazioni, ma non per i dipendenti. E per renderla completa, afferma che "sul versante della posizione soggettiva del dipendente è, poi, agevole osservare come quest'ultimo rinviene nel contratto individuale di lavoro – che sostituisce ad ogni effetto l'atto di nomina – la fonte regolatrice del proprio rapporto: l'obbligo di conformarsi, negozialmente assunto, nasce proprio dal rinvio alla disciplina collettiva contenuto in tale contratto". Ma, poi, tenuto conto, che questo non può valere per il personale già in servizio, non assunto per contratto, continua col dire: "In altri termini, per effetto della privatizzazione dei rapporti, la prestazione e le condizioni contrattuali della stessa trovano la loro origine, non già in una formale investitura, bensì nell'aver il singolo dipendente accettato che il rapporto di lavoro si instauri (o prosegua) secondo regole definite, almeno in parte, nella sede della contrattazione collettiva". Col che, sotto forma di una mera riformulazione, arriva a precisare come sia sufficiente il fatto di aver accettato di essere sottoposto al regime collettivo applicato anche col mero comportamento concludente espresso anche nel prosieguo di un rapporto iniziato con un atto di nomina (¹²¹⁰).

(¹²⁰⁹) Cfr. M. RICCI, *L'efficacia del contratto collettivo*, in F. CARINCI-L. ZOPPOLI (a cura di), *Diritto del lavoro, Commentario, Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, cit., p. 1479 ss.

(¹²¹⁰) Assai significativo è richiamare la posizione del tutto consonante assunta dalla Corte di Cassazione (si veda da ultimo Cass. 4 settembre 2012, n. 14830, da cui è tratto il virgolettato che segue): "il sistema attuale di cui al D.Lgs. n. 165 del 2001, art. 40, comma 4, pone a carico solo delle pubbliche amministrazioni il dovere di osservare le disposizioni dei contratti collettivi, per cui in virtù di questa previsione e di quella contenuta nel D.Lgs. n. 165 del 2001, art. 45, comma 1 (il trattamento economico fondamentale ed accessorio è definito dai contratti collettivi), si assicura un'efficacia *erga omnes* del contratto collettivo del settore pubblico: infatti,

Così la fonte dell'efficacia generale della contrattazione sarebbe sì riconducibile ad un obbligo di osservarla, ma distinto e diverso: per le amministrazioni *ex lege*; e per i lavoratori *ex contractu*, assunto all'inizio con lo stesso contratto di assunzione o in seguito con un comportamento concludente. Ciò, però, non era strettamente necessario, perché, una volta configurato a capo delle amministrazioni l'obbligo *ex lege*, queste non avrebbero potuto né instaurare né continuare rapporti non regolati a' sensi dei contratti collettivi vigenti; sì da legittimarle a pretendere una conformazione incondizionata alla disciplina collettiva vigente da parte dei concorrenti ad un posto o dei dipendenti, senza bisogno di chiamare in causa la finzione di una loro adesione volontaria.

Solo che, a questo punto, il risultato raggiunto dalla Corte sembra non dissimile da quello che avrebbe ottenuto abbracciando la soluzione *sub a)* della rappresentanza legale dell'Aran in sede di contrattazione nazionale. Anche qui la Corte finisce, infatti, per spiegare l'efficacia generale del contratto collettivo con riguardo esclusivo alle pubbliche amministrazioni, lasciando, pertanto, scoperto il versante dell'*erga omnes* nei confronti dei lavoratori, al punto da richiedere per esso una spiegazione aggiuntiva. Tuttavia, l'aver utilizzato a tale scopo una finzione di un'adesione volontaria dei singoli dipendenti, ha comportato l'ulteriore complicazione, scaricata sulla dottrina e sulla giurisprudenza, di dover argomentare la effettiva dinamica e natura della efficacia generale, distinguendo fra le due possibili ipotesi, date dalla presenza o dall'assenza, nei contratti individuali, di clausole di c.d. rinvio mobile alla contrattazione collettiva.

Se la prima ipotesi, destinata a divenire quella a regime, non presentava alcuna particolare difficoltà, la seconda, propria della fase di transizione, finiva per porre tutta una problematica relativa ad una eventuale dissidenza. *Bon gré, mal gré*, una volta richiesta una adesione volontaria per comportamento concludente, veniva implicitamente data per scontata la legittimità di un'eventuale chiamata fuori dalla nuova disciplina negoziale, con l'ulteriore complicazione che, se questa fosse stata fatta in maniera collettiva, avrebbe chiamato in causa la stessa libertà di azione sindacale garantita dagli artt. 39, comma 1, e 40 Cost. ⁽¹²¹¹⁾.

La discussione sulla dinamica dell'efficacia generale nell'ipotesi di assenza nei contratti individuali di clausole di rinvio mobile alla contrattazione collettiva è ormai una discussione consegnata al passato; non altrettanto può dirsi per quella della natura di tale efficacia, obbligatoria o reale,

l'estensione della contrattazione ai lavoratori deriva da quest'obbligo di legge e dall'obbligo di garantire la parità di trattamento di tutti i dipendenti previsto dal D.Lgs. n. 165 del 2001, art. 45, comma 2. A tal riguardo è interessante rilevare che già con riferimento al testo previgente di cui al D.Lgs. n. 29 del 1993, art. 45, commi 2, 7 e 9 e art. 49, comma 2, pressoché analogo al D.Lgs. n. 165 del 2001, art. 40, comma 4, la Corte Costituzionale, con sentenza del 16/10/1997, n. 309, aveva affermato che "è infondata la questione di legittimità costituzionale del D.Lgs. 3 febbraio 1993, n. 29, art. 45, commi 2, 7 e 9 e art. 49, comma 2, nella parte in cui impongono alle amministrazioni pubbliche di osservare i contratti collettivi, stipulati con le confederazioni e con le organizzazioni maggiormente rappresentative sul piano nazionale e nell'ambito del comparto, di garantire parità di trattamento e comunque di non applicare trattamenti inferiori a quelli previsti dai contratti collettivi, in riferimento all'art. 39 Cost.". Sul versante della posizione soggettiva del dipendente la stessa Corte Costituzionale ha affermato, attraverso la summenzionata sentenza, che è agevole osservare come quest'ultimo rinvii nel contratto individuale di lavoro, che sostituisce ad ogni effetto l'atto di nomina, la fonte regolatrice del proprio rapporto: l'obbligo di conformarsi, negozialmente assunto, nasce proprio dal rinvio alla disciplina collettiva contenuto in tale contratto. In altri termini, *per effetto della privatizzazione dei rapporti, la prestazione e le condizioni contrattuali della stessa trovano la loro origine, non già in una formale investitura, bensì nell'aver il singolo dipendente accettato che il rapporto di lavoro si instauri (o prosiga) secondo regole definite, almeno in parte, nella sede della contrattazione collettiva"* (il corsivo è nostro).

⁽¹²¹¹⁾ In tema P. CAMPANELLA, *Rappresentatività sindacale: fattispecie ed effetti*, cit., p. 298 ss., spec. pp. 300-301.

nell'ipotesi di presenza nei contratti individuali di dette clausole. Certo la prassi è tutta per la natura reale, ma la teoria fa ancora fatica a darne ragione, perché il rinvio di cui all'art. 2, comma 1 del Tupa è limitato alle "disposizioni del capo I, titolo II, del libro V del codice civile", sì da lasciar fuori, l'art. 2077⁽¹²¹²⁾, costringendo a ripiegare su quell'art. 2113⁽¹²¹³⁾ interpretato come il suo erede nel compito di assicurare la sostituzione di diritto delle "clausole difformi" dei contratti individuali⁽¹²¹⁴⁾.

Ora c'è da osservare come l'art. 2, comma 3 preveda che "I rapporti di lavoro (...) sono regolati contrattualmente", per poi precisare che "i contratti individuali devono conformarsi ai principi di cui all'art. 45, comma 2", a quanto pare dettati con riferimento all'applicazione dei contratti collettivi, da effettuarsi garantendo la parità negativa e comunque trattamenti normativi ed economici non inferiori a quelli negozialmente previsti. Sicché si viene a riconoscere i contratti individuali come fonte non solo costitutiva ma anche regolativa; senza, peraltro, concedere loro, almeno con riguardo ai non dirigenti, margini effettivi per personalizzare i trattamenti, che risultano già predefiniti nei bandi concorsuali, ivi compresi quelli economici accessori destinati a variare secondo i relativi criteri legislativi e collettivi.

È difficile pensare alla presenza di "clausole difformi" dei contratti individuali rispetto a quelli collettivi; ma se ci fossero, non parrebbe applicabile al lavoro pubblico il principio di cui agli artt. 2077 e 2113 c.c. di una inderogabilità unilaterale, cioè solo *in peius*, con la conseguente applicazione del criterio del conglobamento. Ciò contrasterebbe con lo stesso dettato degli artt. 2, comma 3, 40, comma 4, 45, comma 2, che ben possono giustificare appieno un'efficacia reale dei contratti collettivi non mutuata da quella delineata dal codice civile per il lavoro privato, ma costruita dal d.lgs. n. 165/2001 a misura dell'impiego pubblico⁽¹²¹⁵⁾: tale, cioè, da fondare una inderogabilità bilaterale, assistita da una sostituzione delle clausole difformi⁽¹²¹⁶⁾.

⁽¹²¹²⁾ Ha escluso espressamente l'applicabilità dell'art. 2077 c.c. nel settore pubblico L. ZOPPOLI, *Il sistema delle fonti di disciplina del rapporto di lavoro dopo la riforma: una prima ricognizione dei problemi*, in M. RUSCIANO, L. ZOPPOLI (a cura di), *L'impiego pubblico nel diritto del lavoro*, Torino, 1993, p. 12; analogamente C. LAUDO, *La questione della parità di trattamento*, in *Quad. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 1995, p. 192; *contra*, però, L. FIORILLO, *La "contrattualizzazione" del lavoro pubblico*, in M. RUSCIANO, L. ZOPPOLI (a cura di), *L'impiego pubblico nel diritto del lavoro*, cit., p. 125.

⁽¹²¹³⁾ Escluso il richiamo all'art. 2077 c.c., sulla possibilità di utilizzare in ogni caso l'art. 2113 c.c. a conforto della inderogabilità *in peius* del contratto collettivo nel lavoro pubblico v. F. CORSO, *Le fonti della disciplina dei rapporti di lavoro*, in P. ALLEVA, G. D'ALESSIO, M. D'ANTONA (a cura di), *Nuovo rapporto di lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, Roma, 1995, p. 124; M. T. CARINCI, *Il contratto collettivo nel settore pubblico fra riserva di regime pubblicistico e riserva di legge*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1994, I, p. 586; L. NOGLER, *Saggio sull'efficacia regolativa del contratto collettivo*, Padova, 1997, p. 179.

⁽¹²¹⁴⁾ R. DE LUCA TAMAJO, *La norma inderogabile nel diritto del lavoro*, Napoli, 1976, p. 185; L. MENGONI, *Il contratto collettivo nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Jus*, 1975, p. 186 ss. Da ultimo, M. NOVELLA, *L'inderogabilità nel diritto del lavoro*, Milano, 2008 e anche, V. MAIO, *Contratto collettivo e norme di diritto*, Napoli, 2008, proprio con riguardo alla valorizzazione del dato derivante dal diritto positivo.

⁽¹²¹⁵⁾ V. pure P. CAMPANELLA, *Rappresentatività sindacale: fattispecie ed effetti*, cit., p. 298, per quanto con richiamo anche all'art. 2113 c.c., la cui applicabilità al lavoro pubblico confermerebbe la c.d. efficacia reale del relativo contratto collettivo; ha, invece, ritenuto il contratto collettivo del lavoro pubblico «sprovvisto di una propria normatività intrinseca» U. ROMAGNOLI, *La revisione della disciplina del pubblico impiego: dal disastro verso l'ignoto*, in *Lav. Dir.*, 1993, p. 231 ss., spec. pp. 237-238; nello stesso senso M. GRANDI, *L'assetto della contrattazione collettiva: un ballo in maschera*, ivi, 1993, p. 575 ss., spec. p. 586.

⁽¹²¹⁶⁾ Per la tesi della inderogabilità bilaterale v. anche F. PANARIELLO, *Retribuzione ed incentivi: riserva di contrattazione collettiva e residualità delle determinazioni unilaterali*, in M. RUSCIANO, L. ZOPPOLI, *Lo "spazio negoziale" nella disciplina del lavoro pubblico*, Bologna, 1995, p. 337 ss.; C. LAUDO, *La questione della parità di trattamento*, cit., p. 189 ss.; ma per la tesi della derogabilità *in melius*, sia pur in ottemperanza del principio di parità di trattamento e con l'unica eccezione della materia economica, v. P. CAMPANELLA,

9. L'attività di informazione e di sorveglianza successiva alla conclusione del contratto collettivo.

Una ulteriore caratteristica della contrattazione collettiva nel pubblico impiego è costituita dall'attività di informazione e vigilanza successiva alla sua conclusione, svolta a vario titolo e modo dall'Aran, dalla Presidenza del Consiglio dei ministri-Dipartimento funzione pubblica, dal Ministero dell'economia e delle finanze, dalla Ragioneria dello Stato, dalla Corte dei Conti, dagli organi di controllo delle singole amministrazioni (su cui in particolare gli artt. 40-bis, 46, comma 3 e 4, 59, 60).

Non è questa la sede per darne conto ⁽¹²¹⁷⁾ anche succintamente, ma qualcosa merita di essere detto riguardo alla attività di "reazione" in presenza di sforamenti economici o normativi ⁽¹²¹⁸⁾, con un cenno preliminare alle misure legislative correttive da proporre al Parlamento da parte del Ministro dell'economia e del bilancio qualora "si verifichino o siano prevedibili per qualsiasi causa, scostamenti rispetto agli stanziamenti previsti per le spese destinate al personale" o si diano sentenze della Corte costituzionale o decisioni esecutive di altre autorità giurisdizionali, generali o generalizzabili, che "producano nuovi e maggiori oneri rispetto alle spese autorizzate" (art. 61).

Qui interessa in particolare render conto di un "istituto" che da un punto di vista civilistico riesce piuttosto strano, per non dir altro. Secondo l'art. 48, c. 3, i contratti collettivi devono essere corredati da "prospetti contenenti la quantificazione degli oneri nonché l'indicazione della copertura complessiva per l'intero periodo di validità contrattuale". E fin qui niente da obiettare, ma aggiunge che tali prospetti servono ad attivare "apposite clausole" debitamente previste ed inserite, che rendono possibile "prorogare l'efficacia temporale del contratto ovvero sospenderne l'esecuzione parziale o totale in caso di accertata esorbitanza dai limiti di spesa" ⁽¹²¹⁹⁾.

La formulazione approssimativa di per sé ne rende assai problematica l'applicazione già a partire dalla questione preliminare, se cioè trattasi di una mera indicazione di buona politica contrattuale o di una direttiva vincolante elevata a condizione di legittimità o d'una clausola legale inserita di diritto; d'altronde, poi, l'attivazione della clausola dovrebbe dar per scontata una valutazione condivisa della esorbitanza della spesa, nonché essere rimessa ad entrambe le parti del contratto, che dal contesto risulterebbero essere quelli nazionali, con l'ulteriore questione relativa alla procedura applicabile per la proroga o per la sospensione. Tutto questo a prescindere dalla difficoltà "tecnica" e soprattutto "politico-sindacale" di una messa in opera, in corso di vigenza,

Rappresentatività sindacale: fattispecie ed effetti, cit., p. 297; ancora diversamente, cfr. M. CLARICH, D. IARIA, *La riforma del pubblico impiego*, Rimini, 1993, p., 77 ss., spec. p. 79, i quali non escludono che siano i contratti collettivi a poter «"autorizzare" dei margini di trattativa individuale per particolari posizioni di lavoro (ad es. dirigenziali), giacché in tal caso il contratto individuale risulterebbe comunque conforme agli accordi collettivi di lavoro».

⁽¹²¹⁷⁾ Si veda però, in tema almeno E. GRAGNOLI, *Contrattazione collettiva, relazioni sindacali e riforma dell'ARAN*, in *Lav. Pubbl. Amm.*, 2008, p. 1015 ss.

⁽¹²¹⁸⁾ Sul punto di recente Cfr. V. TALAMO, *La riforma del sistema di relazioni sindacali nel lavoro pubblico*, cit., p. 8 ss. Ma si può vedere anche L. GALLO, *Gli aspetti procedurali della contrattazione collettiva nel lavoro pubblico*, in *Lav. Pubbl. Amm.*, 2004, p. 94 ss.

⁽¹²¹⁹⁾ Cfr. anche R. SOLOPERTO, *La contrattazione collettiva nel settore pubblico*, cit., p. 326 ss., ancora M. D'ONGHIA, *I soggetti della contrattazione collettiva di parte pubblica*, cit., p. 375 ss. e M. DELFINO, *Comitati di settore e rappresentanza negoziale delle pubbliche amministrazioni*, cit., p. 191 ss.

di una disciplina partorita a conclusione di una procedura complessa ed articolata, di regola ben oltre la scadenza di quella precedente ⁽¹²²⁰⁾. Sicché resta l'impressione che trattasi di una qual sorta di concessione verbale all'auto-regolamentazione delle parti, destinata a trovare ben altra traduzione negli artt. 49, sull'interpretazione autentica dei contratti collettivi, e 64, sull'accertamento pregiudiziale sull'efficacia, validità ed interpretazione dei contratti collettivi. D'altronde, come dimostra l'esperienza, quando il Governo intende intervenire sulla spesa del personale, lo fa per diminuirla o almeno decelerarla con riguardo alla contrattazione nella sua dinamica fisiologica e, dunque, a prescindere da qualsiasi esorbitanza patologica di quella pregressa; e prolunga sì la vigenza della disciplina collettiva, ma non con una proroga, bensì con un "blocco" della tornata dei rinnovi ⁽¹²²¹⁾.

Una soluzione diversa è prospettata dall'art. 40, comma 3 quinquies, secondo capoverso, che dopo aver previsto per la contrattazione integrativa che nei "casi di violazione dei vincoli e dei limiti di competenza imposti dalla contrattazione nazionale o dalle norme di legge, le clausole sono nulle, non possono essere applicate e sono sostituite ai sensi degli articoli 1339 e 1419, secondo comma, del codice civile", aggiunge che se sia accertato un "superamento di vincoli finanziari da parte delle sezioni regionali di controllo della Corte dei conti, del Dipartimento della funzione pubblica o del Ministero dell'economia e delle finanze è fatto altresì obbligo di recupero nell'ambito della sessione negoziale successiva", periodo quest'ultimo poi richiamato dall'art. 40-bis, comma 1 ⁽¹²²²⁾. Da ciò sembra doversi dedurre che la nullità con conseguente sostituzione delle clausole difformi non sia considerata di per sé sempre sufficiente per evitare il superamento dei vincoli finanziari; ma resta pur sempre che in tale ipotesi l'amministrazione resta obbligata a richiedere indietro anche per via giudiziaria le somme indebitamente corrisposte ai dipendenti. Se così è, il recupero col successivo contratto, per riuscire "liberatorio", dovrebbe essere effettuato non in modo complessivo ed indifferenziato, cioè sotto forma di una sorta di sconto compensativo - come pare far intendere il testo legislativo - bensì specificando motivi, casi e lavoratori interessati ⁽¹²²³⁾.

10. L'interpretazione autentica e l'accertamento pregiudiziale sull'efficacia, validità ed interpretazione del contratto collettivo.

Una preoccupazione corrente al tempo della c.d. privatizzazione era quella per cui ne sarebbe conseguita un'autentica alluvione di controversie da parte dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni coinvolte, prodotta in larga misura dalla introduzione nel pubblico impiego della contrattazione collettiva, con tutta la problematica posta dalla validità, efficacia, interpretazione

⁽¹²²⁰⁾ Si veda V. TALAMO, *La riforma del sistema di relazioni sindacali nel lavoro pubblico*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT, n. 96/2010; e A. VISCOMI, *La contrattazione collettiva nazionale*, in L. ZOPPOLI (a cura di), *Ideologia e tecnica*, cit., p. 50 ss.

⁽¹²²¹⁾ Su cui, oltre a quanto osservato altrove in questo Trattato, cfr. C. ZOLI, *La struttura della contrattazione collettiva nel settore pubblico*, in L. FIORILLO-A. PERULLI (a cura di), *Il nuovo diritto del lavoro*, cit.

⁽¹²²²⁾ Si è ritenuto che attraverso tale disposizione - che ricalca, peraltro, quella contenuta nell'art. 67, comma 10, d.l. n. 112 del 2008 - il legislatore abbia inteso in sostanza responsabilizzare i diversi attori del processo, favorendo il recupero delle somme spese in modo scorretto ed assicurando la trasparenza dell'operato della contrattazione anche in sede decentrata, v. G. NATULLO, *Vincoli e ruoli della contrattazione integrativa*, in L. ZOPPOLI (a cura di), *Ideologia e tecnica nella riforma del lavoro pubblico*, cit., p. 81.

⁽¹²²³⁾ Si veda TALAMO, *La contrattazione integrativa dopo il d.lgs. n. 150/2009. Le prime applicazioni giurisprudenziali*, cit., p. 438 ss.

di una disciplina ancor fresca. Del che si trova traccia in una duplice procedura accomunata dalla finalità di contribuire a deflazionare il contenzioso atteso, che si è venuta consolidando nel d.lgs. n. 29/1993, ancor prima del suo “recepimento” nel d.lgs. n. 165/2001 ⁽¹²²⁴⁾. La prima procedura è presentata nella rubrica dell’art. 49 come “Interpretazione autentica dei contratti collettivi”, cioè un’interpretazione rimessa alle stesse parti stipulanti e retroattiva ⁽¹²²⁵⁾. Il che trova piena conferma nel testo, per cui qualora sorgano controversie sul significato di clausole contenute in contratti collettivi, le parti che li hanno stipulati possono incontrarsi, per concludere un “accordo di interpretazione autentica”: quanto al modo, l’accordo viene “stipulato con le procedure di cui all’articolo 47”; e quanto all’effetto, esso “sostituisce la clausola in questione fin dall’inizio della vigenza del contratto” ⁽¹²²⁶⁾.

Non esiste un problema sostanziale con riguardo al modo ⁽¹²²⁷⁾, perché il rinvio è a quell’art. 47, che regola il procedimento di contrattazione collettiva condotto dall’Aran con le organizzazioni sindacali rappresentative a livello nazionale; anche se, poi, qui non si tratta di effettuare un rinnovo, ma di chiarire un singolo punto del testo collettivo vigente ⁽¹²²⁸⁾. Esiste, invece, con rispetto all’effetto, dato che il suo carattere retroattivo lo equipara ad una transazione collettiva, peraltro senza previa delega delle parti individuali interessate. Tant’è che nella iniziale versione dell’articolo, si subordinava l’efficacia dell’accordo al consenso di tali parti, in sintonia con l’art. 2113 cod. civ. ⁽¹²²⁹⁾.

Una volta varata la versione attuale, la Cassazione s’è fatta carico di correggerla: perché l’accordo di interpretazione autentica sia valido non è sufficiente l’assenso di organizzazioni sindacali capaci di raggiungere complessivamente le maggioranze previste dall’art. 47; ma è necessario l’avallo di tutte le firmatarie del contratto originario ⁽¹²³⁰⁾. Ed è una vera e propria soluzione di compromesso, che crede di compensare con un’“apertura sul piano collettivo”, data dalla richiesta di un consenso da parte di tutte le organizzazioni sindacali che avevano sottoscritto il contratto, la “chiusura” sul piano individuale, rappresentata dall’esclusione delle persone interessate; ma che rimane esposta a qualche riserva circa la sua correttezza costituzionale ⁽¹²³¹⁾.

⁽¹²²⁴⁾ Cfr. E. GRAGNOLI, *La c.d. interpretazione “autentica” del contratto collettivo*, in F. CARINCI-L. ZOPPOLI (a cura di), *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, cit., tomo I, p. 481 ss.

⁽¹²²⁵⁾ Si veda L. DE ANGELIS, *L’accertamento pregiudiziale sull’efficacia, validità e interpretazione dei contratti collettivi dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni (art. 68 bis, D. Lgs. n. 29/1993)*, in *Lav. Pubbl. Amm.*, 1998, p. 825 ss.

⁽¹²²⁶⁾ Si vedano R. VACCARELLA, *Appunti sul contenzioso del lavoro dopo la privatizzazione del pubblico impiego e sull’arbitrato in materia di lavoro*, in *Arg. Dir. Lav.*, 1998, p. 748 ss.; A. VALLEBONA, *Le questioni di interpretazione, validità ed efficacia dei contratti collettivi del settore pubblico*, in *Giust. Civ.*, 1998, II, p. 217 ss.

⁽¹²²⁷⁾ E. GRAGNOLI, *La c.d. interpretazione “autentica” del contratto collettivo*, cit.

⁽¹²²⁸⁾ Ancora E. GRAGNOLI, *La c.d. interpretazione “autentica” del contratto collettivo*, cit.

⁽¹²²⁹⁾ Cfr. L. NOGLER, *Il contratto collettivo nel prisma dell’accertamento giudiziale*, in *Giornale dir. lav. e relazioni ind.*, 2000, p. 1 ss.

⁽¹²³⁰⁾ Vedi Cass., 18 aprile 2005, n. 7932, in *Giust. Civ.*, 2006, I, 1013. Nello stesso senso, Cons. St., sez. I, 31 ottobre 2001 n. 955, in *Lav. Pubbl. Amm.*, 2002, 330, con nota di L. DE ANGELIS.

⁽¹²³¹⁾ Si veda sul punto, con diverse valutazioni L. DE ANGELIS, *L’accertamento pregiudiziale sull’efficacia, validità e interpretazione dei contratti collettivi dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni (art. 68 bis, D. Lgs. n. 29/1993)*, in *Lav. Pubbl. Amm.*, 1998, p. 825 ss.; R. VACCARELLA, *Appunti sul contenzioso del lavoro dopo la privatizzazione del pubblico impiego e sull’arbitrato in materia di lavoro*, cit.; A. VALLEBONA, *Le questioni di interpretazione, validità ed efficacia dei contratti collettivi del settore pubblico*, cit.; A. MARESCA, *Appunti per uno studio dell’interpretazione “autentica” del contratto collettivo di lavoro pubblico*, in R. FLAMMIA (a cura di),

La seconda procedura è presentata nella rubrica dell'art. 64 come "Accertamento pregiudiziale sull'efficacia, validità ed interpretazione dei contratti collettivi", cioè un giudizio preliminare per accertare l'operatività e portata delle clausole negoziali, prima di procedere alla loro applicazione nelle fattispecie concrete. Il giudice chiamato a decidere una controversia individuale ricadente nella sua giurisdizione a' sensi dell'art. 63, che richiede la soluzione in via preliminare di una questione concernente l'efficacia, la validità, l'interpretazione di un contratto o accordo collettivo nazionale ⁽¹²³²⁾, emana un'ordinanza con cui incarica l'ARAN di verificare se sia possibile stipulare un accordo di interpretazione autentica o di modifica del testo contrattuale (comma 1) ⁽¹²³³⁾, fermo restando che solo per l'interpretazione autentica vale la retroattività di cui all'art. 49.

Se tale accordo non viene raggiunto, il giudice pronunzia una sentenza parziale sulla sola questione pregiudiziale, che può essere impugnata, saltando l'appello, con ricorso immediato in Cassazione (cd. ricorso in cassazione *per saltum*) ⁽¹²³⁴⁾ (comma 3). Il che si colloca nella scia di quell'estensione del ruolo nomofilattico della Suprema Corte anche alla contrattazione collettiva realizzato con l'art. 61, comma 5, per cui "Il ricorso per cassazione può essere proposto anche per violazione o falsa applicazione dei contratti e accordi collettivi nazionali di cui all'art. 40".

Dopo aver considerato le due procedure nelle loro caratteristiche essenziali, è facile coglierne la finalità deflattiva del contenzioso che le accomuna. L'interpretazione autentica assolve ad una funzione preventiva, col fornire, prima o nel corso di una causa, la "corretta" lettura di una clausola contrattuale controversa, che in quanto retroattiva fin alla data della sua entrata in vigore, blocca qualsiasi rivendicazione esercitabile in forza di una lettura diversa. Se, poi, una volta attivata nel corso di una causa, l'interpretazione autentica dovesse fallire, si aprirebbe la via ad una sentenza parziale, la cui impugnativa *per saltum* permetterebbe di ottenere abbastanza rapidamente una decisione della Suprema Corte, di per sé tale da fornire una interpretazione vincolante per quella sola causa, ma significativa per qualsiasi altra simile si volesse instaurare.

11. La qualificazione del contratto collettivo nel pubblico *vis-à-vis* di quella nel privato.

Si può dire che sia attenuato se non proprio spento il dibattito, all'inizio vivacissimo, sul se il contratto collettivo nell'impiego pubblico possa considerarsi fonte normativa, cioè produttiva di

L'interpretazione dei contratti collettivi di lavoro, Roma, 1999, p. 155 ss.; L. NOGLER, *Il contratto collettivo nel prisma dell'accertamento giudiziale*, cit.; E. GRAGNOLI, *La c.d. interpretazione "autentica" del contratto collettivo*, cit.

⁽¹²³²⁾ La procedura non è applicabile i contratti integrativi: v. Cass., sez. lav., 21 febbraio 2008, n. 4505, in *Lav. Pubbl. Amm.*, 2008, 1, p. 128 (s.m.).

⁽¹²³³⁾ Sul punto v. Cass., sez. lav., 15 settembre 2008, n. 23696, in *Lav. Pubbl. Amm.*, 2008, 5, p. 885 secondo cui è rimesso alla decisione del giudice di merito non promuovere il procedimento interpretativo di cui al d.lgs. n. 165 del 2001, art. 64, qualora l'apprezzamento della questione interpretativa della norma collettiva deponga nel senso di non ritenerla di spessore tale da doverne rimettere la soluzione alle parti stipulanti.

⁽¹²³⁴⁾ La Corte Costituzionale si è già pronunciata due volte sulla disposizione di cui all'art. 64, respingendo una serie di eccezioni di incostituzionalità avanzate dai Tribunali di Genova e di Treviso contro il meccanismo del rinvio a titolo pregiudiziale: cfr. Corte cost. 5 giugno 2003, n. 199 e 22 luglio 2003, n. 268, entrambe in *Lav. Pubbl. Amm.*, 2003, rispettivamente 885 e 895 ss., con nota di D. BORGHESI. I giudici del rinvio lamentavano la irrazionalità di un sistema che consente ad un accordo di incidere su di una controversia già insorta, imponendosi con efficacia retroattiva al giudicante, con arresto del processo civile ed attribuzione al dipendente pubblico di un trattamento peggiore rispetto al dipendente privato. In risposta, la Corte Costituzionale ha sottolineato la persistente disparità tra impiego pubblico e privato e la coerenza normativa del sistema, disattendendo invero la questione più delicata, vale a dire quella della dipendenza dell'esito di una controversia giudiziaria da un atto di disposizione delle parti collettive.

vere e proprie norme giuridiche. La tesi condivisa soprattutto dalla dottrina pubblicistica ⁽¹²³⁵⁾ trovava una prima ragione a suo favore nella efficacia generale riconosciuta ai contratti collettivi; e, poi, una corposa conferma in tutta una serie di peculiarità relative ai contratti collettivi nazionali: la capacità “derogatoria” riconosciuta sia con riguardo alla disciplina legislativa e regolamentare pre-privatizzazione, in forza del c.d. meccanismo di trasformazione (artt. 69), sia con rispetto ad una legge precedente espropriatrice di una qualche competenza contrattuale che non escludesse esplicitamente tale possibilità (art. 2, comma 2); la pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale (art. 47, c. 8); l’interpretazione autentica (art. 49); l’accertamento pregiudiziale dell’efficacia, validità ed interpretazione (art. 64); il ricorso in Cassazione per violazione o falsa applicazione (art. 63, comma 5).

Ora, c’è da osservare come la tesi in parola non partiva dalla qualifica del contratto collettivo come fonte normativa per attribuirgli una regolamentazione del tutto assente, a cominciare dall’efficacia generale, ma da una disciplina legislativa esistente, per conferirgli tale qualifica; cosicché finiva per rivestire una rilevanza esclusivamente teorica. Ma, poi, anche la serie di peculiarità sopra ricordate è apparsa subito come non decisiva, a partire da quella considerata più rilevante, cioè l’efficacia generale: di per sé sola non significa molto, per essere un’interpretazione condivisa dell’art. 39, comma 2 ss. Cost., quella secondo cui non si possa assolutamente desumere dal procedimento di conferimento della efficacia *erga omnes* una configurazione pubblicistica del contratto.

Per quanto riguarda le altre tesi, esse sono state affrontate senza dover ricorrere a quella del contratto collettivo fonte di diritto e soprattutto risultano ormai ridimensionate dalla stessa evoluzione legislativa. Così la capacità “derogatoria” di cui al c.d. meccanismo di trasformazione di cui all’art. 71, d.lgs. 165/2001 – ben presto riformulata nei termini di una mera inapplicabilità della normativa pre-privatizzazione a seguito dell’intervento della contrattazione collettiva – era stata spiegata dalla dottrina lavoristica, col prendere a prestito da quella pubblicistica una tesi elaborata a proposito della delegificazione per via regolamentare (cfr. art. 17, l. n. 400/1988), e adattandola alla bisogna: qui l’art. 71 avrebbe assunto il futuro contratto collettivo come mero “fatto”, cui ricollegare una efficacia derogatoria rispetto alla normativa precedente alla sua emanazione. E se il meccanismo in parola ha poi esaurito lo scopo per cui era stato congegnato, pur sopravvivendo a tutt’oggi nell’art. 69, questa tesi è nel bagaglio dottrinale, sì da essere ripresa con riguardo alla c.d. contrattazione delegata.

Di certo più difficile riusciva applicare la stessa chiave di lettura alla capacità “derogatoria” di cui all’art. 2, comma 2: vi si parlava espressamente di una deroga da parte di un successivo contratto collettivo ad una legge precedente, che avesse invaso l’ambito riservato alla stessa contrattazione collettiva, se ed in quanto tale legge non escludesse apertamente questa conseguenza. Invero, qui l’art. 2, comma 2 avrebbe configurato il futuro contratto collettivo come mero “fatto”, cui

⁽¹²³⁵⁾ Rinvio ancora a G.U. RESCIGNO, *Rapporto di diritto privato speciale o rapporto di diritto pubblico speciale?*, cit.; S. SCIARRA, *Natura e funzioni del contratto collettivo*, cit.; M. D’ANTONA, *Autonomia negoziale, discrezionalità e vincolo di scopo nella contrattazione collettiva delle pubbliche amministrazioni*, cit.; M. RUSCIANO, *La riforma del lavoro pubblico: fonti della trasformazione e trasformazione delle fonti*, cit.; M. GRANDI, *La posizione del contratto collettivo nell’impiego pubblico privatizzato*, cit.

ricondere un'efficacia derogatoria rispetto ad una normativa non precedente, ma successiva alla sua entrata in vigore.

Si può comunque prescindere dalla *querelle* ermeneutica maturata con riguardo alla precedente versione di questo art. 2, comma 2, perché quella attuale ⁽¹²³⁶⁾ prescrive che la legge precedente debba non solo non escludere, ma addirittura prevedere *apertis verbis* la possibilità di deroga da parte di una contrattazione collettiva successiva, di cui risulta ormai ampiamente ridotta la competenza, sicché la questione si presenta oggi meno problematica sul piano teorico e meno rilevante su quello pratico.

Se pur solo per completezza, non è, invece, possibile ignorare che è rimasta a tutt'oggi invariata l'ipotesi di cui all'art. 2, comma 3, che non riguarda l'attribuzione di una capacità "derogatoria" alla contrattazione collettiva, che qui può esercitarla o meno, ma la cessazione automatica dell'efficacia delle "disposizioni di legge, regolamenti o atti amministrativi che attribuiscono incrementi retributivi non previsti dai contratti a far data dall'entrata in vigore del relativo rinnovo contrattuale" ⁽¹²³⁷⁾. A prescindere dalla equiparazione impropria fra legge, regolamenti ed atti amministrativi, perché questi ultimi non hanno titolo in tema di incrementi retributivi, qui si potrebbe recuperare la tesi per cui l'art. 2, comma 3 offre una regola interpretativa: tali disposizioni dovrebbero intendersi a termine, cioè destinate a scadere con l'entrata in vigore del rinnovo contrattuale che le concerne.

Assai meno impegnative risultano le residue peculiarità chiamate in causa. Alcune non mostravano alcuna specialità fin dall'inizio, come la pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale, che, per l'art. 47, comma 8, riguarda solo i contratti e gli accordi nazionali, costituendone una mera fonte informativa concorrente con quelle dei siti Aran e delle amministrazioni interessate, tant'è che la loro efficacia e quella degli stessi contratti integrativi scatta immediatamente e direttamente dalla sottoscrizione definitiva ⁽¹²³⁸⁾. Altre peculiarità hanno, invece, perso la loro specialità iniziale, essendo state estese a tutti i contratti collettivi nazionali di lavoro, inclusi quelli del privato: si pensi all'accertamento pregiudiziale dell'efficacia, validità ed interpretazione dei contratti collettivi nazionali e al ricorso in Cassazione per violazione o falsa applicazione, per i quali valgono ora gli artt. 420 *bis* e rispettivamente 360, comma 1, n. 3, c.p.c.

Certo, resta la peculiarità costituita dall'interpretazione autentica, ma non è che di per sé stessa possa essere considerata risolutiva per la qualificazione del contratto collettivo come fonte di diritto. E, comunque, anche chi ha coltivato questa tesi all'alba stessa della "privatizzazione", deve ormai, *bon grè, mal grè*, dar atto dell'aver la Consulta "costituzionalizzato" la c.d. privatizzazione

⁽¹²³⁶⁾ Tra i primi a criticare l'abolizione, operata già con la l. d. n. 15/2009, della c.d. "norma Cassese", che permetteva di arginare la micro-legiferazione in materia d'impiego pubblico, vedi M.G. GAROFALO, *Delegificazione e rilegificazione*, in M. GENTILE (a cura di), *Lavoro pubblico: ritorno al passato? La legge Brunetta su produttività e contrattazione*, Roma, 2009, p. 16 ss.

⁽¹²³⁷⁾ Rinvio ancora alla sintesi di A. TOPO, *Legge e autonomia collettiva nel lavoro pubblico*, cit., spec. p. 313 ss.

⁽¹²³⁸⁾ Si veda da ultimo Cass. 11 ottobre 2013, n. 23177 con riferimento in particolare, per quanto attiene al contratto collettivo decentrato, alla precisazione che in tema di giudizio per cassazione, l'esenzione dall'onere di depositare il contratto collettivo del settore pubblico su cui il ricorso si fonda deve intendersi limitata ai contratti nazionali, con esclusione di quelli integrativi, atteso che questi ultimi, attivati dalle amministrazioni sulle singole materie e nei limiti stabiliti dai contratti collettivi nazionali, tra i soggetti e con le procedure negoziali che questi ultimi prevedono, se pure parametrati al territorio nazionale in ragione dell'amministrazione interessata, hanno una dimensione di carattere decentrato rispetto al comparto e per essi non è previsto, a differenza dei contratti collettivi nazionali, il particolare regime di pubblicità di cui al D.Lgs. n. 165 del 2001, art. 47, comma 8; (cfr. Cass. 11 aprile 2011 n. 8231; Cass. 21 settembre 2011 n. 19227).

del pubblico impiego, col ritenerla figlia di quell'“equilibrato dosaggio di fonti regolatrici”, comprensivo di un contratto collettivo ricalcato su quello del lavoro privato. Tant'è che lo ritiene potenzialmente soggetto all'art. 39, comma 4, al punto da doverne poi giustificare l'efficacia generale del contratto collettivo richiesta dall'art. 97, comma 1 (ora comma 2), come derivante non da esso stesso ma dalla legge. Con ciò non si intende certo ridimensionare quanto di diverso esiste fra contrattazione collettiva nell'impiego pubblico e nel lavoro privato, così com'è stato ampiamente ricostruito sopra. Ma si vuole solo evidenziare, secondo l'indirizzo dottrinale e giurisprudenziale dominante, che tutto quanto attiene alla provvista delle risorse finanziarie, alla procedura, alla attività di vigilanza successiva costituisce una cornice rilevante, ma non di per sé idonea a snaturare tale contrattazione, che è e resta espressione della comune volontà delle parti contrapposte. Se l'attività negoziale dell'Aran, così come indirizzata dai Comitati di settore, e quella delle singole amministrazioni, deve almeno sulla carta essere ispirata dalle finalità del buon andamento e dell'imparzialità, peraltro espressione tanto generale da poter essere declinata in più di una maniera, quella delle organizzazioni sindacali può sì tener conto di tali finalità, ma subordinatamente alle rivendicazioni classiche relative alla stabilità occupazionale, alla retribuzione, alla carriera, ecc.

Ora, parlare qui, come pur si è fatto, di una “funzionalizzazione” della contrattazione collettiva, significherebbe ritenere che entrambe le parti, quindi anche le organizzazioni sindacali siano tenute a concordare su una disciplina comune all'insegna di un interesse pubblico condiviso, che ben potrebbe essere assunto a criterio per sindacarla. Il che richiederebbe coerentemente un ritorno a quel giudice amministrativo, che si è voluto escludere proprio per evitare un controllo sul merito della disciplina collettiva, tale da vanificare completamente la c.d. privatizzazione. Tant'è che quando si prospettò il rischio concreto che la Corte dei conti esercitasse tale controllo in ragione del ruolo assegnatole nel procedimento negoziale nazionale, si provvide, nel passaggio dalla prima alla seconda fase della “privatizzazione”, a rivedere lo stesso procedimento per evitarlo.

Né si può argomentare *a contrario*, facendosi forte di qualche formula scappata di mano al legislatore, come pur si è provato a fare ieri, prima che fosse eliminata proprio per la sua ambiguità. Ci si può riprovare oggi, col richiamare l'art. 40, comma 3-bis, secondo capoverso, laddove recita che “La contrattazione collettiva integrativa assicura adeguati livelli di efficienza e produttività dei servizi pubblici, ...”. Ma, a prescindere dalla stranezza che una siffatta “funzionalizzazione” sia stata prevista solo per la contrattazione collettiva integrativa, basta proseguire nella lettura del testo legislativo per accorgersi che una tale “funzionalizzazione” non vi è stata affatto. La norma continua, infatti, col precisare come detti livelli di efficienza e produttività dei servizi debbano venir garantiti e cioè “incentivando l'impegno e la qualità della performance ai sensi dell'art. 45, comma 3”, il quale, a propria volta, collega il trattamento economico accessorio alla performance individuale ed organizzativa ⁽¹²³⁹⁾.

⁽¹²³⁹⁾ Sulla disciplina della valutazione della performance, v. E. GRAGNOLI, *I principi generali in tema di premi per il merito dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni*, in F. CARINCI-S. MAINARDI (a cura di), *La terza riforma del lavoro pubblico*, cit., 93 ss.; R. SANTUCCI-P. MONDA, *Valorizzazione del merito e metodi di incentivazione della produttività e della qualità della prestazione lavorativa*, in L. ZOPPOLI (a cura di), *Ideologia e tecnica*, cit., 279 ss.; A. OCCHINO, *Misurazione e valutazione della performance nel sistema delle responsabilità*, in M. NAPOLI-A. GARILLI (a cura di), *La terza riforma del lavoro pubblico tra aziendalismo e autoritarismo* cit., 203 ss.; F.M. PUTATURO DONATI, *Merito e premialità nella riforma del lavoro pubblico*, in *Riv. Giur. Lav.*, 2010, I, p. 570 ss.; da ultimo v. i contributi in V. TALAMO (a cura di), *Misura delle prestazioni e riforma della Pubblica Amministrazione*, in *Lav. Pubbl. Amm.*, 2013, p. 15 ss., ove ampi riferimenti.

Dato che non pare possibile evitare di trovare una casella dogmatica a misura del contratto collettivo nell'impiego pubblico, se non a costo di divenire oggetto del giudizio più pesante per uno studioso o aspirante, cioè di essere solo uno attento all'aspetto pratico, rimane da chiedersi se si possa parlare di un contratto tipico oppure atipico o innominato. Non v'è dubbio alcuno che il suo referente, costituito dal contratto collettivo c.d. di diritto comune, sia stato messo a punto dalla dottrina e dalla giurisprudenza come innominato o atipico, tagliato a misura di un preciso modello social-tipico, ai sensi e per gli effetti dell'art. 1322 c.c.; anche se, poi, tutto un certo indirizzo dottrinale ha creduto di poterlo vedere nominato o tipizzato dallo stesso art. 39, comma 1, Cost.

Sia chiaro, il contratto collettivo c.d. di diritto comune veniva considerato atipico o innominato nel duplice senso che tale termine assume nel corrente linguaggio dottrinale ⁽¹²⁴⁰⁾: sia della assenza di una definizione legale della causa; sia della mancanza di una disciplina legislativa. Il che ha comportato per tale contratto la necessità di ricorrere alla disciplina generale dettata dal libro IV del codice civile per le obbligazioni e per i contratti, peraltro debitamente manipolata proprio con riguardo alla sua efficacia oggettiva e soggettiva fin dalla prima giurisprudenza col resuscitare l'art. 2077 c.c. e rispettivamente col valorizzare l'art. 36, comma 1, Cost.

Rispetto a tale referente, quello introdotto e disciplinato dalla c.d. privatizzazione, appare pur sempre innominato o atipico nel primo senso, perché anche qui manca una definizione legale della causa, non certo nel secondo, perché risulta sottoposto ad una disciplina legislativa dettagliata ed autosufficiente.

A questo punto, si può assumere che il contratto collettivo c.d. di diritto comune sia quello "ordinario", per poi qualificare il contratto collettivo nell'impiego pubblico come "speciale". Ma si può anche prefigurare un *genus* comune all'uno ed all'altro per sottolinearne l'identica natura di espressione dell'autonomia privata collettiva, garantita e promossa dall'art. 39, comma 1 cost.; cui ricondurre, poi, le due *species* tenute ben distinte per enfatizzarne la differente disciplina in ragione dell'essere diversa la controparte datoriale, privata e pubblica.

12. La crescente divaricazione di disciplina fra pubblico e privato.

Si può, al termine di questa panoramica sull'attuale, confermare la valutazione espressa all'inizio, che quella restituitaci dalla lunga evoluzione legislativa non è una "privatizzazione" rispondente all'aspettativa e alla finalità della riforma, cioè di ricondurre l'intero universo del lavoro ad una "casa comune". Dall'aprirsi del primo decennio del secolo, la spinta originaria si è esaurita, per poi lasciare il passo ad una contro-spinta verso una rinnovata diversità di disciplina fra impiego pubblico e lavoro privato. Come visto, l'art. 2, comma 2, primo periodo del Tupo continua a recitare che i "rapporti di lavoro dei dipendenti delle amministrazioni pubbliche sono disciplinati dalle disposizioni del capo I, titolo II, del libro V del codice civile e delle leggi sui rapporti di lavoro

⁽¹²⁴⁰⁾ Tra i tanti, si vedano almeno L. MARIUCCI, *La contrattazione collettiva*, Bologna, 1985; S. LIEBMAN, *Contributo allo studio della contrattazione collettiva nell'ordinamento giuridico italiano*, Milano, 1986; G. GIUGNI, *Contratti collettivi di lavoro*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1988, vol. III; U. ROMAGNOLI, *Il contratto collettivo di lavoro nel novecento italiano*, in *Giornale dir. lav. e relazioni ind.*, 2000, p. 225 ss.; M. RUSCIANO, *Contratto collettivo e autonomia sindacale*, Torino, 2003; R. SANTUCCI-L. ZOPPOLI, *Contratto collettivo e disciplina dei rapporti di lavoro*, Torino, 2004; M. PERSIANI, *Il contratto collettivo di diritto comune nel sistema delle fonti del diritto del lavoro*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2004, 1 ss.; M.G. GAROFALO, *Per una teoria giuridica del contratto collettivo – Qualche osservazione di metodo*, in *Giornale dir. lav. e relazioni ind.*, 2011, p. 515.

subordinato nell'impresa, fatte salve le diverse disposizioni contenute nel presente decreto", con l'aggiunta effettuata dall'art. 33, comma 1, lett. a) del d.lgs. n. 150/2009, significativa nella sua superfluità "che costituiscono disposizioni a carattere imperativo", ma queste ultime sono divenute assai rilevanti e consistenti con riguardo a quella stessa normativa del rapporto di lavoro non dirigenziale, proprio dove la convergenza era ampia e significativa.

Questa involuzione della stessa normativa del rapporto di lavoro non dirigenziale trova a *pendant* una precisa tendenza legislativa che si sviluppa con continuità dalla riforma Biagi alla riforma Fornero⁽¹²⁴¹⁾, cioè quella di ritornare su una disciplina nata o divenuta comune, per differenziarla, con una tecnica peculiare: modificarla per il lavoro privato; mantenerla identica per l'impiego pubblico, con "delega" alla concertazione Governo-Parti sociali per una futura armonizzazione. Così il d.lgs. n. 276/2003, al suo art. 1, comma 2, stabiliva che "Il presente decreto non trova applicazione per le pubbliche amministrazioni e il loro personale"; e, al suo art. 86, comma 8, aggiungeva che "Il Ministro della funzione pubblica convoca le organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative ... per esaminare i profili di armonizzazione conseguenti all'entrata in vigore del presente decreto". E, ora, la l. n. 92/2012, al suo art. 1, comma 7, recita che le "disposizioni della presente legge, per quanto da esse non espressamente previsto, costituiscono principi e criteri per la regolazione dei rapporti di lavoro dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni"; e, al suo art. 1, comma 8, precisa chi, come e perché dovrebbe dedurre tali "principi e criteri", affermando che il Ministro, "sentite le organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative ... individua e definisce, anche mediante iniziative normative, gli ambiti, le modalità e i tempi dell'armonizzazione della disciplina relativa ai dipendenti delle amministrazioni pubbliche". Ad interessare era ed è la modifica limitata al lavoro privato, perché la concertazione per l'"armonizzazione", prevista dall'art. 86, comma 8 d.lgs. n. 276/2003, non avrà mai luogo; e, a sua volta, quella contemplata dall'art. 1, comma 8 troverà solo una qual sorta di anticipazione, senza seguito alcuno, nell'accordo 11 maggio 2012 fra il Ministro e le tre grandi confederazioni, concluso con la l. n. 92/2012 ancora *in itinere*, per una apertura sulla partecipazione sindacale, poi timidamente ripresa dall'art. 2, commi 17-19 d.l. n. 95/2012, e per una riaffermazione della piena validità della reintegra in caso di licenziamento disciplinare illegittimo.

Si è realizzata così una sorta di doppia spinta centrifuga che porta a riaprire la forbice nella disciplina del rapporto individuale fra impiego pubblico e lavoro privato⁽¹²⁴²⁾. La prima è data

⁽¹²⁴¹⁾ Sul tema si vedano almeno F. CARINCI-M. MISCIONE (a cura di), *Commentario alla Riforma Fornero* (Legge n. 92/2012 e Legge 134/2012), Milano, 2012; M. MAGNANI, M. TIRABOSCHI (a cura di), *La nuova riforma del lavoro*, Milano, 2012; G. PELLACANI (a cura di), *Riforma del lavoro*, Milano, 2012; M. CINELLI-G. FERRARO-O. MAZZOTTA (a cura di), *Il nuovo mercato del lavoro*, Torino, 2012; P. CHIECO (a cura di), *Flessibilità e tutele nel lavoro. Commentario della legge 28 giugno 2012 n. 92*, Bari, 2013; e tra gli altri *ex multis* A. VALLEBONA, *La riforma del lavoro*, Torino, 2012.

⁽¹²⁴²⁾ Oltre a chi scrive (F. CARINCI, *Art. 18 St. lav. per il pubblico impiego privatizzato cercasi disperatamente*, in AA.VV., *Il contributo di Mario Rusciano all'evoluzione teorica del Diritto del lavoro. Studi in onore. Lavoro pubblico, rappresentanza sindacale, contratto collettivo, diritto di sciopero*, Torino, 2013, p. 36 ss.), propendono per l'inapplicabilità della l. n. 92/2012 nell'impiego pubblico: A. BELLAVISTA, *La storia infinita della riforma del lavoro pubblico*, in M. NAPOLI, A. GARILLI (a cura di), *La terza riforma del lavoro pubblico tra aziendalismo e autoritarismo*, cit., p. 591; C. ROMEO, *La legge "Fornero" e il rapporto d'impiego pubblico*, in *Lav. Pubbl. Amm.*, 2012, p. 713, che ribadisce sinteticamente la posizione in C. ROMEO, *Le nuove regole del diritto del lavoro tra incertezze e destrutturazione: privato e pubblico a confronto*, in *Lav. Giur.*, 2013, p. 552; V. LUCIANI, *Il licenziamento del dipendente pubblico: un "mito" che non conosce crisi*, in AA.VV., *Il contributo di Mario Rusciano all'evoluzione teorica del Diritto del lavoro. Studi in onore*, cit., p. 64 ss.; A.

dalla costante attenzione per la spesa nel pubblico impiego, che si concretizza in una rigidità normativa della prestazione, tale da limitare, se non addirittura escludere una flessibilità “in entrata” o “in uscita”; la seconda è costituita dalla crescente preoccupazione per la situazione occupazionale nel lavoro privato, che si scarica proprio in un incremento di flessibilità in uscita.

La spinta centrifuga operante sul pubblico impiego doveva inevitabilmente riguardare la regolamentazione legislativa della contrattazione collettiva, giacché l'art. 2, comma 3, primo e secondo periodo del Tupo continua ad affermare che “I contratti collettivi sono stipulati secondo i criteri e le modalità previste nel titolo III del presente decreto (...)”, a quest'ultimo titolo ben si addice la nota esclamazione “*Quantum mutatus ab illo!*”. Come visto, quel titolo III era già curvato a misura di un datore pubblico, con un duplice vincolo costituzionale: quello dell'equilibrio di bilancio; e quello del “buon andamento”, nonché della “imparzialità dell'amministrazione” (art. 97, comma 2). Ma lo è divenuto ancor più con quel processo di ri-legificazione che ha trovato almeno per ora la sua conclusione nella c.d. riforma Brunetta, dove la contrattazione collettiva appare ridimensionata nella sua area di manovra e assoggettata a rigida sorveglianza.

Questo non significa che la scena possa essere girata tutta in bianco e nero. Se la si guarda dal lato del lavoro privato, si può osservare come ci sia stato al tempo stesso, in forza degli accordi interconfederali del giugno 2011 e del maggio 2013, un ulteriore allontanamento ed un riavvicinamento rispetto all'impiego pubblico. L'allontanamento è percepibile sul punto strategico, dato dal rapporto fra livelli: diversamente dall'impiego pubblico, nel lavoro privato quel rapporto era, ieri, a' sensi del Protocollo del luglio '93, debole, per non essere la contrattazione nazionale assistita da efficacia reale rispetto a quella integrativa; e oggi, a' sensi dell'accordo del giugno 2011, è divenuto anche flessibile, per essere la contrattazione integrativa dotata di una facoltà di deroga riguardo a quella nazionale. Il riavvicinamento è, invece, ben visibile nell'adozione della formula mista associativa/elettiva necessaria per selezionare le organizzazioni sindacali da ammettere alla negoziazione nazionale e per calcolare la maggioranza

VALLEBONA, *La riforma del lavoro 2012*, cit., 55; E. PASQUALETTO, *La questione del pubblico impiego privatizzato*, in C. CESTER (a cura di), *I licenziamenti dopo la legge n. 92 del 2012*, Padova, 2013, p. 58; C. SPINELLI, *Le nuove regole del mercato del lavoro e la loro (in)applicabilità ai dipendenti delle pubbliche amministrazioni*, in P. CHIECO (a cura di), *Flessibilità e tutele nel lavoro. Commentario alla legge 28 giugno 2012, n. 92*, Bari, 2013, p. 844; M. GERARDO, A. MUTARELLI, *Il licenziamento nel pubblico impiego dopo la Riforma Fornero (ovvero il cubo di Rubik)*, in *Lav. Pubb. Amm.*, 2012, p. 191 (che però propendono per estendere al pubblico impiego il nuovo rito speciale per i licenziamenti); M. MISCHIONE, *Il licenziamento e il rito del lavoro nelle pubbliche amministrazioni dopo la legge 92 del 2012*, in *Giur. It.*, in corso di pubblicazione. Giunge a ritenere tutt'ora applicabile sempre la reintegra al licenziamento disciplinare illegittimo nell'impiego pubblico A. BOSCATI, *La difficile convivenza tra il nuovo articolo 18 e il lavoro pubblico*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT*, n. 170/2013, tramite il diverso percorso argomentativo che valorizza la natura imperativa delle speciali norme contenute nel d.lgs. n. 165/2001 (non richiamate espressamente dal nuovo art. 18 St.lav., che invece richiama l'art. 7 St.lav.); analogamente M. DE LUCA, *Riforma della tutela reale contro il licenziamento illegittimo e rapporto di lavoro privatizzato alle dipendenze di amministrazioni pubbliche: problemi e prospettive di coordinamento*, in *Lav. Pubb. Amm.*, 2013, p. 2 ss. Propendono invece per l'applicabilità del nuovo art. 18 St. lav. nell'impiego pubblico: A. TAMPIERI, *La legge n. 92/2012 e il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, in G. PELLACANI (a cura di), *Riforma del lavoro*, Milano, 2012, p. 29; G. GENTILE, *I dipendenti delle pubbliche amministrazioni*, in M. CINELLI-G. FERRARO-O. MAZZOTTA (a cura di), *Il nuovo mercato del lavoro: dalla riforma Fornero alla legge di stabilità 2013* cit., p. 227 (che propende però per escludere il pubblico impiego dal nuovo rito speciale); L. CAVALLARO, *Pubblico impiego e (nuovo) art. 18 e (nuovo) art. 18 St. lav.: "difficile convivenza" o coesistenza pacifica?*, *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT*, n. 176/2013 (rielaborazione di *L'art. 18 St. lav. e il pubblico impiego: breve (per ora) storia di un equivoco*, in *Lav. pubb. amm.*, 2012, 1019), p. 2 ss.; R. RIVERSO, *Indicazioni operative sul rito Fornero (con una divagazione minima finale)*, testo scritto presentato in occasione dell'incontro di studio organizzato dal CSM sul tema, a Roma in data 29 ottobre 2012, in www.magistraturademocratica.it, 2 ss.; R. DEL PUNTA, *Sull'applicazione del nuovo art. 18 al rapporto di lavoro pubblico*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2013, II, p. 420.

del 50%+1 delle sigle sindacali firmatarie ai fini della stipula dei contratti di comparto; anche se a tutt'oggi la traduzione di tale formula, consegnata alle federazioni, si presenta assai difficile in una realtà produttiva ed occupazionale diversa da quella pubblica, più frammentata e meno sindacalizzata.

Se, poi, ci si sposta a guardare la stessa scena dal lato dell'impiego pubblico, si può constatare come ci sia stato un ulteriore riavvicinamento tra i due universi del lavoro dipendenti. Ciò per effetto della ricezione nelle P.A. dell'accordo quadro "separato" di riforma degli assetti contrattuali del 22 gennaio 2009 e del relativo accordo interconfederale attuativo⁽¹²⁴³⁾ che hanno modificato il Protocollo del luglio '93 relativamente alla cadenza dei rinnovi contrattuali: ora l'art. 40, comma 3 del Tupo prevede, infatti, che "La durata viene stabilita in modo che vi sia coincidenza fra la vigenza della disciplina giuridica e di quella economica".

13. La riforma "bloccata" fra l'aspettativa di una maggiore efficienza e la realtà di una compressione della spesa pubblica dettata dall'UE.

Di più non sembra di poter dire, se non per esprimere il disagio di dover scrivere per un'opera come il Trattato - destinata a durare nel tempo in ragione del suo stesso dna - a proposito di un sistema sindacale, quello del pubblico impiego, iper-regolato, con un particolare dispendio di vincoli procedurali e sostanziali, tutti finalizzati ad assicurarne un funzionamento fisiologico, cioè rispettoso del duplice vincolo costituzionale: l'equilibrio di bilancio, oggi rafforzato col limite al ricorso all'indebitamento (art. 81 commi 1 e 2) e operante nei confronti di tutte le pubbliche amministrazioni "in coerenza con l'ordinamento dell'Unione europea" (art. 97, comma 1)⁽¹²⁴⁴⁾; dall'altro, il "buon andamento" e l'"imparzialità dell'amministrazione" (art. 97, comma 2). Si tratta, però, di un sistema sottoposto, nel caso migliore, ad un continuo *stop and go* da parte di un Governo costretto ad inseguire affannosamente il miraggio di un deficit non superiore al 3% se non addirittura a ipotizzare, prima o poi, un rimaneggiamento più o meno radicale, sul punto, della stessa riforma.

Per l'intanto l'art. 9, co. 17, del d.l. 78/2010 (convertito con modificazioni dalla l. 122/2010) aveva previsto il blocco delle procedure contrattuali relative al triennio 2010-2012, successivamente esteso fino al 2014. L'art. 16 D.L. 98/2011 ha poi previsto la possibilità di prorogare, con regolamento, fino al 31 dicembre 2014 le "vigenti disposizioni che limitano la crescita dei trattamenti economici anche accessori del personale delle Pubbliche Amministrazioni". Il blocco è stato attuato con il DPR 4 settembre 2013, n. 122 con cui si è altresì previsto che si dia luogo alle procedure contrattuali e negoziali ricadenti negli anni 2013-2014 per la sola parte normativa e senza possibilità di recupero per la parte economica.

⁽¹²⁴³⁾ Ho già ragionato in modo approfondito sul tema in F. CARINCI, *Una dichiarazione d'intenti: l'Accordo quadro 22 gennaio 2009 sulla riforma degli assetti contrattuali*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT, n. 86/2009; più di recente cfr. F. CARINCI, *Alice non abita più qui (a proposito e a sproposito del "nostro" diritto sindacale)*, in corso di pubblicazione in *Giornale dir. lav. e relazioni ind.*, 2013; ma vedi anche R. PESSI, *Prospettive evolutive delle relazioni industriali in Italia: la riforma degli assetti contrattuali*, in *Dir. Rel. Ind.*, 2009, 2, p. 326 ss., V. FERRANTE, *L'accordo interconfederale dell'aprile 2009 di riforma del sistema della contrattazione collettiva: brevi note*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2009, 1021 ss.; L. BELLARDI, *La revisione della struttura contrattuale negli accordi separati del 2009*, in *Riv. Giur. Lav.*, 2009, I, p. 447 ss.; M. RICCI, *L'accordo quadro e l'accordo interconfederale del 2009: contenuti, criticità e modelli di relazioni industriali*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2009, I, p. 353 ss.; nonché da ultimo P. TOSI, *Gli assetti contrattuali fra tradizione e innovazione*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2013, p. 511 ss.

⁽¹²⁴⁴⁾ Sul tema, nel tempo a noi più vicino, A. MORRONE, *Pareggio di bilancio e Stato costituzionale*, in *Lav. Dir.*, 2013, 365 ss., e C. GOLINO, *Il principio del pareggio di bilancio. Evoluzione e prospettive*, Padova, 2013, 138 ss., ove ulteriori riferimenti.

La *doppia anima* delle politiche attive del lavoro e la Riforma Fornero*

Manuel Marocco

1. Premessa	365
2. Le politiche attive nella legislazione nazionale italiana <i>ante</i> Riforma.	369
3. Il <i>work first</i> all'italiana.	374
3.1. Lep solo per i beneficiari di ammortizzatori sociali?	376
3.2. Una condizionalità adeguata al nuovo mercato del lavoro.	383
4. Brevi conclusioni.	389

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 192/2013

1. Premessa

“Dovrebbe essere adottata una accurata revisione delle norme che regolano l'assunzione e il licenziamento dei dipendenti, stabilendo un sistema di assicurazione dalla disoccupazione e un insieme di politiche attive per il mercato del lavoro che siano in grado di facilitare la riallocazione delle risorse verso le aziende e verso i settori più competitivi.”

Erano queste, tra le altre, le “misure significative per accrescere il potenziale di crescita” che la Banca Centrale Europea, nell'agosto del 2011, auspicava fossero adottate dall'Esecutivo italiano allora in carica. È appena il caso di notare che proprio relativamente alle politiche attive la Bce non si limitava ad un richiamo, ma chiariva espressamente la loro finalizzazione: favorire la riallocazione dell'offerta di lavoro verso aziende e settori competitivi, in linea – apparentemente – con l'approccio scandinavo a queste politiche pubbliche¹²⁴⁵. L'indirizzo raccomandato, per la verità non particolarmente innovativo, è quello della *flexicurity*, come si evince dalla presenza di tutte le componenti tipiche di questa strategia integrata, da lungo tempo e pervicacemente, suggerita dalle istituzioni comunitarie¹²⁴⁶.

Perlomeno dal punto di vista sistematico, la legge 28 giugno 2012 n. 92 (d'ora innanzi Riforma) – appunto finalizzata ad una “riforma del mercato del lavoro in una prospettiva di crescita” – risponde, quasi pedissequamente, all'invito della Bce. In effetti, il suo primo articolo è dedicato alla “revisione delle norme che regolano l'assunzione e il licenziamento dei dipendenti”; il secondo al “sistema di assicurazione dalla disoccupazione” ed il quarto alle “politiche attive per il mercato del lavoro”¹²⁴⁷.

In sostanza le politiche attive, nel loro complesso, sono rappresentate da tutti quei servizi o misure utili ad adattare le caratteristiche dell'offerta di lavoro alla domanda di lavoro¹²⁴⁸, con

¹²⁴⁵ Gli interventi pubblici di politica attiva possono esser fatte risalire alle idee dell'economista sindacale Gösta Rehn degli anni '40, spesso individuato come il “padre del modello Svedese” e a quelle di Rudolf Meidner dei primi anni '50. Nell'ambito del modello Rehn-Meidner, ci si proponeva di disegnare politiche economiche in grado di garantire bassa inflazione, piena occupazione e compressione dei salari. In tale modello, gli interventi di politica attiva erano indirizzati ad evitare che misure anti-inflazionistiche potessero causare disoccupazione nei settori a bassa produttività: infatti, interventi volti al miglioramento del livello professionale e all'aumento della mobilità del lavoratore, avrebbero favorito lo spostamento di lavoratori dai settori a bassa produttività – a rischio di disoccupazione – verso quelli a più alta produttività. In sostanza le politiche attive avevano la funzione di innalzare la produttività del lavoro. Sia consentito rinviare a D. D'ANGELO, M. MAROCCO, *Danimarca e Svezia: le politiche di attivazione in due paesi scandinavi*, in C. LAGALA, M. D'ONGHIA, *Politiche di attivazione dei disoccupati in Europa*, 2010, Ediesse, Roma.

¹²⁴⁶ Vedi COM(2007) 359 def., *Verso principi comuni di flessicurezza: Posti di lavoro più numerosi e migliori grazie alla flessibilità e alla sicurezza*. Per una ricostruzione critica del progressivo affermarsi di questa strategia si veda T. BAZZANI, *L'intreccio tra politiche attive e passive: possibili sviluppi*, Tesi di Dottorato, in http://www.univr.it/documenti/AllegatiOA/allegatooa_30471.pdf; per una riconsiderazione di questa strategia proprio alla luce di una possibile riforma del mercato del lavoro italiano si veda L. ZOPPOLI, *La flexicurity dell'Unione europea: appunti per la riforma del mercato del lavoro in Italia*, WP C.S.D.L.E. “massimo D'Antona”.IT, 2012, 141.

¹²⁴⁷ La non perfetta coincidenza tra la lettera della Bce e la Riforma deriva dalla *persistenza* nell'ordinamento italiano delle “tutele in costanza di lavoro”, appunto l'articolo 3 della legge n. 92, le quali rappresentano, sotto il profilo comparato, una fattura tipicamente italiana. D'altro canto, l'Esecutivo, nell'espone gli intendimenti originari della Riforma, proponeva l'introduzione di un reddito minimo di ultima istanza e la abolizione/riduzione dell'ambito di applicazione della Cassa integrazione Guadagni. Vedi sul punto S. SPATTINI, *Il nuovo sistema degli ammortizzatori sociali*, in www.bollettinoadapt.it, 2012, 7 dicembre.

¹²⁴⁸ È sufficiente scorrere la tassonomia utilizzata, a fini statistici, da Eurostat per convincersi di tale pressoché esclusivo interesse per le politiche rivolte al solo lato dell'offerta; un cenno al lato della domanda, sul punto si ritornerà, si ritrova solo in materia di servizi di assistenza ai datori di lavoro per la selezione e l'assunzione. Si veda EUROSTAT, *Labour market policy database*,

l'obiettivo univoco di innalzare il tasso di occupazione¹²⁴⁹. Come accennato, le *Active Labour Market Policy* (Almp) costituiscono una rilevante parte delle politiche del lavoro, che sulla scorta dell'esperienza – e dei successi – dei paesi scandinavi, hanno riscosso una particolare attenzione da parte delle istituzioni comunitarie. Infatti, tali politiche rientrano tra quelle suggerite, fin dai suoi esordi, dalla Strategia Europea per l'occupazione (Seo)¹²⁵⁰. In particolare, la Seo privilegiava – e continua a privilegiare – queste politiche, di miglioramento dell'occupabilità dei lavoratori e dei disoccupati, a scapito di quelle meramente curative, di mero sostegno al reddito (cd. politiche passive). Così, in maniera generica, il vecchio pilastro della occupabilità invitava ad una rivisitazione dei sistemi previdenziali “in modo da garantire che contribuiscano attivamente all'occupabilità”¹²⁵¹ e, ora, gli orientamenti integrati per l'occupazione sollecitano ad una “definizione chiara dei diritti e delle responsabilità affinché i disoccupati possano cercare attivamente un impiego”¹²⁵².

In altre parole, su indicazione dell'Unione Europea, è divenuto sempre più rilevante il ruolo delle politiche attive e delle istituzioni che le gestiscono, i Servizi pubblici per l'impiego (Spi), sicché la disciplina relativa ad essi è finita per saldarsi strettamente con quella relativa agli ammortizzatori sociali.

Più di recente, alcuni documenti comunitari in tema di Spi in particolare¹²⁵³ dichiarano di ispirarsi ad un nuovo paradigma, i *mercati del lavoro transizionali* (*Transitional labour markets*, Tlm)¹²⁵⁴. A

http://epp.eurostat.ec.europa.eu/cache/ITY_OFFPUB/KS-BF-06-003/EN/KS-BF-06-003-EN.PDF, 2006, 17. Le politiche attive considerate (misure 1-7) sono: i servizi per l'impiego, la formazione, le politiche che agiscono, sotto varie forme, sull'orario di lavoro, gli incentivi all'assunzione, le misure di inserimento al lavoro, i lavori socialmente utili, gli incentivi all'autoimprenditorialità.

¹²⁴⁹ In disparte dalle modalità con cui raggiungere tale obiettivo finale, e cioè innalzando il capitale umano dei soggetti coinvolti, ovvero imponendo l'accettazione di un'occupazione qualsiasi (vedi *infra*), tali misure sono comunque espressione di questa scelta di politica economica. Sottolineano tale aspetto L. STRUYVEN, L. VAN MELLAERT, M. GONZALEZ-GARIBAY, *Bringing Public Employment Services back in*, in https://lirias.kuleuven.be/bitstream/123456789/374595/1/CES_PESU2020_19-03-2012_FIN.pdf.

¹²⁵⁰ Per un'analisi della Seo in tutte le sue diverse fasi si veda M. ROCELLA, *Formazione, occupabilità, occupazione nell'Europa comunitaria*, in AA.VV., *Formazione e mercato del lavoro in Italia e in Europa*, Atti del XV Congresso nazionale di diritto del lavoro AIDLASS, S. Margherita di Pula (Cagliari), 1-3 giugno 2006, Giuffrè, Milano, 2007.

¹²⁵¹ Così la Risoluzione del Consiglio del 22 febbraio 1999 sugli orientamenti in materia di occupazione per il 1999.

¹²⁵² Così l'orientamento 7, Decisione del Consiglio, del 21 ottobre 2010. L'attuale formulazione, ribadito il legame tra politiche passive ed attive, pare più esplicita nella funzionalizzazione di quest'ultime alla responsabilizzazione dei disoccupati (“definizione chiara dei diritti e delle responsabilità”), quasi riecheggiando una contrattualizzazione dell'impegno del disoccupato alla attivazione. Su questo tema sia consentito rinviare a M. MAROCCO, *Teoria e prassi nell'attivazione dei disoccupati: il patto di servizio*, in *Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2008, 119, ed alla bibliografia ivi richiamata.

¹²⁵³ In primo luogo vedi COM (2010) 682 def., *Un'agenda per nuove competenze e per l'occupazione: Un contributo europeo verso la piena occupazione*, che costituisce una delle cd. iniziative faro a seguito della adozione della c.d. Strategia Europa 2020 [COM (2010) 2020, def., *Una strategia per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva*], ma anche, e più esplicitamente, il documento della Commissione, *Contributo dei servizi pubblici per l'occupazione alla strategia Europa 2020. Documento finale sulla strategia SPO 2020*, preparato nell'ambito della iniziativa della stessa Commissione “Dialogo tra servizi pubblici per l'impiego” (vedi il sito <http://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=964&intPagel=1254&langId=en>).

¹²⁵⁴ Per una ricostruzione vedi B. GAZIER, J. GAUTÉ, *The “Transitional Labour Markets” Approach: Theory, History and Future Research Agenda*, Document de Travail du Centre d'Economie de la Sorbonne - 2009.01. Assai sintetizzando, tale approccio poggia su di una rappresentazione dinamica del mercato del lavoro, il quale pertanto non è considerato come statico processo di aggiustamento tra domanda ed offerta, ma frutto delle “transizioni” che si producono nella carriera lavorativa dei soggetti (alla più tradizionale “transizione” occupazione-disoccupazione, se ne affiancano altre verso detto mercato, al suo interno ed esterno e viceversa: dalla scuola al lavoro, dall'orario pieno al quello parziale, dal lavoro alle varie forme di congedo riconosciute dall'ordinamento, ecc.). Peraltro, l'aspetto più affascinante dei Tlm è che tale approccio, nell'idea dei suoi originari propugnatori, ha immediate ricadute sui sistemi di sicurezza sociale: si propone, difatti, di sostituire, ai tradizionali strumenti di tutela basati sugli *status* che si succedono nella carriera

dir la verità, le implicazioni che ne vengono fatte discendere, sotto il profilo della organizzazione dei servizi per l'impiego, paiono minimali: ci si limita, in sostanza, a rilevare che l'insorgenza dei Tlm implichi l'allargamento delle funzioni degli Spi oltre i loro tradizionali utenti – i disoccupati. Peraltro, nonostante i fondatori di questa teoria criticino esplicitamente taluni aspetti delle politiche di attivazione¹²⁵⁵, la Commissione, proprio al momento di promuovere un rinnovamento degli Spi ispirato ai Tlm, ribadisce invece la necessità che gli stessi Spi assicurino “una politica di attivazione con risultati sostenibili”¹²⁵⁶.

È necessario, a questo punto, accennare, seppur brevemente, alle origini e successivi sviluppi delle Almp. Nella più risalente concezione, fermo restando il baricentro dell'intervento pubblico sullo stimolo della impiegabilità dei lavoratori¹²⁵⁷, queste politiche sono di tipo inclusivo, rivolte cioè a favorire l'inclusione di gruppi particolarmente svantaggiati nel mercato del lavoro, ma comunque attente all'innalzamento del loro capitale umano; l'idea sottostante è che il lavoro costituisca il mezzo migliore per favorire la reintegrazione degli esclusi nella società e ridurre la povertà¹²⁵⁸. Esulava, pertanto, da questo approccio originario l'intento di vigilare sui comportamenti dei soggetti coinvolti nelle stesse politiche ed in particolare a condizionare l'accesso alle prestazioni del sistema di sicurezza sociale al controllo della disponibilità al lavoro (cd. condizionabilità¹²⁵⁹), prevalendo l'obiettivo di *empowerment* sopra ricordato.

A questa “anima” scandinava, se ne contrappone una anglosassone¹²⁶⁰, sviluppatasi verso la fine degli anni '80, ove è privilegiato, a scapito degli obiettivi di innalzamento del capitale umano, la

lavorativa, nuovi istituiti atti a proteggere dinamicamente tutte dette *traiettorie* dentro, all'interno e all'esterno del mercato del lavoro. Secondo gli stessi Aa. (*Ibidem*, 8) i Tlm rappresentano il corrispondente economico ed organizzativo delle note proposte avanzate da Alain Supiot in tema di riconoscimento di *diritti sociali di prelievo* (A. SUPIOT, *Il futuro del lavoro*, Carocci, Roma, 2003). Già in precedenza A. ALAIMO, *Servizi per l'impiego e disoccupazione nel “welfare attivo” e nei “mercati del lavoro trasizionali”*, in Riv.dir.sic.soc., 2012, 3, 555 e ss., ha sottolineato come, sulla scorta delle indicazioni comunitarie, anche documenti italiani in tema di riforma del sistema di sicurezza sociale (Ministero del lavoro, della Salute e delle politiche sociali, *Libro Bianco sul futuro del modello sociale*, 2009) traevano spunti impliciti dai Tlm.

¹²⁵⁵ GAZIER, J. GAUTIE, *The “Transitional Labour Markets” Approach: Theory, History and Future Research Agenda*, cit., 9, criticano in particolare l'approccio mercantilistico ad educazione, formazione e occupabilità, nonché l'eccessiva importanza attribuita all'azzardo morale nell'ambito delle riforme dei sistemi di tutela contro il rischio di disoccupazione. Vedi *infra* nota 100.

¹²⁵⁶ Così il già citato documento *Contributo dei servizi pubblici per l'occupazione alla strategia Europa 2020. Documento finale sulla strategia SPO 2020*, 1; in tale scritto, in particolare, si sostiene che i Tlm comportano un rinnovamento dei sistemi di sicurezza sociale anche assicurando “una nuova combinazione delle funzioni “attive” e “passive”. Invece di compensare passivamente le perdite di reddito e proteggere i posti di lavoro, i governi dovranno investire attivamente nel capitale umano degli individui e degli ambienti lavorativi allo scopo di aiutare le persone a proteggersi autonomamente”.

¹²⁵⁷ Sottolinea criticamente tale aspetto S. GIUBBONI, *La dimensione sociale dell'integrazione europea*, Il Mulino, Bologna, 2003, giustamente enfatizzando che ciò implica una diversa idea di responsabilità pubblica, che abbandona così misure keynesiane di supporto alla domanda.

¹²⁵⁸ Così J. HANDLER, *The rise and the Spread of workfare, Activation, Devolution and Privatization and the Changing Status of Citizenship*, UCLA School of law, Public Law & Legal Theory Research Paper Series, Research paper No. 08-05, 2008.

¹²⁵⁹ Il termine è utilizzato da M. FERRERA, *La gestione del rischio economico di disoccupazione in Europa: osservazioni comparate e implicazioni per l'Italia*, in S. PORCARI (a cura di), *Sistemi di welfare e gestione del rischio economico di disoccupazione*, Isfol, Franco Angeli, Milano, 2004, 29 e si riferisce alle “condizioni che devono essere soddisfatte dal beneficiario per percepire (e/o continuare a percepire) la prestazione”.

¹²⁶⁰ In letteratura sono state proposte altre classificazioni delle Almp, non legate alla tradizione nazionale di origine. J. TORFING, *Workfare With Welfare: Recent Reforms of the Danish Welfare State*, Journal of European Social Policy, 1999, 9, 5, distingue, rispettivamente, tra strategia di workfare *offensiva* e *difensiva*; J. C. BARBIER, *Welfare to work policies in Europe*, Centre d'études de l'emploi, Document de travail, 11, 2001, contrappone strategie di attivazione *universalistiche* a quelle *liberali*. Per una ricostruzione vedi T. BAZZANI, *L'intreccio tra politiche attive e passive: possibili sviluppi*, cit.

finalità di inclusione nel mercato del lavoro (cd. *work first*)¹²⁶¹. L'introduzione di tale meccanismo, oltre ad essere motivato da esigenze di contenimento della spesa pubblica, è giustificato dall'esigenza di contrastare il presunto effetto disincentivante alla ricerca di un nuovo lavoro e alla riqualificazione professionale (c.d. *unemployment trap*) che deriverebbe dall'elargizione di sussidi alla disoccupazione¹²⁶².

In altre parole, il privilegio assegnato alle politiche attive, oltre a poter essere letto come strategia volta allo sviluppo della produttività, può essere considerato anche un'espressione della tendenza alla riduzione dei sistemi di *welfare*, promossa da correnti politiche neoliberali: in particolare, a detta dei detrattori delle politiche attive, ricorre un rischio di *eterogenesi dei fini* delle stesse – almeno nei paesi dove hanno funzionato. Infatti, il privilegio assegnato a obiettivi di attivazione dei disoccupati, potrebbe finire per far perdere di importanza al contenuto e al raggiungimento degli obiettivi di sviluppo del capitale umano (c.d. *training effect*), che hanno accompagnato originariamente la loro introduzione, piuttosto esaltando la capacità delle stesse politiche di modificare il comportamento del disoccupato, orientandolo verso il reingresso nel mercato del lavoro ed all'uscita dal sistema del *welfare* (c.d. *motivation effect*)¹²⁶³. In ultima analisi, spostare l'attenzione esclusiva su obiettivi di ingresso nel lavoro potrebbe generare il rischio di un abbassamento della produttività dello stesso, ove non controbilanciata da politiche che accompagnino un cambiamento strutturale del sistema economico, verso settori, tipologie di imprese e beni di investimento.

In sostanza, il passaggio tra le due "anime" – da scandinava ad anglosassone – non è segnato dalla introduzione di un legame tra politiche passive e politiche attive e quindi dalla considerazione della partecipazione a queste ultime quale obbligo, un sinallagma contrattuale, cui è condizionato il diritto a ricevere il sussidio di disoccupazione, dal cui mancato adempimento discende la perdita del sussidio stesso¹²⁶⁴. Siffatto passaggio è invece marcato dall'irrelevanza qualitativa del

¹²⁶¹ Giustamente E. GUALMINI, R. RIZZA, *Attivazione, occupabilità e nuovi orientamenti nelle politiche del lavoro: il caso italiano e tedesco a confronto*, in Stato e Mercato, 92, 2011, 196, sottolineano che in Europa hanno fatto da contraltare all'adozione dell'approccio di *work first*, politiche di flessibilizzazione in entrata dei mercati del lavoro. Lo sventagliamento delle tipologie contrattuali in entrata è insomma congeniale con l'obiettivo di rendere il mercato del lavoro il più inclusivo possibile e di alleggerire il peso e il finanziamento del *Welfare State*.

¹²⁶² M. MANCINI, *I sistemi di protezione del reddito dei disoccupati in Italia tra politica sociale e strategia per l'occupazione: analisi e confronti internazionali*, Ispol, Monografie sul mercato del lavoro e le politiche per l'impiego, 2000, n. 4, in particolare 15 ss., ricostruisce quelle teorie economiche che ricollegano ai sistemi di protezione del reddito dei disoccupati una delle cause degli alti livelli di disoccupazione europei.

¹²⁶³ Si veda in proposito E. SOL, Y. HOOGTANDERS, *Marketisation of employment services in the Netherlands*, in E. SOL, M. WESTERVELD (a cura di), *Contractualism in employment service*, Kluwer Law International, The Netherlands, 2005, 148, e H. JØRGESEN, *From a beautiful swan to an ugly duckling: Changes in Danish activation policies since 2003*, in *European Journal of Social Security*, 2009, 11, 4, 337-368, il quale rimarca l'evoluzione delle politiche attive danesi verso una strategia di «attivazione basata sulla punizione». Si veda anche A. SARTORI, *Misurare e valutare i servizi per l'impiego. L'esperienza internazionale*, Ediesse, Roma, 2010, 117. Per chiarire il rischio di questo deperimento qualitativo delle Almp è sufficiente leggere uno dei tanti studi quantitativi dedicati all'effetto delle sanzioni comminate dalle istituzioni preposte al controllo dei disoccupati sottoposti a programmi di attivazione. Si veda ad es. O. TOOMET, *Threat effect of the labour market programs in Denmark: Evidence from a quasi-experiment*, The University of Tartu Faculty of Economics and Business Administration Working Paper, 2008, 62; è ivi, senza remora, affermato: "Anche se l'effetto *ex post* di qualificazione del disoccupato è virtualmente uguale a zero, il programma di politica attiva può essere comunque benefico ove la sua mera presenza, e vale a dire l'obbligo di partecipare allo stesso, modifica in senso favorevole il comportamento del disoccupato".

¹²⁶⁴ Così J. HANDLER, *The rise and the spread of workfare, Activation, Devolution and Privatization and the Changing Status of Citizenship*, cit.. Giustamente, prendendo in considerazione l'ordinamento italiano, F. LISO, *Appunti su alcuni profili dell'articolo 19, decreto-legge*

contenuto delle politiche attive, sino a svuotarlo completamente di pregio qualora la disponibilità al lavoro richiesta al beneficiario della prestazione sociale è assoluta e cioè non mitigata da contemporanei obiettivi di salvaguardia/innalzamento della professionalità in precedenza accumulata dallo stesso.

È lecito allora chiedersi: a quale *anima* si è ispirato il Legislatore italiano, nel passato e nella più recente produzione legislativa?

2. Le politiche attive nella legislazione nazionale italiana *ante* Riforma.

Affiorata in sede regionale¹²⁶⁵ e fatta propria dal Legislatore nazionale¹²⁶⁶, l'espressione "politica attiva del lavoro" è stata circoscritta dal punto di vista contenutistico dall'art. 2, 2° co., del decreto legislativo 23 dicembre 1997, n. 469, mediante il quale, come è noto, in attuazione della cd. Riforma Bassanini, furono conferite funzioni e compiti in materia di mercato del lavoro a Regioni e Province. Questo articolo individuava alcune attività di servizio in precedenza svolte dagli uffici periferici del Ministero in favore di alcune categorie di lavoratori svantaggiati (donne; tossicodipendenti ed ex detenuti; cd. lavoratori riservatari e quelli posti in mobilità), nonché alcune di misure di inserimento non costituenti rapporti di lavoro (tirocini formativi e di orientamento, borse di lavoro e lavori socialmente utili). La logica non era squisitamente definitiva, ma di mera ripartizione di funzioni e compiti allo scopo espressamente elencati. Tuttavia, si poteva ricavare implicitamente l'obiettivo generale di politica economica delle misure – l'innalzamento del tasso di occupazione di particolari *target* – senza peraltro *colorarne l'anima*, secondo gli indirizzi affermatosi in altri paesi.

Le Almp hanno trovato poi spazio nel testo legislativo di riferimento in materia di mediazione pubblica al lavoro, grazie al decreto legislativo n. 297 del 19 dicembre 2002, n. 297, di modifica del decreto legislativo n. 181 del 21 aprile 2000¹²⁶⁷.

Quest'ultimo decreto attua, parzialmente, le deleghe contenute nella legge n. 144/1999, con cui era stato recepito il cd. Patto di Natale dello stesso anno. La legge n. 144, infatti, tra l'altro,

n. 185/2008 convertito nella legge n. 2/2009, in Riv. Dir. Sic. Soc., 2009, 716, sottolinea che la condizionalità nasce insieme all'assicurazione contro la disoccupazione, in quanto corollario necessario del carattere involontario dell'evento oggetto di assicurazione.

¹²⁶⁵ P.A. VARESI, *Il conferimento di funzioni e compiti*, in F. CARINCI (a cura di), "Il nuovo collocamento", inserto di Dir.prat.lav., 1998, 11, sottolinea che le Regioni, forzando l'ambito ristretto delle competenze loro attribuite, in particolare progressivamente estendendo ed originariamente interpretando le fasi solo propedeutiche al collocamento della manodopera (formazione professionale, orientamento, osservazione del mercato del lavoro), hanno, con vicende alterne, parzialmente occupato "la terra di nessuno" dell'incentivazione economica alle assunzioni delle categorie svantaggiate, delle misure di *job-creation*, degli LSU, in una parola la parte più innovativa dei servizi per l'impiego, la c.d. politica attiva del lavoro. Per una ricostruzione di tali politiche regionali si veda M. NAPOLI in M. NAPOLI, A. OCCHINO, M. CORTI, *I servizi per l'impiego. Art. 2098*, in Comm Sch, Giuffrè, Milano, 2010, 26 ss.

¹²⁶⁶ A titolo esemplificativo, la legge quadro in materia di formazione professionale (l. n. 845/78) all'art. 1 qualificava esplicitamente quest'ultima quale "strumento della politica attiva del lavoro". La legge n. 56 del 1987, nel *rinfrancare* le vecchie istituzioni del collocamento, senza mai darne una definizione, attribuiva alle Sezioni circoscrizionali per l'impiego il compito di attuare la "politica attiva dell'impiego", alle Commissioni regionali per l'impiego la funzione di "programmazione, di direzione e di controllo della politica attiva del lavoro" ed, infine, riconosceva alle Agenzie per l'impiego la facoltà di sottoporre alla stessa Commissione regionale ed ai competenti organi della regione "proposte e programmi di politica attiva del lavoro".

¹²⁶⁷ Per una recente ricostruzione dell'evoluzione legislativa in cui va contestualizzato tale decreto si veda P. ICHINO, A. SARTORI, *Il sistema di avviamento al lavoro*, in M. BROLLO (a cura di), *Il mercato del lavoro*, Trattato di diritto del lavoro diretto da Mattia Persiani e Franco Carinci, VI, Cedam, Padova, 2012, 77 e ss.

nell'attribuire all'Esecutivo il compito di razionalizzare le misure di inserimento al lavoro, imponeva una propedeutica operazione di "revisione dei criteri per l'accertamento dei requisiti individuali di appartenenza dei soggetti alle diverse categorie, allo scopo di renderli più adeguati alla valutazione ed al controllo dell'effettiva situazione di disagio"¹²⁶⁸. Era cioè richiesta una chiara individuazione dei *target* cui rivolgere le Almp e tra questi – si noti – la legge delega considerava anche i "lavoratori fruitori del trattamento straordinario di integrazione salariale da consistente lasso di tempo"¹²⁶⁹. Si tratta infatti di categoria che solo da ultimo, come si dirà, è *riaffiorata*, grazie alla Riforma.

La stessa legge, come è noto, conteneva una delega – mai attuata – in materia di riforma degli ammortizzatori sociali ed ivi rinviava alla decretazione delegata il compito di stabilire una connessione tra trattamenti di integrazione salariale e di disoccupazione ed interventi formativi, proprio in linea con le indicazioni comunitarie¹²⁷⁰. Se ne può dedurre che la *ratio legis* fosse, per così dire, scandinava: nessun intervento era annunciato sotto il profilo del controllo della disponibilità al lavoro dei disoccupati, piuttosto era rimarcato l'obiettivo inclusivo e, implicitamente, di sviluppo del capitale umano, attraverso gli interventi di *policy* appena ricordati.

I principi e criteri direttivi così fissati solo in parte sono stati attuati dal Legislatore delegato. Il d.lgs. n. 181/2000, infatti, non realizzava la connessione tra ammortizzatori sociali ed Almp: l'art. 5, 2° co. escludeva qualsiasi proiezione della disciplina in materia di Almp sui trattamenti di disoccupazione e, peraltro, nonostante il criterio direttivo contenuto nella legge n. 144 sopra ricordato, i lavoratori in CIGS non costituivano dei *target* delle misure di inserimento lavorativo. Residuava pertanto solo la finalità tassonomica, sia sotto il profilo della classificazione dei *target*, nonché di prima individuazione della tipologia di servizi appositamente ritagliati sulle categorie soggettive appena introdotte. Si trattava di una serie di attività di cui era fissata una precisa tempistica di erogazione, nonché obiettivi di *performance* minimi, sulla scorta di una tecnica utilizzata esplicitamente dalla prima stagione della Seo, peraltro oramai superata, almeno nelle indicazioni di *policy* comunitarie ora in vigore¹²⁷¹. Ci si riferisce alla tecnica del cd. *management by objective*

¹²⁶⁸ Art. 45, 1° co., lett. a), l. n. 144/1999.

¹²⁶⁹ Così l'art. 45, 1° co., lett. a), punto 1, della già richiamata l. n. 144/99.

¹²⁷⁰ Vedi rispettivamente le lett. g) e i), art. 45, l. n. 144/1999. La prima prevedeva la razionalizzazione ed estensione degli istituti di integrazione salariale "da collegare anche ad iniziative di formazione professionale". La seconda imponeva la graduale armonizzazione e rafforzamento dei trattamenti di disoccupazione, esplicitamente disponendo l'introduzione di un obbligo in capo ai disoccupati "di partecipare a corsi di orientamento e di formazione, anche condizionando l'erogazione del trattamento all'effettiva frequenza".

¹²⁷¹ Il cd. Processo di Lussemburgo dotava di criteri di misurabilità gli orientamenti relativi all'offerta di un "nuovo punto di partenza" a favore di giovani e disoccupati di lunga durata (e vale a dire "formazione, di riqualificazione, di esperienza professionale, di impiego o di qualunque altra misura atta a favorire l'inserimento professionale"). Si veda in proposito ad es. linee guida 1 e 2 degli orientamenti per l'anno 1999, contenuti nell'allegato alla Risoluzione del Consiglio del 22 febbraio 1999. Nelle successive fasi della stessa Seo, tuttavia, sono venute meno le indicazioni circa la tempistica di intervento dei servizi per l'occupazione, pur permanendo questi ultimi al centro della Seo (si veda da ultimo la già citata linea guida n. 7 della Decisione del Consiglio del 21 ottobre 2010). Una riedizione di questa impostazione metodologica la si ritrova nella recente Raccomandazione del Consiglio del 22 aprile 2013 sull'istituzione di una garanzia per i giovani (2013/C 120/01); in quest'ambito è, tra l'altro, raccomandato di "garantire che tutti i giovani di età inferiore a 25 anni ricevano un'offerta qualitativamente valida di lavoro, proseguimento degli studi, apprendistato o tirocinio entro un periodo di quattro mesi dall'inizio della disoccupazione o dall'uscita dal sistema d'istruzione formale". Si veda in proposito G. ROSOLEN, G. GIOLIA (a cura di), *Giovani e lavoro: luci e ombre del piano Youth Guarantee con riferimento all'Italia*, Bollettino Speciale ADPT, 10 giugno, n. 16.

(MBO), utilizzata per valutare, secondo parametri quantitativi misurabili, l'efficienza e l'efficacia dei servizi pubblici¹²⁷².

Come anticipato, solo con il d.lgs. n. 297/2002, questi servizi sono stati espressamente qualificati quali "misure di politica attiva"¹²⁷³. Nonostante così si arrivasse, dopo un lento e farraginoso percorso, a qualificare ed individuare le misure di adattamento dell'offerta di lavoro – sostanzialmente cristallizzando la *soft law* europea in *hard law* interno¹²⁷⁴ – il processo di adeguamento alle indicazioni della Seo era tutt'altro che concluso, sia su di un piano formale, che sostanziale.

Sul primo piano, si è visto, il 181 non prevedeva alcuna proiezione della mancata partecipazione alle Almp sull'accesso e sul godimento degli ammortizzatori sociali¹²⁷⁵; per definizione, allora, era senz'altro da escludere un'anima anglossassone, di *work first*, delle "misure di politica attiva" individuate al citato art. 3, visto quest'approccio *ex se* richiede detta connessione. Pertanto, l'inadempimento dell'obbligo di attivazione da parte del disoccupato o inoccupato – di qualsiasi *target* si trattasse – proiettava i suoi effetti solo all'interno delle stesse politiche attive: come si è già scritto, esso determinava la temporanea esclusione del soggetto dalle misure predisposte nell'ambito del servizio pubblico al lavoro¹²⁷⁶. Nonostante l'assenza di un riverbero sul piano del rapporto giuridico previdenziale¹²⁷⁷, permaneva l'obiettivo intrinseco delle Almp: la ricostituzione del capitale umano e l'inclusione nel mercato del lavoro di categorie particolarmente svantaggiate. L'effettiva e costante partecipazione a tali politiche era così affidata all'autonoma scelta del soggetto coinvolto, senza essere esternamente condizionata da un approccio di *Carrot and Stick* (ricompensa e punizione). In breve, sul piano del condizionamento dei comportamenti, residuava solo la carota (la misura di promozione della occupabilità), in assenza del bastone (la perdita del trattamento previdenziale).

Ma soprattutto sul piano sostanziale rimaneva del tutto elusa l'esigenza di sostenere adeguatamente e verificare l'effettiva erogazione delle misure individuate al citato art. 3, in esecuzione

¹²⁷² Relativamente a tale sistema di misurazione dell'efficienza della PA la letteratura è sterminata. Per l'uso nell'ambito dei servizi per l'impiego si veda OECD, *Employment Outlook. Public Employment Services: Managing Performance*, Parigi, 2006, 223 ss. In Italia, in materia di servizi per l'impiego si veda S. SPATTINI, *Il governo del mercato del lavoro tra controllo pubblico e neo-contrattualismo*, Giuffrè, Milano, 2008, 97 ss., e, di recente, A. SARTORI, *Misurare e valutare i servizi per l'impiego. L'esperienza internazionale*, Ediesse, Roma, 2010, 47, nota 1, anche per i riferimenti bibliografici.

¹²⁷³ Così l'art. 3 del d.lgs. n. 181/2000, come sostituito l'art. 4, del d.lgs. n. 297/2002.

¹²⁷⁴ La presenza di indicatori misurabili finiva per attribuire, di fatto, una maggiore forza vincolante rispetto agli altri orientamenti che ne erano privi. M. BIAGI, *L'applicazione del Trattato di Amsterdam in materia di occupazione: coordinamento o convergenza?*, ora in L. MONTUSCHI, M. TIRABOSCHI, T. TREU, *Marco Biagi. Un giurista progettuale. Scritti scelti*, Giuffrè, Milano, 2003, 92, riteneva che tali orientamenti, proprio perché accompagnati da detti indicatori, potessero essere ritenuti "criteri di convergenza" in materia occupazionale.

¹²⁷⁵ Per una ricostruzione del dibattito dottrinario relativo alla insorgenza, a seguito del d.lgs. n. 181/2000, di una nozione unica di *status* di disoccupazione vedi N. PACI, *La tutela dei disoccupati e le politiche di welfare*, in *Riv.giur.lav.*, 2006, I, 819 e ss.

¹²⁷⁶ Sia consentito rinviare a M. MAROCCO, *I regolamenti regionali in materia di incontro tra domanda ed offerta di lavoro*, in *Riv.giur.lav.* 2005, II, 641 e ss. Nelle delibere giuntali con cui le Regioni, tra l'altro, hanno definito obiettivi e indirizzi operativi dei servizi per l'impiego, in sostanza, la perdita dello *status* si traduce nella impossibilità temporanea di accedere ai servizi all'impiego: è in altre parole prevista l'inammissibilità del soggetto decaduto a rendere, per periodi che vanno da un minimo di 2 mesi (Emilia-Romagna, Puglia) fino ad un massimo di 12 (Toscana), una nuova dichiarazione di immediata disponibilità al lavoro.

¹²⁷⁷ L'Inps comunque riteneva comunque "utile" per la liquidazione dei trattamenti di disoccupazione la dichiarazione di disponibilità, imponendo comunque ai lavoratori di allegare alle relative domande "una dichiarazione di responsabilità con la quale attestino di possedere lo stato di disoccupato e di aver adempiuto all'obbligo di presentarsi presso i Centri per l'impiego per l'immediata disponibilità. Sul punto vedi F. DINI, *Dichiarazione di responsabilità e accertamento dello stato di disoccupazione*, in *Lav.Giur.*, 4, 2003, 343.

non solo degli orientamenti comunitari in materia di Almp, ma anche in attuazione degli impegni programmatici di politica pubblica derivanti dall'art. 4 Cost¹²⁷⁸. Le politiche attive infatti hanno anche una chiara dimensione organizzativa; viene in causa cioè l'effettiva capacità degli organismi coinvolti nel, per così dire, *reggere l'impatto*, in termini di carichi lavorativi, professionalità e cultura, che deriva dalla personalizzazione dei servizi, che esse comportano. D'altro canto, un fattore decisivo di contesto che ne influenza la concreta implementazione è, chiaramente, «la natura e la dimensione della disoccupazione, nonché la composizione dei gruppi target delle politiche di attivazione»¹²⁷⁹; in altre parole, è necessario un diverso apporto di risorse, finanziarie ed umane, se si deve gestire l'attivazione dei disoccupati nella municipalità di Copenaghen, oppure di quelli del solo quartiere di Scampia di Napoli.

Rispetto alla mancata connessione, in punta di diritto, con le politiche passive appariva ben più grave e profondo, il divario rispetto all'impegno di derivazione comunitaria, nonché costituzionale, di predisposizione di adeguate ed efficienti politiche attive del lavoro. Nonostante la presenza di *isole felici* certificate¹²⁸⁰, il difetto maggiore derivava – e deriva – dall'affidamento quasi esclusivo di queste misure al sostegno finanziario tramite il Fondo Sociale Europeo (Fse)¹²⁸¹. Peraltro, nel contesto di uno scarso e declinante impegno nazionale¹²⁸², il contributo finanziario comunitario, pur avendo il pregio di puntellare le Almp nazionali, d'altro canto, le condiziona negativamente dal punto di vista della programmazione: sembra infatti conferirgli l'aspetto di una *sperimentazione permanente*, a causa del respiro necessariamente limitato nel tempo del finanziamento (un sessennio), nonché delle modalità ordinarie di utilizzo dei fondi strutturali (affidamenti in genere di breve durata, promossi mediante l'indizione di procedure di evidenza pubblica).

Nonostante la distanza materiale rispetto all'impegno assunto in sede comunitaria, il Legislatore negli anni successivi al ricordato d.lgs. n. 297/2002, piuttosto che affrontare il profilo dell'effettiva e omogenea implementazione dell'art. 3 del d.lgs. n. 181 su tutto il territorio nazionale, si è soprattutto impegnato a risolvere, in punta di diritto, il ricordato difetto di coordinamento con le politiche passive. Prima della Riforma, il più punto più alto di tale sforzo è stato raggiunto,

¹²⁷⁸ Per una recente e convincente rilettura di questi impegni si veda F. LISO, *Il diritto al lavoro*, in *Dir.lav.rel.ind.*, 2009, 121, 1.

¹²⁷⁹ Così R. VAN BERKEL, *La diffusione degli approcci individuali nelle politiche europee d'attivazione - Alcune conclusioni*, in *Riv.pol.soc.*, 1, 2005.

¹²⁸⁰ Possono essere in proposito consultati i rapporti di monitoraggio dell'Isfol. L'ultimo disponibile è consultabile all'indirizzo <http://www.lavoro.gov.it/NR/rdonlyres/OD8570B2-F099-4CD5-9524-38EDE11F131/0/Monitoraggiodeiserviziiperlimpiego2008.pdf>.

¹²⁸¹ Il regolamento (CE) n. 1081/2006 disciplina, per il periodo di programmazione in corso (2006-2013), l'uso del Fse. Tra le attività per le quali gli Stati membri possono avvalersi del cofinanziamento europeo sono considerate quelle rivolte alla "modernizzazione e il potenziamento delle istituzioni del mercato del lavoro, in particolare i servizi per l'impiego". Anche nella proposta di Regolamento per il periodo di programmazione 2014-2020 (vedi COM(2011) 607 final/2), tra le "priorità d'investimento", ricorre "la modernizzazione e il rafforzamento delle istituzioni del mercato del lavoro" (art. 3, 1° co., lett. a), punto VII).

¹²⁸² Sulla base dei dati Eurostat 2010 relativi all'incidenza sul Pil delle risorse dedicate alle Almp l'Italia si posiziona a mezza classifica, con lo 0,35%, comunque ben distante dal paese ispiratore del modello della *flexicurity*, la Danimarca, che dedica alle Almp ben l'1,4% del Pil. Peraltro gli stessi dati certificano un progressivo deterioramento di questa spesa. Mentre il nostro paese ha raggiunto la percentuale massima nel 2004 (0.70 %), nel 2011 l'Italia ha dedicato alle Almp lo 0,31% del Pil.

attraverso vari passaggi intermedi¹²⁸³, con la legislazione anti-crisi predisposta a partire dalla fine del 2008¹²⁸⁴; in questo ambito, infatti, si condizionava espressamente il diritto a percepire qualsiasi trattamento di sostegno al reddito alla disponibilità al lavoro o a un percorso di riqualificazione professionale¹²⁸⁵.

Il tentativo in sostanza è stato quello di *colorare l'anima* delle politiche attive italiane di tinte anglosassoni, puntando in particolare sullo stimolo della disponibilità al lavoro dei disoccupati e sulla capacità inclusiva del mercato del lavoro¹²⁸⁶, anche con riflessi di cui la dottrina più attenta ha rilevato possibili esiti anticostituzionali¹²⁸⁷; peraltro, questo approccio appare miope, e vale a dire incapace di raggiungere gli esiti auspicati, poiché ha continuato a non preoccuparsi dell'effettiva capacità organizzativa delle istituzioni preposte di erogare le stesse politiche, soprattutto in contesti produttivi asfittici.

Peraltro proprio la questione istituzionale pesa come una *spada di damocle* sull'intera materia. In particolare incide il destino, ora incerto, delle Province, il livello istituzionale che, fin dal decentramento amministrativo delle politiche del mercato del lavoro della fine degli anni '90, era stato individuato quale principale ente di gestione ed erogazione dei servizi per l'impiego e delle politiche attive¹²⁸⁸; esse infatti sembrano destinate a cadere per il raggiungimento degli obiettivi di

¹²⁸³ Ci si riferisce in particolare all'art. 13, 2° co., lett. a, l. n. 80/2005, il quale stabiliva che: "L'indennità di disoccupazione non spetta nelle ipotesi di perdita e sospensione dello stato di disoccupazione disciplinate dalla normativa in materia di incontro tra domanda e offerta di lavoro". Si veda N. PACI, *La tutela dei disoccupati*, cit., 825 e ss.

¹²⁸⁴ Si fa riferimento all'art. 19, co. 10, del d.l. 29 novembre 2008, n. 185, conv. dalla l. 28 gennaio 2009, n. 2. Secondo D. GAROFALO, *Profili di carattere generale*, in M. BROLLO (a cura di), *Il mercato del lavoro*, cit., 585, il difetto di collegamento tra le due politiche aveva trovato con questa norma la propria composizione sistemica. Tuttavia i profili problematici permanevano, così come evidenziati da F. LISO, *Appunti su alcuni profili dell'articolo 19*, cit., 727, in particolare sotto il profilo della definizione univoca di offerta di lavoro congrua con effetti decadenziali sia del rapporto giuridico previdenziale sia del rapporto di servizio utente-servizio competente. La questione è di tutto rilievo, perché la Riforma – largamente ispirata per questo aspetto al citato art. 19, comma 10 – come si dirà, non l'ha risolta definitivamente, sicché permane il difetto di coordinamento segnalato da F. Liso.

¹²⁸⁵ Per un commento nella prospettiva della condizionalità si veda S. SPATTINI, *La nuova condizionalità all'accesso ai trattamenti di sostegno al reddito: potenzialità e criticità nella prospettiva della riforma degli ammortizzatori sociali*, in *Dir.rel.ind.*, 2010, 2, 377.

¹²⁸⁶ Può essere considerato espressivo di questo approccio il documento presentato dal Ministero del Lavoro nel maggio dal titolo *La vita buona nella società attiva. Libro Bianco sul futuro del modello sociale*, in <http://www.lavoro.gov.it/NR/rdonlyres/376B2AF8-45BF-40C7-BBF0-F9032F1459D0/0/librobianco.pdf>. Nella prospettiva fondativa di un nuovo *welfar attivo* in cui cioè "la concessione di tutele e sussidi deve essere condizionata, là dove possibile, alla partecipazione attiva nella società", ne derivava che, in tema di ammortizzatori sociali, si affermava la necessità di conferire alla effettività alla regola della "cessazione del sostegno al reddito nel caso di rifiuto di una offerta di lavoro congrua rispetto alla precedente occupazione e remunerazione o un percorso di riqualificazione" (p. 54).

¹²⁸⁷ Ne è un esempio l'art. 1-*quinquies*, co. 1, d.l. 5 ottobre 2004, n. 249, conv. dalla l. 3 dicembre 2004, n. 291, ove, come sottolineato da F. LISO, *Appunti su alcuni profili dell'articolo 19*, cit., 727, per valutare la congruità dell'offerta di lavoro con effetti decadenziali sui trattamenti previdenziali sono considerati solo parametri geografici e materiali (retribuzione perduta) e non elementi funzionali e vale a dire il capitale umano in precedenza accumulato dal soggetto. Giustamente la stessa dottrina sottolinea gli esiti anticostituzionali per violazione del diritto al lavoro di cui all'art. 4 Cost., nella sua accezione di libertà negativa.

¹²⁸⁸ Difatti, le Province, giustamente considerate le vere "protagoniste" di quel decentramento (così F. CARINCI, *I due volti della riforma: regionalizzazione e privatizzazione*, *Quad. riv. it. dir. lav.*, 1999, 22, 4), nella maggioranza dei casi, hanno visto riconfermato tale ruolo da quelle Regioni che hanno esercitato la potestà legislativa concorrente in materia di "tutela e sicurezza del lavoro". Tutte le Regioni, ad esclusione della Lombardia, che, a seguito della riforma del Titolo V della Costituzione, hanno legiferato in materia, hanno confermato il ruolo delle Province. Stessa situazione, chiaramente si ritrova nelle restanti Regioni, principalmente del Centro-Sud, in cui vige ancora il decentramento amministrativo e vale a dire le leggi di attuazione del d.lgs. n. 469/97. Sia consentito rinviare per questo aspetto a M. MAROCCO, *Servizi per l'impiego e accreditamenti regionali*, 2011, Milano, Giuffrè, nonché alla bibliografia ivi richiamata.

finanza pubblica¹²⁸⁹. Si pone pertanto il problema di chi nel futuro sostituirà l'ente locale soppresso, quale fulcro gestionale delle Almp, senza che la legge n. 92 – ma neanche il successivo cd. Decreto lavoro – si pronunci sul punto, con tutte le incertezze che possono derivare da tale silenzio¹²⁹⁰.

3. Il *work first* all'italiana.

Con la Riforma appare distintamente, in più parti del testo legislativo¹²⁹¹, il richiamo congiunto a "politiche attive e di attivazione": la comparsa, accanto alle Almp, dell'espressione politiche di "attivazione" sembra quasi disvelare la *ratio legis* complessiva di questa nuova fase di disciplina¹²⁹². Si intende riferirci all'evoluzione delle politiche attive verso una strategia di «attivazione basata sulla punizione», come alcuni autori si sono espressi osservando l'evoluzione tendenziale di altri sistemi nazionali di sicurezza sociale¹²⁹³.

Il Legislatore non si è riuscito a distaccare dall'impostazione di fondo della precedente fase di disciplina delle Almp ricostruita nel precedente paragrafo ed, in sostanza, ha riguardato alle stesse dimostrando, di fatto, scarso interesse per il loro contenuto intrinseco¹²⁹⁴ e maggiore attenzione verso l'affinamento della disciplina relativa alla connessione con le politiche passive e, quindi, agli effetti decadenziali connessi con la mancata partecipazione alle stesse politiche attive, in una parola la condizionalità¹²⁹⁵. Anticipando in parte le conclusioni del presente scritto, sembra

¹²⁸⁹ Si veda per una ricostruzione di tale normativa P.A. VARESI, *I servizi per l'impiego nella legislazione regionale*, cit., 270 e ss, il quale, peraltro, giustamente sottolinea che, nonostante le incertezze, l'attuale assetto costituzionale attribuisce alle Regioni la competenza a decidere il livello istituzionale cui affidare la gestione delle Almp.

¹²⁹⁰ Per la verità l'Esecutivo aveva manifestato la sua opzione in materia nel già citato documento *La riforma del mercato del lavoro in una prospettiva di crescita*, 26. In tale ambito, si fa esplicito riferimento ad una proposta governativa, non ulteriormente dettagliata e che comunque si prevedeva di sottoporre alla Conferenza Unificata Stato-Regioni, di istituire "una Agenzia unica nazionale per la gestione in forma integrata delle politiche attive e dell'ASpl, partecipata da Stato, Regioni e Province autonome e caratterizzata da forte autonomia territoriale". Anche nel corso dell'iter di conversione del cd. Decreto lavoro (dl 28 giugno 2013, n. 76, conv. dalla l. 9 agosto 2013, n. 99; per un primo commento vedi M. TIRABOSCHI (a cura di), *Interventi urgenti per la promozione dell'occupazione, in particolare giovanile, e della coesione sociale. Primo commento al decreto legge 28 giugno 2013, n. 76*, ADAPT LABOUR STUDIES, e-Book series n. 10) era apparso un riferimento al modello agenziale, poi scomparso nella sua versione definitiva. Ora è prevista una soluzione per così dire *mediana*, comunque legata ad una particolare misura di politica attiva. Difatti, si prevede, a titolo sperimentale, l'istituzione di una "struttura di missione" con "compiti propositivi e istruttori" in particolare relativamente alla già ricordata Garanzia giovani e la struttura è chiamata ad operare "in attesa della definizione del processo di riordino sul territorio nazionale dei servizi per l'impiego". Tuttavia essa, per funzioni e componenti, sembra implicitamente prefigurare una possibile e più generale soluzione organizzativa in materia di programmazione e coordinamento delle Almp. Sul punto si ritornerà più avanti.

¹²⁹¹ Vedi artt. 1, co. 5; 4, co. 36 e 41, lett. a).

¹²⁹² Il significato del termine "attivazione" è chiarito dal nuovo principio e criterio direttivo per l'esercizio della delega in materia di riforma dei servizi per l'impiego introdotto dall'art. 4, co. 48, lett. c, l. n. 92/2012; l'attivazione è ivi riferita "al soggetto che cerca lavoro, in quanto mai occupato, espulso o beneficiario di ammortizzatori sociali, al fine di incentivarne la ricerca attiva di una nuova occupazione".

¹²⁹³ Vedi ancora H. JØRGESEN, *From a beautiful swan to an ugly duckling*, cit.

¹²⁹⁴ D'altro canto, allo scarso interesse del Legislatore corrisponde un altrettanto evidente indifferenza per la materia nel dibattito politico-sindacale e scientifico. Sottolineano questo aspetto anche G. CANAVESI, *Un altro "ostacolo" si abbatte sulla riforma di Monti*, in *Il Sussidiario*, 7 marzo 2012 e L. FORLANI, *Politiche attive e servizi del lavoro: un passaggio chiave della riforma del mercato del lavoro*, in <http://www.nelmerito.com>, 6 aprile 2012.

¹²⁹⁵ Nello stesso senso A. ALAIMO, *Servizi per l'impiego*, cit., 563 e ss., in particolare quando sottolinea, da una parte, il disinteresse per il controllo della qualità, efficacia, efficienza delle Almp e, dall'altra, la logica punitiva sposata, come si vince dalla focalizzazione sulla disciplina relativa alla condizionalità. Piuttosto esplicito è il documento, *La riforma del mercato del lavoro in una prospettiva di crescita*, presentato dal Ministro del lavoro al Consiglio dei Ministri del 23 marzo 2012 e approvata dallo stesso nella medesima seduta.

ciò che, pur non essendo adottato in senso assoluto un approccio di *work first*, vi è il rischio che prevalga un'*anima* anglosassone di tipo sanzionatorio, a causa della fattuale irrilevanza qualitativa del contenuto delle stesse politiche attive. In altre parole, in assenza di congrue politiche attive, vi è il pericolo che residui solo l'obiettivo inclusivo nel mercato del lavoro e di uscita dal sistema di sicurezza sociale, obiettivo non mitigato dalla salvaguardia/innalzamento della professionalità, che pure costituisce la finalità che ha accompagnato, almeno in Europa, la nascita di queste politiche.

In disparte dalla questione della persistente assenza di qualsiasi prescrizione concernente la giustiziabilità dei casi di mancata e/o inefficace prestazione delle Almp¹²⁹⁶, tale giudizio deriva sostanzialmente dalla caparbia idea, dopo oramai quasi un quindicennio di sperimentazioni, come già detto, di voler costruire un *gigante dai piedi di argilla* o, per dirla più volgarmente, di *fare le nozze con i fichi secchi*¹²⁹⁷. Ci si riferisce al fatto che, neppure nel contesto di questa ulteriore Riforma del mercato del lavoro, sono programmate adeguate risorse per il finanziamento delle politiche attive¹²⁹⁸. D'altro canto, come giustamente è stato osservato¹²⁹⁹, poiché la l. n. 92/2012 prevede una delega, oramai scaduta, al Governo per un successivo intervento su identica materia (art. 4, co. 48-50), se ne deve ricavare che lo stesso Legislatore considerasse la disciplina appena confezionata non sufficiente a rinvigorire le Almp italiane, ma che sarebbe stata necessaria un ulteriore aggiustamento.

D'altro canto, proprio a causa di tali deficienze della legge n. 92, è stato indispensabile disciplinare alternative e sperimentali soluzioni organizzative – ci si riferisce alla già ricordata Struttura di missione (vedi oltre) – spinti dalla “necessità di dare tempestiva ed efficace attuazione” ad una misura di Almp (la cd. Garanzia Giovani), neppure troppo inedita¹³⁰⁰, successivamente promossa a livello comunitario¹³⁰¹.

Il capitolo relativo alle Almp si apre con l'affermazione: “La presenza d'un regime di sussidi di disoccupazione rafforza la necessità di tener conto d'una finalità particolare dell'intervento pubblico: al generico “aiuto” ai soggetti deboli ed a rischio di emarginazione si aggiunge infatti l'esigenza di contrastare abusi e disincentivi connessi con l'operare dei sussidi.”

¹²⁹⁶ Sottolinea tale aspetto A. ALAIMO, *Servizi per l'impiego*, cit., 578 e ss. Rimane così colpevolmente ancora senza un'esplicita soluzione la questione, avanzata da autorevole dottrina (M. RUSCIANO, *Il lavoro come diritto: servizi per l'impiego e decentramento amministrativo*, RGL, 1999, I, 191 ss.), in ordine alla individuazione delle conseguenze giuridiche in caso di mancata e/o inefficace erogazione dei servizi all'impiego ed in particolare alla eventuale responsabilità delle pubbliche amministrazioni locali.

¹²⁹⁷ In senso non difforme M. MAGNANI, *La riforma del mercato del lavoro*, Intervento al seminario *La riforma del mercato del lavoro*; Facoltà di giurisprudenza, Università di Roma Tre, 13 aprile 2012, la quale, a proposito di questo capitolo della Riforma, non esita a parlare di “libro dei sogni”.

¹²⁹⁸ Sottolinea tale aspetto anche V. FILI, *Politiche attive e servizi per l'impiego 2012*, in *Lav.giur.*, 2012, 10, 990, stigmatizzando il comma 37, art. 4, l. n. 92, ove si dispone che le future Almp italiane saranno ad invarianza di risorse finanziarie, umane e strumentali.

¹²⁹⁹ M. CINELLI, *Gli ammortizzatori sociali nel disegno di riforma del mercato del lavoro*, in

http://csdle.lex.unict.it/archive/uploads/up_746600924.pdf

¹³⁰⁰ La misura è largamente ripresa, per contenuto e meccanismi di implementazione, da quelle tradizionalmente proposte nell'ambito della Seo. Sia consentito rinviare in proposito a M. Marocco, *Youth Guarantee e servizi per l'impiego*, in G. ROSOLEN, G. GIOLIA (a cura di), *Giovani e lavoro: luci e ombre del piano Youth Guarantee con riferimento all'Italia*, cit.

¹³⁰¹ Così l'art. 5, 1° co., Decreto Lavoro, che collega l'istituzione della Struttura di missione alla “necessità di dare tempestiva ed efficace attuazione, a decorrere dal 1° gennaio 2014, alla cosiddetta «Garanzia per i Giovani» (Youth Guarantee)”. La nascita del nuovo organismo va quindi direttamente ricollegata alla previsione contenuta al paragrafo 2 della Raccomandazione 2013/C 120/01 già citata, il quale invita gli Stati membri a identificare una “autorità pubblica pertinente incaricata di istituire e gestire il sistema di garanzia per i giovani”, o, comunque, in alternativa a specificare “un unico punto di contatto incaricato di comunicare alla Commissione l'esecuzione della garanzia per i giovani”.

L'impostazione di fondo della l. n. 92 pare trasparire se si comparano i due blocchi fondamentali in cui ci sembra possa essere suddivisa la disciplina che la Riforma dedica alle politiche attive ed ai servizi per l'impiego. Il primo – commi 33-37, art. 4¹³⁰² – è dedicato alla stabilizzazione normativa e proceduralizzazione del sistema di erogazione dei servizi per l'impiego e delle Almp; il secondo – commi 38-47 – al *suggello normativo* della condizionalità.

3.1. Lep solo per i beneficiari di ammortizzatori sociali?

Il primo blocco normativo è, in breve, realizzato mediante l'aggiunta di nuovi commi (relativi rispettivamente a due nuovi sotto-*target*) al già commentato art. 3 del d.lgs. n. 181 e dalla correlativa istituzione di una procedura valutativa di verifica del livello delle prestazioni offerte nell'ambito del servizio pubblico al lavoro così definito.

Quanto alla delimitazione del servizio al lavoro (comma 33, lett. *a* e *b*, art. 4), le modifiche introdotte, per la verità, sono bene poche. La lettera *b* – che il Legislatore, per pura logica sistemica, meglio avrebbe fatto ad anteporre – modifica la rubrica dell'art. 3, d.lgs. n. 181: la precedente (“indirizzi generali ai servizi competenti ai fini della prevenzione della disoccupazione di lunga durata”) è, più esplicitamente, sostituita da “Livelli essenziali delle prestazioni concernenti i servizi per l'impiego” (Lep); è, in altre parole, palesemente manifestato¹³⁰³ l'intento di esercitare in materia quella potestà esclusiva statale riconosciuta dalla Carta costituzionale, come d'altronde fin da subito era stato proposto dalla dottrina¹³⁰⁴. Le Regioni pertanto dovranno offrire “almeno” le “misure di politica attiva” indicate ai commi 1, *1bis* e *1ter*, commi, questi ultimi due, introdotti dalla lett. *a* su citata. Senza modificare la tecnica di *management* in essere (*target* soggettivi cui corrispondono obiettivi di *performance* basati sulla tempistica di erogazione) ed all'interno delle categorie soggettive già riconosciute dall'ordinamento, vengono ora anche espressamente considerati i beneficiari di “ammortizzatori sociali per i quali lo stato di disoccupazione costituisca requisito” e i percettori “di trattamento di integrazione salariale o di altre prestazioni in costanza di rapporto di lavoro”.

Quanto alla tecnica di *management*, già si è detto (vedi nota 1271): la Seo non suggerisce più, oramai da anni, di indicizzare l'attività degli Spi sulla base della tempistica di erogazione delle Almp; non c'è dubbio che questo indicatore ha il pregio di conferire carattere universalistico al servizio al lavoro e di evitare fenomeni di *cd. cherry picking* o *creaming* (selezione dei disoccupati più facili da collocare/ricollocare) e di *parking* (scarsa assistenza nei confronti dei soggetti con

¹³⁰² Per la precisione esula dalla prima sezione la lett. *c*), co. 33, art. 4, che va inserita nella seconda e che pertanto commenteremo in quell'ambito.

¹³⁰³ Già prima larga parte della dottrina (vedi P. ICHINO, A. SARTORI, *Il sistema di avviamento al lavoro*, cit., nota 161) aveva qualificato i servizi di cui all'art. 3 quali livelli di prestazione del servizio sociale al lavoro fissati dal Legislatore nell'esercizio della potestà esclusiva ex art. 117, 2° co., lett. *m*).

¹³⁰⁴ Un gruppo di Autori aveva, fin da subito, attribuito un certo rilievo in materia di servizi per l'impiego alla potestà statale esclusiva di «determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni». In particolare questi A. (vedi M. BIAGI, *Il lavoro nella riforma costituzionale*, in *DRI*, 2002, 2, 157, ora in M. TIRABOSCHI, L. MONTUSCHI, T. TREU, *Marco Biagi. Un giurista progettuale. Scritti scelti*, Giuffrè, Milano, 2003, e E. ALES, *Diritto all'accesso al lavoro e servizi per l'impiego nel nuovo quadro costituzionale: la rilevanza del “livello essenziale di prestazione”*, in *DLM*, 2003, 9) proponevano appunto il ricorso alla c.d. “tecnica del livello essenziale di prestazione”, che affida al Legislatore statale una competenza trasversale volta alla individuazione di misure in materia di mercato del lavoro, da attuarsi attraverso prestazioni determinate in concreto dalle singole Regioni – ma solo *in melius* rispetto alla tutela base – e da scongiurare possibili effetti di *dumping* sociale per effetto di differenze disciplinari territoriali.

maggiori barriere al reingresso o che non garantiscono il raggiungimento degli obiettivi di *performance*)¹³⁰⁵. Purtroppo, proprio gli esiti applicativi non brillanti dell'art. 3 nel suo non breve periodo di prima attuazione (2003-2012), avrebbero dovuto, perlomeno, suggerire di rafforzare quell'indicatore con altri: ad es. relativi alla struttura (numero utenti/operatori), alle competenze professionali minime degli operatori, ecc.¹³⁰⁶ D'altro canto, la modifica di questo articolo avrebbe potuto anche costituire l'occasione, in linea con le più recenti indicazioni comunitarie¹³⁰⁷, per la previsione di Lep concernenti anche servizi da rivolgere alla domanda di lavoro. Seppure questo tipo di misure solo indirettamente realizzano l'interesse pubblico sotteso alla concretizzazione del diritto al lavoro costituzionalmente garantito¹³⁰⁸, non v'è dubbio che la costruzione combinata di politiche attive e servizi per i datori di lavoro potrebbero contribuire al migliore raggiungimento degli obiettivi delle prime¹³⁰⁹.

Stante il disinteresse così mostrato per la costruzione di realistici ed efficienti Lep relativi alle Almp¹³¹⁰, è allora l'*emersione* dall'ambito dei *target* preesistenti di una nuova *species*¹³¹¹ – i beneficiari degli ammortizzatori sociali – che disvela, subito, l'*anima* anglosassone dell'intervento di riforma¹³¹². Peraltro, se l'*emersione* di questi *target* finisse per costituire un'indicazione di *policy* finalizzata a privilegiare queste categorie rispetto al *genus* dei non "coperti" da ammortizzatori sociali, l'effetto sarebbe paradossale: questi ultimi oltre a non essere protetti economicamente dal rischio di disoccupazione, finirebbero per essere sfavoriti nell'accesso alle Almp, poiché il Legislatore ha scelto di coartare queste misure verso obiettivi di *work first*¹³¹³. L'impressione che

¹³⁰⁵ Si pensi al caso in cui fosse stato previsto un indicatore di *performance* correlato ad una quota minima, differenziata per *target*, di soggetti ricollocati.

¹³⁰⁶ Da ultimo, P. ICHINO, A. SARTORI, *Il sistema di avviamento al lavoro*, cit., 115, sviluppano tale tematica, sottolineando le potenzialità della tecnica dei Lep, idonei a qualificare le prestazioni dei diritti sociali non solo sotto il profilo quantitativo, ma anche qualitativo. Anche S. SPATTINI, *Politiche attive e condizionalità dei sussidi: il ruolo dei servizi per l'impiego*, in a cura di M. MAGNANI, M. TIRABOSCHI (a cura di), *La nuova riforma del lavoro*, Le nuove leggi civili, Milano, Giuffrè, 2012, 374, critica i Lep di cui al 181, però sotto altri profili: oltre allo svilimento della sussidiarietà verticale ed orizzontale, si sottolinea che essi siano *fini a se stessi*, senza l'introduzione di meccanismi di valutazione delle *performance* basati sulla effettiva capacità di ricollocazione dei disoccupati e/o beneficiari. Per quanto detto nel testo, non si concorda con quest'ultima critica: proprio l'esperienza comparata dimostra che questo tipo di indicatori sono quelli che alimentano inammissibili e inefficienti fenomeni di *creaming* dei disoccupati.

¹³⁰⁷ Nel più volte citato *Contributo dei servizi pubblici per l'occupazione alla strategia Europa 2020. Documento finale sulla strategia SPO 2020*, 6, si auspica, insieme alla messa in opera di misure di attivazione dei disoccupati, "una profonda comprensione della domanda di lavoro e (...) un'assistenza qualitativa ai datori di lavoro".

¹³⁰⁸ Seppure sviluppate in un altro contesto (anche le agenzie per il lavoro realizzano solo indirettamente detto interesse pubblico) ci sembra possano essere qui richiamate le considerazioni di F. LISO, *Sub art. 3*, in AA.VV., *Il nuovo mercato del lavoro. Commento al d.lgs. 10 settembre 2003*, n. 276, Zanichelli, Bologna, 60.

¹³⁰⁹ Sia consentito rinviare in proposito a F. GIUBILEO, M., MAROCCO, *Servizi per l'impiego, non bastano i livelli essenziali*, in <http://www.lavoce.info/servizio-per-limpiego-non-bastano-i-livelli-essenziali/>, 18.12.12.

¹³¹⁰ Poiché il sistema di premialità previsto al successivo comma 34 (vedi *infra*) non potrà basarsi sugli scarni indicatori di *performance* di cui all'art. 3, d.lgs. n. 181 è plausibile che, nell'ambito dell'Accordo in sede di Conferenza unificata, dovranno essere individuati ulteriori elementi valutativi.

¹³¹¹ Se ben si intende anche A. ALAIMO, *Servizi per l'impiego*, cit., 562, considera i percettori di sussidi pubblici in rapporto di *species* a *genus* rispetto alle categorie preesistenti (giovani, donne in reinserimento lavorativo e disoccupati di lunga durata), rispetto alle quali i primi detengono un requisito definitorio *aggiuntivo*, il godimento dell'ammortizzatore sociale.

¹³¹² Nello stesso senso S. SPATTINI, *Politiche attive e condizionalità*, cit., 373, quando afferma che l'interessamento per i percettori di ammortizzatori deriva non soltanto dall'intento di migliorarne l'occupabilità, quanto di disincentivare la loro permanenza passiva nel sistema previdenziale e la loro uscita dallo stesso.

¹³¹³ Questo rischio è giustamente sottolineato da P. PASCUCCI, *Servizi per l'impiego, politiche attive, stato di disoccupazione e condizionalità nella legge n. 92 del 2012*, in Riv.dir.sic.soc., 2012, 3, 507.

questo paradossale privilegio possa veramente verificarsi nei fatti è rafforzata dalla constatazione che la nuova disciplina, ad invarianza di spesa, impone l'offerta di attività aggiuntive in favore dei *nuovi target* (vedi *infra*): in altre parole i servizi competenti dovranno *attivarsi* in misura maggiore rispetto al passato, pur non potendo contare su risorse aggiuntive.

Obiettivamente è stato profuso un maggior sforzo definitorio con riguardo al contenuto delle misure da offrire ai beneficiari di ammortizzatori sociali. Se, nel complesso, si compara i Lep relativi alle prestazioni in favore delle preesistenti categorie con quelli da ultimo introdotti, si nota una certa evoluzione tecnica: le attività considerate al co. 1, art. 3, d.lgs. n. 181/2000 sono, infatti, piuttosto generiche – frutto, come detto, di una mera operazione di traduzione delle indicazioni provenienti dalla Seo – e lasciano un corrispettivo spazio di discrezionalità alle amministrazioni locali (“iniziative di inserimento lavorativo o di formazione o di riqualificazione professionale od altra misura che favorisca l'integrazione professionale”); quelle ora aggiunte, invece, risultano maggiormente dettagliate sotto il profilo contenutistico e paiono ispirate anche all'esperienza accumulata dalle Regioni, di recente, nella gestione dei cd. ammortizzatori sociali in deroga¹³¹⁴.

In favore dei disoccupati titolari di sussidi pubblici (co. 1bis, art. 3) è prevista l'offerta, in sequenza temporale¹³¹⁵, di: un colloquio individuale di orientamento; azioni di orientamento collettivo sulle strategie di ricerca di lavoro (*job search*); interventi formativi, adeguati sia ai fabbisogni professionali espressi dalla domanda di lavoro locale, sia alle pregresse esperienze accumulate *on the job* dai lavoratori¹³¹⁶. La sequenza si chiude con l'erogazione del cd. *new start* (“iniziative di inserimento lavorativo”)¹³¹⁷.

Quanto invece ai “sospesi” (co. 1ter), in coerenza con il loro *status* di occupati, si prevede in loro favore solo l'erogazione di formazione professionale. La vera novità in materia¹³¹⁸ è che, di fatto, si esclude dall'offerta di interventi di politica attiva, sotto forma di formazione professionale, i

¹³¹⁴ Su questa esperienza si veda DE VINCENZI R., IRANO A., SORCIONI M (a cura di), *Attuazione e primi risultati del programma di contrasto alla crisi occupazionale: triennio 2009-2011*, Isole, I libri del Fondo sociale europeo, Roma, 2012.

¹³¹⁵ Così D. GAROFALO, *Profili di carattere generale*, cit., 606. Il pacchetto prevede sequenzialmente: colloquio entro i 3 mesi dalla disoccupazione, orientamento collettivo tra i 3 e i 6 mesi, formazione dopo i 6 mesi, misura di inserimento al lavoro entro la fine del periodo di fruizione del trattamento.

¹³¹⁶ In sostanza, si fissano indirizzi rivolti alle Regioni a programmare e finanziare azioni formative esenti da quelle caratteristiche negative che, alle volte, si sono presentate nella pratica. Per una critica sull'attuale sistema di erogazione degli interventi formativi si vedano S. PIRRONI, P. SESTITO, *Disoccupati in Italia. Tra Stato, Regioni e cacciatori di teste*, Il Mulino, Bologna, 2006, 218 e, con altro approccio, B. CARUSO, *Occupabilità, formazione e “capability” nei modelli giuridici di regolazione dei mercati del lavoro*, cit., 174.

¹³¹⁷ Vi è perfetta coincidenza, contenutistica e nella tempistica, relativamente alla prima attività, il colloquio di orientamento. Tutti i disoccupati, pertanto, al di là delle loro caratteristiche soggettive (giovani, donne, adulti), ovvero del fatto che siano titolari, o meno, di ammortizzatori sociali, dovrebbero beneficiare “entro tre mesi dall'inizio dello stato di disoccupazione” di detto colloquio. Si tratta, stante l'andamento attuale del mercato del lavoro, di un obbligo di attivazione per gli uffici di notevole impatto in termini di carichi di lavoro. Con riguardo alla seconda attività (per una critica e dubbi definitori si veda P. PASCUCCI, *Servizi per l'impiego*, cit., 467 e ss.), la “proposta di adesione ad iniziative di inserimento lavorativo”, invece, cambia per ciascuna categoria soggettiva considerata il termine finale entro il quale la proposta deve essere effettuata dall'ufficio: “non oltre quattro mesi dall'inizio dello stato di disoccupazione” per adolescenti, giovani e donne in reinserimento lavorativo; “non oltre sei mesi dall'inizio dello stato di disoccupazione” per gli “altri soggetti a rischio di disoccupazione di lunga durata” ed, infine, “entro la scadenza del periodo di percezione del trattamento di sostegno del reddito” per i disoccupati titolari di ammortizzatori.

¹³¹⁸ Perlomeno dal lato della condizionalità era già previsto l'obbligo di frequentare regolarmente corsi di formazione o di riqualificazione (vedi il già citato art. 1 *quinquies* del d.l. n. 249/2004). Certo non sussisteva l'obbligo per i servizi competenti di offrire ai cassintegrati questa misura.

lavoratori “sospesi” per periodi inferiore ai sei mesi. La previsione appare ispirata alla esperienza degli ammortizzatori sociali in deroga: alcune Regioni¹³¹⁹, proprio l'impossibilità di programmare un'offerta formativa adeguata per coloro che beneficiano di sospensioni brevi e che, pertanto, possono venir repentinamente richiamati allo svolgimento dell'attività lavorativa, avevano già escluso costoro nell'ambito della platea dei soggetti tenuti a partecipare alle attività formative organizzate dalle stesse¹³²⁰.

Con riguardo ai Lep, va infine sottolineato che il maggior dettaglio del Legislatore del 2012 si spinge fino a dettare non solo la tempistica di *attivazione* degli uffici e la tipologia di intervento che la rete dei servizi per l'impiego regionale dovrà destinare, ma anche a fissare la durata minima dello stesso intervento: a tutti i titolari di ammortizzatori sociali, ad esclusione dei “sospesi” per periodi inferiori ai sei mesi, dovrà essere offerto un'attività di formazione della “durata complessiva non inferiore a due settimane”.

Ad una visione d'insieme, risultano rafforzati i dubbi sull'effettiva capacità dei servizi competenti di *reggere l'impatto* di queste attività aggiuntive, a meno che l'offerta di questi servizi non vada a detrimento, come detto, dei soggetti non “coperti” dagli ammortizzatori sociali.

Potrà essere utile a verificare la concreta *messa in opera* di questi livelli essenziali, ed a smentire i dubbi appena avanzati, la realizzazione di un modello nazionale di monitoraggio e valutazione¹³²¹.

¹³¹⁹ Ad es. l'Accordo Quadro stipulato dalla Regione Liguria e le parti sociali del 19 giugno 2009 in tema di ammortizzatori sociali in deroga prevedeva una differenziazione tipologica delle Almp offerte in base alla durata della sospensione concessa: a favore dei lavoratori in sospensione per periodi di brevissima durata (inferiori ai 15 giorni continuativi) o a orario ridotto, erano previsti solo interventi di orientamento e supporto attivati su base volontaria; per quelli di breve durata (tra 16 e 60 giorni), si prevedevano, sempre solo su base volontaria, un colloquio, un modulo di orientamento ed attività di *counseling*; per quelli di durata comunque superiore 60 giorni, si prevedeva la facoltà di accedere a formazione breve in piccoli gruppi o individualizzata; solo per lavoratori licenziati o in sospensione per periodi di lunga durata (superiore a 60 giorni consecutivi), e senza possibilità di rientro in azienda, era previsto l'obbligo di accedere a percorsi di riqualificazione delle competenze o di ricollocazione.

¹³²⁰ È possibile che, come afferma S. SPATTINI, *Politiche attive e condizionalità*, cit., 373, questa esclusione sia anche da ricollegare all'esigenza di riservare le misure di miglioramento della occupabilità a coloro che hanno maggiore probabilità di perdere lavoro, a causa della lunga durata della sospensione concessa, come peraltro si evince dal *lapsus calami* in cui è incorso il Legislatore (“offerta di formazione professionale (...) adeguata alle competenze professionali del disoccupato”). Segnala quest'ultimo aspetto P. PASCUCCI, *Servizi per l'impiego*, cit., 470). Critico P.A. VARESI *I servizi per l'impiego nella legislazione regionale*, in M. BROLLO (a cura di), *Il mercato del lavoro*, cit., 268, perché il Lep lascia trasparire l'intento di utilizzare la formazione professionale, peraltro costosa, come strumento di contrasto del lavoro irregolare.

¹³²¹ Per “monitoraggio” si intende, in breve, la raccolta di dati, quantitativi e/o qualitativi, finalizzati alla verifica dello stato di attuazione di una data politica pubblica. Sulla nozione di “valutazione” delle politiche pubbliche, di incerta definizione, esiste una copiosa letteratura. Ai fini di chiarire l'uso che se ne fa nel testo può essere utile la “poco restrittiva” nozione fornita da A. MARTINI, M. SISTI, *Valutare il successo delle politiche pubbliche*, Il Mulino, Bologna, 2009, secondo i quali essa consiste nella «attività tesa alla produzione sistematica di informazioni per dare giudizi su azioni pubbliche, con l'intento di migliorarle». Per maggiori approfondimenti, proprio in materia di servizi per l'impiego, si veda A. SARTORI, *Misurare e valutare i servizi per l'impiego. L'esperienza internazionale*, cit., 27 ss. La “cultura” valutativa ha scarsa presa in Italia, nonostante esistano organismi e professionisti che ne promuovano l'adozione (si veda il sito della Associazione italiana di valutazione www.valutazioneitaliana.it) ed anche la legge abbia incentivato le PA all'uso delle tecniche valutative, con finalità di miglioramento dell'efficienza e dell'efficacia dei servizi da essa resi. Ci si riferisce alla legge Bassanini (l. n. 59/1997), la quale, nell'ambito della delega in materia di «meccanismi e gli strumenti di monitoraggio e di valutazione dei costi, dei rendimenti e dei risultati dell'attività svolta dalle amministrazioni pubbliche» (art. 11, comma 1, lett. c), prevedeva che ciascuna amministrazione provvedesse «periodicamente e comunque annualmente alla elaborazione di specifici indicatori di efficacia, efficienza ed economicità ed alla valutazione comparativa dei costi, rendimenti e risultati», e che «l'esito dell'attività di valutazione dei costi, dei rendimenti e dei risultati» fosse collegato «alla allocazione annuale delle risorse» (art. 17). Si noti inoltre che l'art. 1 della già richiamata l. n. 144/1999 obbligava le amministrazioni centrali e regionali a costituire propri «nuclei di valutazione e verifica degli

Questo modello è implicito e propedeutico al comma 36, art. 4, il quale stabilizza un sistema di premialità nella ripartizione tra le Regioni del Fse, al fine di gratificare le amministrazioni che raggiungano le *performance* migliori nella erogazione degli stessi Lep fissati dalla Legge (“sistema di premialità (...) legato alla prestazione di politiche attive e servizi per l’impiego”), con meccanismo di *Carrot and Stick* analogo a quello previsto in capo agli utenti¹³²² e secondo i dettami del *management* per obiettivi. È disposto che la costruzione di questo sistema venga negoziato, in coerenza con i documenti di programmazione degli interventi cofinanziati con fondi strutturali europei, in sede di Conferenza Unificata, tramite un’intesa inter-istituzionale tra autorità centrale e amministrazioni periferiche¹³²³; ciò non solo perché si tratta di assecondare il principio di “leale collaborazione” in una materia di competenza concorrente, ma anche perché sono le stesse procedure di programmazione ed attuazione delle azioni dei fondi di intervento nell’ambito della politica comunitaria di coesione a prevedere il coinvolgimento di tutti i livelli istituzionali competenti¹³²⁴. Già la passata programmazione comunitaria (2000-2006) prevedeva una “riserva di efficienza ed efficacia” da attribuire, a metà percorso, sulla base di “indicatori di sorveglianza”¹³²⁵ e proprio per attivare questi meccanismi di premialità fu predisposto nel 1999 un *Masterplan* dei servizi per l’impiego dal Ministero del lavoro, dopo averlo concordato con le altre autorità di gestione¹³²⁶. Seppure non si tratta di una novità, né dal punto di vista della tecnica, né della procedura, l’elaborazione di questo sistema potrebbe essere l’occasione per sviluppare e rendere più credibili i Lep previsti dalla Legge, nonché per contestualizzarli rispetto ai mercati del lavoro locali.

Il meccanismo di premialità sollecita però anche delle questioni di non poco rilievo. Non ci sembra sia ammissibile, perché in contrasto con i doveri della Repubblica previsti dall’art. 4 Cost., la mera sanzione finanziaria dei servizi territoriali che non riescano a garantire i Lep; in altre parole, ove i meccanismi di monitoraggio e valutazione certificassero che in un dato territorio i Lep non sono raggiunti, è legittimo che i fondi europei, se previsto dalla normativa comunitaria, possano essere utilizzati, al fine di spingere, con la leva finanziaria, al conseguimento di quei *standard*. Ci sembra però che il mancato raggiungimento dei Lep comporti, invece, in capo allo Stato italiano, a garanzia del ricordato dovere pubblico sancito dall’art. 4 citato, l’obbligo di attivarsi perché il servizio al lavoro sia garantito equamente su tutto il territorio nazionale.

investimenti pubblici», finalizzati a garantire il «supporto tecnico nelle fasi di programmazione, valutazione, attuazione e verifica di piani, programmi e politiche di intervento promossi e attuati da ogni singola amministrazione». Si veda in proposito il sito www.rete-nuvv.it.

¹³²² Esplicito ancora una volta è il già citato documento, *La riforma del mercato del lavoro in una prospettiva di crescita*, 26, ove si afferma che: “Vanno definite premialità e sanzioni per incentivare l’efficienza dei servizi per il lavoro e per spingere a comportamenti virtuosi sia i soggetti che erogano i servizi, sia le persone/lavoratori che beneficiano dei servizi e dei sussidi”.

¹³²³ Sul ruolo delle Intese inter-istituzionali in materia di servizi all’impiego sia consentito rinviare a M. MAROCCO, *I regolamenti regionali*, cit., 644 ss., ed alla bibliografia ivi richiamata.

¹³²⁴ Sono cioè coinvolte tutte le cd. autorità di gestione designate per la gestione dei programmi operativi in cui si articola l’intervento del fondo europeo. Vedi gli artt. 59-60 del Regolamento (CE) n. 1083/2006 del Parlamento europeo e del Consiglio del 5 luglio 2006, il quale detta le regole generali riguardanti l’azione di fondi di intervento nell’ambito della politica comunitaria di coesione (e vale a dire, oltre al FSE, il Fondo europeo di sviluppo regionale (FESR) e il Fondo di coesione).

¹³²⁵ Vedi l’art. 44 del Regolamento (CE) n. 1260/1999 del Consiglio.

¹³²⁶ Il documento, consultabile all’indirizzo <http://impiego.formez.it/sites/all/files/Masterplan%20Spi.pdf>, era finalizzato a fissare “obiettivi di realizzazione quantitativi e standard qualitativi di funzionamento condivisi, fissando in precise fasi temporali il raggiungimento di un’efficienza misurabile in effetti oggettivamente apprezzabili”. Su tale ultimo documento, anche per una critica, si veda P. ICHINO, A. SARTORI, *Il sistema di avviamento al lavoro*, cit., 110.

Funzionale ai meccanismi di monitoraggio e valutazione è il vincolo per i servizi competenti ad alimentare una banca dati detenuta dall'Inps mediante i “dati essenziali concernenti le azioni di politica attiva e di attivazione svolte nei confronti dei beneficiari di ammortizzatori sociali”, proprio al fine di vigilare ed attuare il sistema di premialità¹³²⁷. Come giustamente sottolineato¹³²⁸, pure questa non è una novità, ma si tratta di una *riedizione*, in parte più esaustiva proprio perché finalizzata alla “verifica della erogazione dei servizi in misura non inferiore ai livelli essenziali”, della cd. banca dati percettori dei trattamenti di sostegno al reddito, prevista nell'ambito dei provvedimenti anti-crisi già ricordati¹³²⁹.

Posto che anche questa banca dati doveva essere costituita *a costo zero*, le difficoltà di implementazione sono tutte connesse al fatto che, in assenza di un sistema definitorio e procedurale unico, i meccanismi di registrazione delle Almp, allo stato attuale, sono stati costruiti sulla base di codifiche e secondo prassi non uniformi o condivisi solo a livello regionale (talvolta provinciale). La dottrina più attenta, d'altro canto, dubitava che sarebbe stato rispettato il termine, seppur ordinatorio, previsto dalla Legge¹³³⁰.

Peraltro, il sistema di monitoraggio e valutazione appena descritto appare surrettiziamente superato da alcune previsioni contenute nel già ricordato Decreto Lavoro, ove sono disciplinati due strumenti operativi: la “Struttura di missione” e la “Banca dati politiche attive e passive” (rispettivamente artt. 5 e 8).

Il primo organismo è dotato di “compiti propositivi e istruttori”, non solo in materia di attuazione della più volte ricordata “Garanzia Giovani”, ma anche di promozione della “ricollocazione dei lavoratori beneficiari di interventi di integrazione salariale relativi, in particolare, al sistema degli ammortizzatori sociali cosiddetti «in deroga»”. In altre parole, due dei principali *target* dei Lep fissati dalla legge 92 in materia di servizi per l'impiego – i giovani e i disoccupati/sospesi titolari di trattamenti – *slittano*, fino alla fine del 2015, verso tale organismo di livello centrale, il quale, d'altro canto, interviene proprio “in attesa della definizione del processo di riordino sul territorio nazionale dei servizi per l'impiego” (art. 5, 1° co, Decreto Lavoro).

La sensazione che l'*occasione* dell'attuazione della Garanzia Giovani sia stata colta per *testare* un alternativo modello organizzativo¹³³¹ è corroborata se solo si scorrono le apparentemente

¹³²⁷ In tale banca dati, che l'Inps doveva costituire entro il giugno 2013, affluiscono, oltre alle informazioni sulle Almp fornite dai servizi competenti, i dati individuali, forniti dall'Inps, relativi ai beneficiari degli ammortizzatori sociali (anagrafica e tipologia di trattamento), nonché le informazioni, fornite da Regioni e Province, relative al possesso dello stato di disoccupazione e alla sua durata.

¹³²⁸ Così S. SPATTINI, *Politiche attive e condizionalità dei sussidi*: cit., 377, la quale lamenta la mancata previsione di informazioni aggiuntive relative ai beneficiari di ammortizzatori che ne avrebbe facilitato l'attivazione.

¹³²⁹ Vedi l'art. 10 del D.M. 19 maggio 2009 n. 46441, di attuazione del già citato art. 19 del d.l. n. 185/2008. Quest'ultima banca dati, poiché più orientata alla attivazione dei beneficiari di ammortizzatori sociali, si limitava a prevedere l'inserimento dei soli nominativi dei soggetti “disponibili a un percorso di riqualificazione professionale ovvero, in caso di perdita di lavoro, a un lavoro congruo”. Quella prevista dalla l. n. 92, poiché si tratta anche di verificare l'*attivazione* dei Lep, dovrebbe contenere anche i dati essenziali relativi alle Almp svolte.

¹³³⁰ In senso analogo, P. ICHINO, A. SARTORI, *Il sistema di avviamento al lavoro*, cit., 97.

¹³³¹ Nello stesso senso G. ROSOLEN, M. TIRABOSCHI, *Le prime misure per l'attuazione della “garanzia per i giovani”*, in M. Tiraboschi (a cura di), *Decreto Lavoro: prime letture*, ADAPT LABOUR STUDIES, e-Book series, n. 10, 2013, i quali considerano la struttura “una sorta di prodromica agenzia per l'impiego di livello nazionale con funzioni di regia e di governance”.

importanti funzioni, temporaneamente, attribuite alla stessa “struttura di missione” (art. 5, 2° co.)¹³³². Interagendo con i diversi livelli di governo che intervengono in materia di Almp, la Struttura è chiamata a: definire “linee-guida nazionali” e “criteri per l'utilizzo delle relative risorse economiche”; indirizzare e coordinare le azioni delle strutture centrali competenti (Ministero del Lavoro e sue Agenzie tecniche); monitorare e valutare l'intero sistema italiano di progettazione ed erogazione delle politiche attive, allo scopo individuando le *best practice*, stipulando convenzioni, integrando i sistemi informativi, realizzando appositi rapporti di monitoraggio. Si aggiunga che, secondo le già ricordate tecniche di *management* per obiettivi, la Struttura fisserà anche “meccanismi di premialità in funzione dei risultati conseguiti dai vari soggetti” e potrà avanzare, in esito alla sua attività valutativa, “proposte di miglioramento dell'azione amministrativa”.

In sostanza, la legge 92 che, pur fissando dei Lep, tuttavia latitava nello specificarne l'apparato implementativo, è stata temporaneamente soppiantata dal Decreto Lavoro che, sotto questo profilo, individua una apposita struttura centrale di coordinamento, pure provvista per l'esercizio delle sue funzioni di una seppur minima dotazione finanziaria¹³³³.

Se quella descritta è comunque una sperimentazione temporanea, quella realizzata dall'art. 8, Decreto Lavoro, è un vero e proprio superamento della Banca dati Inps prevista dalla legge n. 92. In questo ambito è difatti disposta una *fagocitazione* di una pluralità di base dati (oltre a quella appena ricordata, anche l'anagrafe nazionale degli studenti e dei laureati delle università e la dorsale informativa in materia di competenze dei lavoratori), in un nuovo strumento informatico (la Banca dati delle politiche attive e passive), istituita allo scopo “di razionalizzare gli interventi di politica attiva di tutti gli organismi centrali e territoriali coinvolti”, nonché, nuovamente, di

¹³³² Il citato comma 2° recita: Al fine di realizzare le attività di cui al comma 1, la struttura di missione, in particolare:

- a) nel rispetto dei principi di leale collaborazione, interagisce con i diversi livelli di Governo preposti alla realizzazione delle relative politiche occupazionali, raccogliendo dati sulla situazione dei servizi all'impiego delle regioni, che sono tenute a comunicarli almeno ogni due mesi;
- b) definisce le linee-guida nazionali, da adottarsi anche a livello locale, per la programmazione degli interventi di politica attiva mirati alle finalità di cui al medesimo comma 1, nonché i criteri per l'utilizzo delle relative risorse economiche;
- d) promuove, indirizza e coordina gli interventi di competenza del Ministero del lavoro e delle politiche sociali, di Italia Lavoro S.p.A. e dell'ISFOL;
- e) individua le migliori prassi, promuovendone la diffusione e l'adozione fra i diversi soggetti operanti per la realizzazione dei medesimi obiettivi;
- f) promuove la stipula di convenzioni e accordi con istituzioni pubbliche, enti e associazioni privati per implementare e rafforzare, in una logica sinergica ed integrata, le diverse azioni;
- g) valuta gli interventi e le attività espletate in termini di efficacia ed efficienza e di impatto e definisce meccanismi di premialità in funzione dei risultati conseguiti dai vari soggetti;
- h) propone ogni opportuna iniziativa, anche progettuale, per integrare i diversi sistemi informativi ai fini del miglior utilizzo dei dati in funzione degli obiettivi di cui al comma 1, definendo a tal fine linee-guida per la banca dati di cui all'articolo 8;
- i) in esito al monitoraggio degli interventi, predispone periodicamente rapporti per il Ministro del lavoro e delle politiche sociali con proposte di miglioramento dell'azione amministrativa;
- i-bis) avvia l'organizzazione della rilevazione sistematica e la pubblicazione in rete, per la formazione professionale finanziata in tutto o in parte con risorse pubbliche, del tasso di coerenza tra formazione impartita e sbocchi occupazionali effettivi, anche utilizzando, mediante distacco, personale dei Centri per l'impiego, di Italia Lavoro S.p.A. o dell'ISFOL, senza nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica;
- i-ter) promuove l'accessibilità da parte di ogni persona interessata, nonché da parte del mandatario della persona stessa, alle banche dati, da chiunque detenute e gestite, contenenti informazioni sugli studi compiuti dalla persona stessa o sulle sue esperienze lavorative o formative.

¹³³³ Vedi 4° co., art. 5.

“garantire una immediata attivazione della Garanzia per i Giovani”. Permangono i dubbi implementativi, stante, anche in questo caso, gli irrisolti problemi di coordinamento istituzionale, nonché l'assenza di risorse dedicate.

3.2. Una condizionalità adeguata al nuovo mercato del lavoro.

Da quanto sin qui detto si può affermare che il recupero di un'*anima* scandinava delle Almp fissate, senza grande costrutto, dall'art. 3 del d.lgs. n. 181 è, in sostanza, affidato al sistema di monitoraggio e valutazione previsto dalla Riforma. È in particolare auspicabile che l'Intesa in sede di Conferenza Unificata sia l'occasione per rendere credibili i Lep ed impiantare un sistema di monitoraggio e valutazione veramente indirizzato a sostenere un'efficiente rete di servizi al lavoro equamente distribuita su tutto il territorio nazionale.

Ove così non fosse, e i Lep rimanessero *lettera morta*, quel che resta della Riforma è una nuova ed ancora più draconiana fase di disciplina della condizionalità, sempre più ispirata ad un approccio di *work first*.

Il blocco normativo dedicato alla condizionalità si articola in tre *step*: il primo è indirizzato a conferire maggiore certezza e solidità al raccordo tra politiche passive ed attive, il secondo a definire l'offerta di lavoro congrua ed, infine, il terzo a stabilire la nozione di disoccupato. Va subito detto che questa nuova disciplina, in particolare quella concernente quest'ultimo *status*, implicherà un nuovo lavoro normativo delle Regioni, le quali dovranno ritornare sui regolamenti regionali, deliberati nella vigenza del precedente testo legislativo¹³³⁴.

Nel complesso pertanto la nuova disciplina dedicata alle Almp deve essere letta congiuntamente all'art. 2 della stessa legge n. 92 dedicato, appunto, agli ammortizzatori sociali¹³³⁵. Per intenderci, le norme che stabiliscono il raccordo tra le due materie sono, da una parte, il 4° comma, art. 2, ove è stabilito che la nuova “Assicurazione Sociale per l'Impiego” (ASpl)¹³³⁶ – ed anche la mini-ASpl¹³³⁷ – è riconosciuta “ai lavoratori che abbiano perduto involontariamente la propria occupazione e che (...) siano in stato di disoccupazione”¹³³⁸ e, dall'altra, i commi 40-41, art. 4, i quali

¹³³⁴ Per un esame della disciplina regionale che dovrà essere rivista vedi P.A. VARESI, *I servizi per l'impiego nella legislazione regionale*, cit., 254 e ss.

¹³³⁵ Anzi giustamente P. ICHINO, A. SARTORI, *Il sistema di avviamento al lavoro*, cit., 105, sottolineano che *ratione materie* i commi 40-43, art. 4, avrebbero essere collocati negli artt. 3-4, relativi agli ammortizzatori sociali. Sulla nuova disciplina dedicata a quest'ultimi vedi O. BONARDI, *La riforma degli ammortizzatori sociali*, in M. FEZZI, F. SCARPELLI (a cura di), *Guida alla Riforma Fornero. I quaderni di wikilabour*, in http://www.wikilabour.it/GetFile.aspx?File=Riforma-Fornero%2fGuida-Fornero_Wikilabour.pdf; 2012; M. CINELLI, *Gli ammortizzatori sociali nel disegno di riforma del mercato del lavoro*, in http://csdle.lex.unict.it/archive/uploads/up_746600924.pdf; S. SPATTINI, *Il nuovo sistema degli ammortizzatori sociali*, in www.bollettinoadapt.it, 7 dicembre 2012; F. LISO, *Il “nuovo” trattamento di disoccupazione*, mimeo; F. LISO, *Appunti per una lettura degli articoli 2 e 3 della Riforma Fornero*, mimeo.

¹³³⁶ Giustamente F. LISO, *Il “nuovo” trattamento di disoccupazione*, cit., sottolinea che la connessione con le politiche attive emerge sin dalla denominazione del nuovo trattamento di disoccupazione: l'uso del termine “impiego” manifesta l'intento di internalizzare “l'idea della finalizzazione dell'istituto (...) al inserimento lavorativo”.

¹³³⁷ Il comma 22, art. 2, estende l'applicazione del 4° comma anche alla prestazione economica riconosciuta a favore di chi non possa vantare il requisito contributivo necessario per l'accesso all'ASpl, ma possa far valere almeno 13 settimane di contribuzione di attività lavorativa negli ultimi 12 mesi, per la quale siano stati versati o siano dovuti i contributi per la assicurazione obbligatoria.

¹³³⁸ Svolgendo il principio di cui al citato 2° co. dal punto di vista del pagamento dell'indennità, il successivo co. 14 stabilisce che: “La fruizione dell'indennità è condizionata alla permanenza dello stato di disoccupazione di cui all'articolo 1, comma 2, lettera c), del decreto legislativo 21 aprile 2000, n. 181, e successive modificazioni”.

disciplinano la decadenza dai trattamenti di sostegno al reddito in caso di mancata partecipazione alla Almp. I tre commi appena ricordati nel complesso costituiscono la *nuova* disciplina della condizionalità e sostanziano, almeno in punta di diritto, la connessione tra politiche passive ed attive.

In sostanza riprendendo e rendendo ancora più stringente la disciplina previgente, al contempo abrogata¹³³⁹, sono definiti gli effetti, dal lato della politica passiva, della mancata attivazione del disoccupato/sospeso. In primo luogo, si stabilisce che il lavoratore “sospeso” e beneficiario di una prestazione di sostegno del reddito, decadrà dal trattamento “qualora rifiuti di essere avviato ad un corso di formazione o di riqualificazione o non lo frequenti regolarmente senza un giustificato motivo” (co. 40). In secondo luogo, analogamente, per i disoccupati si prevede la decadenza dell'ASpl (e della mobilità, finché sarà in vita), nel caso di “rifiuto di partecipare senza giustificato motivo ad una iniziativa di politica attiva o di attivazione proposta dai servizi competenti (...) o non vi partecipi regolarmente”. Per quest'ultima categoria soggettiva, chiaramente, è considerata anche la mancata accettazione di una “congrua” offerta di lavoro (co. 41)¹³⁴⁰.

Rispetto al passato, si rinvergono due novità di diverso segno. Da una parte, a maggior tutela del beneficiario dell'ammortizzatore sociale, è espressamente circoscritto il vincolo di partecipazione alla Almp entro i limiti del “giustificato motivo”; ciò, d'altro canto, sulla scorta di quanto era già previsto dal lato delle politiche attive¹³⁴¹ e comunque era stato ammesso, in parte, dalla prassi anche dal lato delle stesse politiche passive¹³⁴².

Dall'altra, in materia di parametri di congruità dell'offerta, mentre quelli geografici sono rimasti invariati¹³⁴³, quelli economici, in particolare relativi alla proposta lavorativa non sono più calcolati sulla base della retribuzione perduta (non inferiore al 20% di quest'ultima), ma in relazione all'importo, lordo, dell'indennità di disoccupazione (superiore almeno del 20 % rispetto ad essa). Oltre

¹³³⁹ Ci si riferisce ai già citati art. 1-*quinquies*, d.l. n. 249/2004, e al comma 10, art. 19, d.l. n. 185/2008, rispettivamente abrogati dai commi 46 e 47, art. 4, l. n. 92/2012.

¹³⁴⁰ C'è da chiedersi se sia sopravvissuta la disciplina sanzionatoria che accompagnava il mancato adempimento da parte dei servizi competenti dell'obbligo di avviare la procedura di decadenza dal beneficio previdenziale. Allo stato il comma 44 prevede solo che: “è fatto l'obbligo ai servizi competenti (...) di comunicare tempestivamente gli eventi di cui ai commi da 40 a 43 all'INPS”. La precedente disciplina invece disponeva che la mancata comunicazione – ovvero anche quella solo intempestiva – delle informazioni relative ai percettori di ammortizzatori sociali a favore dell'Inps, determinava sanzioni differenziate a seconda della natura giuridica del soggetto coinvolto nella attivazione del disoccupato: poteva comportare responsabilità per danno erariale per le amministrazioni pubbliche coinvolte (in particolare i responsabili dei CPI), mentre in ogni caso determinava in capo ai servizi competenti autorizzati o accreditati la revoca della autorizzazione o dell'accreditamento. Tuttavia, il testo normativo in cui è contenuta tale disciplina (art. 12, co. 3, d.m. n. 46441/2009), potrebbe essere considerato nel complesso travolto dall'abrogazione di più parti dell'art. 19, d.l. 185/2008, di cui esso costituiva attuazione. Con sicurezza rimane in vita la sanzione in capo alle Agenzie per il lavoro, in quanto contenuta anche in altra fonte (art. 5, co. 1, lett. f, d.lgs. n. 276/2003). S. SPATTINI, *Politiche attive e condizionalità dei sussidi*: cit., 376, forse un po' frettolosamente, conclude che non sia più prevista alcuna sanzione.

¹³⁴¹ Già il vecchio testo dell'art. 4, d.lgs. n. 181/2000, ammetteva che l'utente potesse motivare, giustificandolo, il mancato adempimento dei due obblighi (presentazione alle convocazioni dell'ufficio, rifiuto dell'offerta di lavoro) da cui la Legge faceva discendere la perdita dello stato di disoccupazione. In virtù di questa disposizione Regioni avevano provveduto a riempire di concreto contenuto la nozione di “giustificato motivo”. Sia consentito rinviare a M. MAROCCO, *I regolamenti regionali*, cit., 673.

¹³⁴² La già citata Circolare n. 5/2006, almeno in materia di partecipazione agli interventi formativi, precisava che la frequenza ad essi era obbligatoria “salvo i casi di documentata forza maggiore o di assenza in funzione dell'applicazione di normative nazionali in materia di congedi parentali o maternità”.

¹³⁴³ Le attività lavorative o di formazione si devono svolgere in un luogo che non dista più di 50 chilometri dalla residenza del lavoratore, o comunque deve essere raggiungibile mediamente in 80 minuti con i mezzi di trasporto pubblici.

al peggioramento delle condizioni economiche che ne deriva¹³⁴⁴, è proprio qui che si manifesta con maggiore intensità l'approccio di *work first*, o volendo, l'*anima* anglosassone della l. n. 92. La spinta verso l'inclusione nel mercato del lavoro, sganciata da finalità di *empowerment* del disoccupato coinvolto nella Almp è andata per tappe progressivamente afflittive: dall'offerta di lavoro "professionalmente congrua", il cui rifiuto comportava la cancellazione dalle liste di mobilità¹³⁴⁵, a quella di un inquadramento ad un "livello retributivo non inferiore (...) rispetto a quello delle mansioni di provenienza"¹³⁴⁶ – formula che aveva consentito comunque un aggancio con la professionalità perduta¹³⁴⁷ – si giunge all'attuale formulazione. Quest'ultima, assente qualsiasi legame con detta professionalità, sembra materializzare il disinteresse del Legislatore per il contenuto intrinseco delle Almp e certifica l'interesse, piuttosto, per la capacità afflittiva delle stesse. Peraltro, se l'evoluzione appare "sintonica con l'esperienza comparata"¹³⁴⁸, ciò non toglie che essa è criticabile sotto il profilo dell'efficienza economica e conferisce ancora più spessore alle critiche che la dottrina aveva già avanzato rispetto alla precedente formula legislativa¹³⁴⁹. Da quest'ultimo punto di vista, poiché il diritto al lavoro, inteso quale libertà negativa, protegge anche il diritto del cittadino "alla scelta dell'attività lavorativa e del modo di esercitarla come mezzo fondamentale di attuazione dell'interesse della sua personalità"¹³⁵⁰, la mancanza di qualsiasi aggancio, diretto ed indiretto, con la pregressa esperienza lavorativa, finisce per determinare una evidente disparità di trattamento a danno dei beneficiari di ammortizzatori sociali nella fruizione di tale libertà. In altre parole, il rischio di perdere il trattamento di sostegno al reddito potrebbe indebitamente coartare l'esercizio di questa libertà, in spregio all'art. 4 Cost.

Peraltro, seppure si ritenessero ammissibili limiti a tale libertà, ogniqualvolta si trattasse contro-bilanciare gli interessi in gioco, ci pare vadano presi in considerazione anche argomenti di efficienza economica. Le Almp ideate per promuovere l'aumento della produttività del lavoro, vengono così *deviate* verso finalità di controllo e di vigilanza sui possibili rischi di *azzardo morale* da parte dei titolari di trattamenti pubblici¹³⁵¹; viene spontaneo chiedersi se non sia più efficiente allora agire direttamente dal lato dei controlli, piuttosto che finanziare le costose politiche attive.

¹³⁴⁴ Così giustamente M. CINELLI, *Gli ammortizzatori sociali*, cit.; nello stesso senso P. ICHINO, A. SARTORI, *Il sistema di avviamento al lavoro*, cit., 106, nota 138, ove si sottolinea il peggioramento economico che deriva da tale norma, posta la struttura della ASpl: tasso di rimpiazzo al 75% dell'ultima retribuzione; *decalage* nel tempo; tetto massimo di poco superiore ai 1.100 €.

¹³⁴⁵ Si veda su questa formula GAROFALO, *Profili di carattere generale*, cit., 593, nota 167.

¹³⁴⁶ Così il già citato art. 1-*quinquies*, co. 1, d.l. n. 249/2004; vedi nota 39.

¹³⁴⁷ Sottolinea tale aspetto P. PASCUCCI, *Servizi per l'impiego*, cit., 490. In effetti, così aveva disposto la Circolare del Ministero del lavoro n. 5 del 22 febbraio 2006, la quale aveva creativamente *rivivificato* il parametro della professionalità (così F. LISO, *Appunti su alcuni profili dell'articolo 19*, cit., 727), pur non essendo previsto dalla disciplina legislativa.

¹³⁴⁸ Così P. ICHINO, A. SARTORI, *Il sistema di avviamento al lavoro*, cit., 106, nota 138.

¹³⁴⁹ Vedi nota 39.

¹³⁵⁰ Così la sentenza della Corte Costituzionale n. 61 del 1965. Si veda in tema S. GIUBBONI, *Il primo dei diritti sociali. Riflessioni sul diritto al lavoro tra Costituzione italiana e ordinamento europeo*, in *IPrev*, 2006, 3.

¹³⁵¹ Proprio gli Autori dell'approccio TIm già ricordato (B. GAZIER, J. GAUTÍÉ, *The "Transitional Labour Markets" Approach*, cit., 8) rimproverano alle politiche di attivazione di sovrastimare l'importanza dell'azzardo morale, e quindi della responsabilità individuale, lasciando invece negletti i rischi legati alla selezione avversa. Nella specie, i propugnatori di questa teoria insistono invece sulla necessità di Almp e servizi per l'impiego capaci veramente di orientare i cittadini a compiere scelte informate, prive cioè di asimmetrie informative che generano scelte inefficienti ("selezione avversa") e per sostenerli durante le diverse transizioni che devono affrontare nella carriera lavorativa.

Tornando al commento della nuova disciplina, la Riforma interviene, modificandole, anche sulle norme relative alle “procedure uniformi in materia di accertamento dello stato di disoccupazione” di cui all’art. 4, d.lgs. n. 181/2000 e vale a dire sulle regole che disciplinano l’accesso dei cittadini agli stessi servizi. La legge n. 92 (art. 4, co. 33, lett. c) ha modificato proprio la disciplina relativa agli eventi successivi che possono incidere sul mantenimento di detto *status* – in forma di perdita, ovvero sospensione – e che, a tal fine, devono essere accertate dagli uffici competenti.

Va subito detto che anche su questa parte della legge 92 è intervenuto il Decreto lavoro più volte ricordato, con modifiche – ci sembra – di buon senso e comunque volte a recuperare una sistematicità della disciplina che, prima delle migliorie più recenti, appariva perlomeno contraddittoria.

È necessaria una breve digressione. La disciplina precedente alla legge 92 stabiliva una deroga alla regola generale in base al quale la disoccupazione è riconosciuta solo ai soggetti privi di lavoro: si prevedeva, infatti, che tale *status* era comunque conservato in caso di svolgimento di una attività da cui fosse derivato un reddito non superiore alla soglia reddituale esclusa da imposizione¹³⁵². Attraverso tale disposizione il Legislatore non solo riconosceva una forma di *disoccupazione amministrativa*, finalizzata ad incentivare l’accettazione da parte del disoccupato di offerte di lavoro scarsamente remunerate, e che per questo non avrebbero inciso sul suo *status* e la sua durata, ma anche, nella logica della prestazione di un servizio pubblico, garantiva l’accesso a questo servizio anche a soggetti che, in virtù della particolarmente debole condizione lavorativa, continuano a meritare un particolare aiuto sul mercato del lavoro.

Piuttosto inspiegabilmente, la legge n. 92 aveva abrogato questa disposizione¹³⁵³. Sicché, sino al *ripensamento* più recente¹³⁵⁴, lo svolgimento di qualsiasi attività lavorativa, anche se scarsamente remunerata, non garantiva più la conservazione della disoccupazione e quindi la possibilità di continuare ad accedere al servizio pubblico. L’inspiegabilità della abrogazione appariva sotto due profili, uno tecnico ed uno di coerenza sistematica¹³⁵⁵.

Dal primo punto di vista, come ha avuto modo di sottolineare anche il Servizio Studi del Senato¹³⁵⁶, infatti, la stessa legge n. 92, ammette il cumulo parziale tra le nuove indennità di disoccupazione e svolgimento di attività di lavoro autonomo, se quest’ultima genera un “reddito inferiore al limite

¹³⁵² Si aggiunga che la portata della deroga era stata ulteriormente ampliata da un Accordo raggiunto il 10 dicembre 2003, presso la Conferenza Unificata, ove sono stati individuati e condivisi alcuni “indirizzi interpretativi” relativamente all’intero d.lgs. n. 297/2002. In tale atto era stabilito che lo *status* non solo fosse *conservato* in caso di attività sotto soglia, ma anche *acquisito*. La scelta di consentire anche l’acquisizione dello *status* ai “sottoccupati” era espressivo del processo di attrazione dei servizi per l’impiego tra i “pubblici servizi”, riconoscendo l’interesse dei cittadini non solo a maturare la anzianità di permanenza nella condizione di disoccupato, ma anche ad accedere al servizio, al pari degli altri soggetti effettivamente “privi di lavoro” e il conseguente “obbligo” dell’ufficio ad attivarsi anche in loro favore. Per ulteriori approfondimenti sia consentito rinviare ancora M. MAROCCO, *I regolamenti regionali*, cit., 645.

¹³⁵³ Aveva così provveduto il punto 1, lett. c, co. 33, art. 4, l. 92/2012.

¹³⁵⁴ Il comma 7, art. 7, Decreto Lavoro ha *rivivificato* la disposizione abrogata dalla legge 92 (vedi nota precedente), reinserendo un comma di identico tenore a quello espunto dall’ordinamento (vedi ora l’art. 4, 1° comma, d.lgs. n. 181/2000).

¹³⁵⁵ Analoghe considerazioni sono svolte da P. ICHINO, A. SARTORI, *Il sistema di avviamento al lavoro*, cit., 100.

¹³⁵⁶ Vedi Servizio Studi Senato, *Dossier* n. 347/II, aprile 2012, 39.

utile ai fini della conservazione dello stato di disoccupazione” (art. 2, co. 17)¹³⁵⁷. Seppure anche prima del Decreto Lavoro non era ammissibile che il mancato coordinamento tra le due norme potesse travolgere il diritto del lavoratore autonomo a continuare a beneficiare del trattamento di disoccupazione ridotto¹³⁵⁸, rimaneva che l’abrogazione dell’ipotesi di conservazione dello *status* di disoccupazione non permetteva di stabilire, con sicurezza, quale fosse la soglia di reddito entro la quale poteva operare il cumulo¹³⁵⁹. Dal secondo punto di vista, l’abrogazione della norma sulla *disoccupazione amministrativa* non risultava neanche coerente un approccio di *work first* e rischiava di favorire il lavoro irregolare: la prospettiva di perdere il sussidio poteva fungere da disincentivo all’accettazione delle offerte di lavoro, con l’effetto di spingere il disoccupato a non rientrare nel mercato del lavoro, o perlomeno a non rientrarvi regolarmente¹³⁶⁰.

Peraltro, e questo ci sembra il limite più evidente, l’abrogazione confermava, da un altro punto di vista, la sfiducia del Legislatore per la capacità di *empowerment* delle Almp: proprio i lavoratori *marginali*, che dovrebbero essere tra i favoriti nell’accesso alle stesse finivano così per esserne esclusi. In estrema sintesi, l’effetto del venir meno della norma sulla conservazione della disoccupazione poteva generare il rischio – in effetti immediatamente, e burocraticamente, materializzati¹³⁶¹ – dell’impossibilità per i *working poor*, prima, astrattamente, tutelati dall’ordinamento, di accedere al servizio pubblico.

Pertanto, la *rivificazione* dell’ipotesi di conservazione dello stato di disoccupazione da ultimo disposta restituisce non solo maggiore coerenza sistematica alla disciplina, ma anche mitiga gli effetti paradossali cui era pervenuta la legge n. 92 nell’intento di inasprire i meccanismi di condizionalità.

Proseguendo l’esame della disciplina, l’art. 4, d.lgs. n. 181 stabilisce le cause di perdita¹³⁶², ovvero sospensione, dello stato di disoccupazione. Poiché, come detto, il possesso dello *status* costituisce *condicio qua non* per il riconoscimento del diritto e la fruizione dell’ASpl e della mini-ASpl, queste norme quindi, ora senza alcun dubbio, incidono immediatamente sulle politiche passive.

¹³⁵⁷ In particolare il citato comma 17 disciplina le modalità con cui lo svolgimento di tale attività lavorativa sotto soglia debba essere comunicata dal disoccupato all’Inps, affinché lo stesso Istituto previdenziale disponga la riduzione dell’importo dell’indennità di disoccupazione (80% rapportato al tempo intercorrente tra la data di inizio dell’attività e la data di fine dell’indennità o, se antecedente, la fine dell’anno).

¹³⁵⁸ Si concorda sul punto con D. GAROFALO, *Profili di carattere generale*, cit., 605.

¹³⁵⁹ P. ICHINO, A. SARTORI, *Il sistema di avviamento al lavoro*, cit., ipotizzano che l’abrogazione dell’art. 4, lett. a, d.lgs. n. 181, sia diretta ad attribuire alle Regioni maggiore discrezionalità nello stabilire detta soglia di reddito: spetterebbe ad esse fissare, sulla base delle caratteristiche del mercato del lavoro locale, i limiti di reddito da lavoro autonomo compatibile con la conservazione dello *status* di disoccupazione. Se dal punto di vista del rapporto di servizio la soluzione appare appagante, essa però finirebbe per determinare sperequazioni territoriali non ammissibili in materia di trattamenti di sostegno al reddito.

¹³⁶⁰ Nello stesso senso P. ICHINO, A. SARTORI, *Il sistema di avviamento al lavoro*, cit., 99.

¹³⁶¹ Esemplificativo è l’“Avviso all’utenza” della Provincia di Roma del 20 luglio 2012

(<http://www.provincia.roma.it/sites/default/files/20121107Riformamercatodellavoro-AvvisoUtenzanov2012.pdf>). In tale ambito si è stabilito che dal 18 luglio 2012, “a prescindere dalla natura giuridica”, il soggetto impegnato in una attività lavorativa non potrà più “iscriversi al CPI”.

¹³⁶² Non desta problemi interpretativi la lett. b, art. 4, d.lgs. n. 181/2000: continua a comportare la perdita della disoccupazione – e senza dubbio anche del relativo trattamento previdenziale – la mancata presentazione alle convocazioni disposte dall’ufficio competente.

La Riforma ha modificato la disciplina relativa alla durata minima che deve detenere l'offerta di lavoro perché essa incida sulla condizione di disoccupato. Da una parte, si dispone la perdita dello *status* "in caso di rifiuto senza giustificato motivo di una congrua offerta di lavoro a tempo pieno ed indeterminato o determinato o di lavoro temporaneo (...) nell'ambito dei bacini, distanza dal domicilio e tempi di trasporto con mezzi pubblici, stabiliti dalle Regioni"¹³⁶³. Rispetto al passato, la perdita della disoccupazione non è più quindi legata ad una soglia minima di durata del contratto di lavoro offerto (8 mesi, ovvero 4 se giovane).

Dall'altra, si stabilisce che le offerte di lavoro di durata fino ai sei mesi¹³⁶⁴ in ogni caso – e quindi senza prevedere più alcuna differenza legata all'età anagrafica del disoccupato – determinino la sospensione dello stato di disoccupazione¹³⁶⁵ e, corrispettivamente, del trattamento di sostegno del reddito¹³⁶⁶.

In sostanza, sintetizzando quanto fin qui detto, a seguito della legge 92, è congrua – in altre parole il suo rifiuto comporta l'uscita dal sistema di sicurezza sociale – l'offerta di lavoro sganciata dai parametri di professionalità, produttiva di un reddito al di sotto del limite della *no tax area* e di durata superiore a sei mesi. La Riforma, sposando l'approccio di *work first*, ha proseguito nel processo di progressivo abbassamento della soglia di tolleranza dell'ordinamento verso la involontarietà della disoccupazione costituzionalmente tutelata. Agendo dal lato della *controprestazione* richiesta al disoccupato in cambio della tutela economica del rischio di disoccupazione, si impone una sua maggiore attivazione sul mercato del lavoro, spostando verso il basso l'asticella di quella che può essere ritenuto lo *status* di soggetto privo di lavoro meritevole di tutela. Si tratta, d'altro canto, di un'evoluzione in linea con le caratteristiche di un mercato del lavoro che, grazie alla flessibilizzazione delle tipologie contrattuali, attribuisce, in fase di ingresso, una maggior discrezionalità alla domanda di lavoro nell'acquisto del fattore lavoro¹³⁶⁷.

¹³⁶³ È così riconosciuta in capo alle Regioni una potestà legislativa in materia di congruità dell'offerta di lavoro valevole ai fini del solo accesso alle politiche attive ed, in effetti, le amministrazioni locali hanno già utilizzato tale potestà, tra l'altro, a differenza della disciplina nazionale, riconoscendo rilievo anche al parametro della professionalità progressiva. Sia consentito rinviare in proposito a M. MAROCCO, *I regolamenti regionali*, cit., 666 e ss. Paradossalmente il raccordo tra le politiche passive ed attive non è bidirezionale: se, da una parte, la perdita dello stato di disoccupazione comporta sicuramente la decadenza dal trattamento di sostegno al reddito, non è sempre vero però l'inverso. Sottolineano tale aspetto sia P. ICHINO, A. SARTORI, *Il sistema di avviamento al lavoro*, cit., 107, che P. PASCUCCI, *Servizi per l'impiego*, cit., 486 e ss.

¹³⁶⁴ Per l'esattezza la Riforma, nel testo originario, disponeva la sospensione dello *status* in caso di accettazione di offerte di lavoro di durata "inferiore a sei mesi" (art. 4, comma 33, lettera c), della legge n. 92); il Decreto Lavoro ha disposto che la sospensione opera anche in caso di offerte di durata uguale a sei mesi (art. 7, comma 7 bis). È stata così risolta il problema di coordinamento con l'art. 15, 2° co., l. 92, che già così disponeva in materia di sospensione dell'indennità di disoccupazione (vedi nota 122).

¹³⁶⁵ Almeno per una particolare categoria soggettiva è stata abbassata la soglia temporale delle offerte di lavoro che accettate comunque assicurano al disoccupato la possibilità di continuare a beneficiare, per il residuo, della indennità di disoccupazione: quelli anziani si vedono diminuita di due mesi detta soglia – da otto mesi si passa a sei; per i giovani, invece, offerte di lavoro anche di durata inferiore ai sei mesi – due mesi in più rispetto al passato – avranno effetti solo sospensivi e non decadenziali.

¹³⁶⁶ Gli effetti di tale sospensione sull'indennità di disoccupazione sono stabiliti in altra parte della legge n. 92. In particolare il comma 15, art. 2, corrispettivamente alla norma relativa alla sospensione dello stato di disoccupazione, stabilisce che lo svolgimento di una attività di lavoro subordinato congela la corresponsione dell'indennità sino ad un massimo di 6 mesi, con diritto a beneficiare nuovamente della medesima indennità per il periodo residuo, nel caso in cui la durata del congelamento – ed implicitamente, si deve ritenere, l'attività lavorativa – sia inferiore a detto tetto massimo.

¹³⁶⁷ Sottolinea tale aspetto D. GAROFALO, *Profili di carattere generale*, cit., 611, secondo il quale al fondo della nuova disciplina vi è una diversa considerazione del lavoro precario, visto non più come una fase temporanea della carriera lavorativa verso il raggiungimento dell'occupazione stabile, ma come "modello *standard* di occupazione".

4. Brevi conclusioni.

In conclusione, se si considera, da una parte, lo scarso impegno profuso sul fronte dei Lep – rimane da valutare se potrà contribuire a modificare questo giudizio l'attività della nuova Struttura di missione – e, dall'altra, la nuova nozione di offerta congrua di lavoro, l'*anima* scandinava delle Almp italiane pare decisamente essersi scolorita.

Peraltro, questa evoluzione mal si concilia con le più recenti indicazioni comunitarie ricavabili dalla già ricordata Raccomandazione del Consiglio del 22 aprile 2013 sull'istituzione di una garanzia per i giovani (2013/C 120/01) e che costituirà, come si ricava dalla stessa Raccomandazione¹³⁶⁸, una delle principali linee finanziate dalla prossima programmazione della politica di coesione. Due indicazioni sono nel complesso ricavabili da questo documento: la conferma del ruolo dei "servizi per l'occupazione" di infrastruttura logistica di base per l'erogazione delle Almp ideate e finanziate dalla Ue¹³⁶⁹ e l'indicazione che la garanzia dovrà consistere, tra l'altro, in un'offerta "qualitativamente valida di lavoro".

La nozione attuale di offerta congrua di lavoro potrebbe non sempre rilevarsi compatibile con la nozione di "qualità del lavoro" elaborata in sede internazionale¹³⁷⁰, perché la prima pare piuttosto orientata ad avvalersi della capacità inclusiva di un mercato del lavoro *flessibilizzato* e non a spostare l'offerta di lavoro, tramite le Almp, verso occupazioni di qualità.

Peraltro, non può più essere trascurato che anche le stesse politiche attive, dopo più di un decennio di sperimentazione a livello comunitario, cominciano a non apparire più uno strumento sufficiente, soprattutto se non accompagnate da politiche pubbliche di espansione della domanda, a contrastare la crisi produttiva e occupazionale che attanaglia il continente europeo.

¹³⁶⁸ Il paragrafo 21 della Raccomandazione invita a: "Avvalersi al massimo e in modo ottimale degli strumenti di finanziamento offerti dalla politica di coesione, nel prossimo periodo 2014-2020, per sostenere, se opportuno, l'istituzione dei sistemi di garanzia per i giovani in relazione alle situazioni nazionali".

¹³⁶⁹ Non solo si raccomanda che "il punto di partenza per il rilascio della garanzia" avvenga con la registrazione presso un servizio occupazionale (paragrafo 1), ma le strategie di *partnership* che devono accompagnare l'istituzione della garanzia vedono comunque sempre presenti i Spi (paragrafi 3-5).

¹³⁷⁰ Si veda in proposito C. MASSIMIANI, *La qualità del lavoro nell'esperienza dell'OIL e nelle politiche sociali europee*, 2010, Lulu Press.

Rappresentatività sindacale nel protocollo d'intesa del 31 maggio 2013 ed in recente pronuncia di incostituzionalità (dell'articolo 19 dello statuto dei lavoratori): dall'ordinamento intersindacale alla rilevanza per l'ordinamento giuridico dello stato*

Michele De Luca

1. Rappresentatività sindacale dall'ordinamento intersindacale alla rilevanza per l'ordinamento giuridico dello Stato: impostazione del tema d'indagine. 391
2. Protocollo d'intesa del 31 maggio 2013: rilevanza per l'ordinamento giuridico dello Stato. 393
3. Pronuncia di incostituzionalità (dell'articolo 19 dello Statuto dei lavoratori): rilevanza per l'ordinamento giuridico dello Stato. 402
4. Conclusioni: rilevanza per l'ordinamento giuridico dello Stato in funzione dell'effettività dell'ordinamento intersindacale. 407

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 193/2013

1. Rappresentatività sindacale dall'ordinamento intersindacale alla rilevanza per l'ordinamento giuridico dello Stato: impostazione del tema d'indagine.

Esiste ancora un ordinamento intersindacale?

Non saprei dire meglio dell'*interrogativo retorico*, titolo e sintesi efficace di un saggio illuminante sullo *stato dell'arte* (vedi *infra*: §4)¹³⁷¹.

Né pare possibile prescindere nell'impostazione del tema d'indagine.

1.1. Si occupano, essenzialmente, di *rappresentatività sindacale* – sia pure a fini diversi – Il protocollo d'intesa del 31 maggio 2013 tra Confindustria e CGIL-CISL-UIL (nel prosieguo: *protocollo*)¹³⁷² – *in materia di rappresentanza e rappresentatività per la stipula dei contratti collettivi aziendali di lavoro*¹³⁷³ – e la recente pronuncia di illegittimità costituzionale (dell'articolo 19 dello statuto dei lavoratori)¹³⁷⁴.

La *rappresentatività sindacale* – *misurata* in base ai criteri stabiliti contestualmente¹³⁷⁵ – costituisce, nel *protocollo*, titolo di legittimazione, per le federazioni di categoria, a partecipare alla contrattazione nazionale – in dipendenza del superamento della prevista *soglia minima di sbarramento*¹³⁷⁶ – e fondamento di *efficacia ed esigibilità* degli stessi contratti nazionali¹³⁷⁷, in base al *principio maggioritario*¹³⁷⁸.

¹³⁷¹ Vedi E. GRAGNOLI, *Esiste, ancora un ordinamento intersindacale?*, destinato agli Studi in memoria di Giovanni Garofalo, dattiloscritto.

¹³⁷² Vedi il testo del *protocollo* in Foro it., 2013, V, 210.

In dottrina, vedi: G. RICCI, *Guida alla lettura, ibidem*, 207, al quale si rinvia per riferimenti ulteriori.

Adde: F. CARINCI, *Adelante Pedro, con juicio*: dall'accordo interconfederale 28 giugno 2011 al Protocollo d'intesa 31 maggio 2013 (passando per la riformulazione "costituzionale" dell'art. 19, lett. b) St.), in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 179/2013 ed in corso di pubblicazione sulla Rivista *Diritto delle Relazioni Industriali*, n. 3/2013; A. MARESCA, *Il contratto collettivo nazionale di categoria dopo il protocollo d'intesa 31 maggio 2013*, in Riv. It. dir. lav., 2013, I, 707 ss.; A. VISCOMI, *Prime note sul protocollo 31 maggio 2013, ibidem*, 749 ss.; I. SENATORI, *Rappresentanza sindacale e contrattazione collettiva dopo il protocollo del 31 maggio 2013*, in QUADERNI FONDAZIONE MARCO BIAGI – SEZIONE SAGGI, N. 1/2013;

¹³⁷³ Come gli accordi, parimenti interconfederali, di contenuto sostanzialmente identico (con esclusione, tuttavia, della parte relativa a RSU e RSA), fra organizzazioni datoriali e/o sindacati diversi, quali: gli accordi interconfederali fra Confindustria ed altri sindacati (UGL, CISAL e CONFSAI) e fra CGIL-CISL-UIL ed altre organizzazioni datoriali (Legacoop, A.G.C.I., Conf cooperative).

A tali accordi interconfederali possono essere estese le considerazioni che, nel testo, sono riferite al *protocollo*.

¹³⁷⁴ Vedi Corte costituzionale n. 231 del 23 luglio 2011, in Foro it., 2013, I, 3041, con note di richiami di G. RICCI e R. ROMBOLI, alle quali si rinvia per riferimenti ulteriori.

Vedi, comunque, F. CARINCI, *il buio oltre la siepe: Corte cost. 23 luglio 2013, n. 231*, in Dir. relazioni industriali n. 4/2013; A. MARESCA (a cura di), *Le r.s.a. dopo la sentenza della Corte costituzionale 23 luglio 2013, n. 231*, ADAPT Labour studies e-book series, 13/2013, in www.adapt.it.

¹³⁷⁵ La *rappresentatività* dei sindacati di categoria ne risulta commisurata, infatti, alla "*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)*".

¹³⁷⁶ Non inferiore al 5%.

¹³⁷⁷ Cioè l'applicazione "*all'insieme dei lavoratori e delle lavoratrici (e) la piena esigibilità per tutte le organizzazioni aderenti alle parti firmatarie della intesa*".

¹³⁷⁸ È prevista, infatti, per i "*contratti collettivi nazionali di lavoro sottoscritti formalmente dalle Organizzazioni Sindacali che rappresentino almeno il 50% +1 della rappresentanza*", all'esito della procedura stabilita contestualmente (che contempla, tra l'altro, la "*previa consultazione certificata delle lavoratrici e dei lavoratori, a maggioranza semplice*").

La selezione dei sindacati – nel cui *ambito* possono essere costituite rappresentanze in azienda – riposa, parimenti, sulla loro *rappresentatività* – non *misurata*, tuttavia, ma – risultante dal *criterio selettivo* (di cui all'articolo 19 dello statuto dei lavoratori)¹³⁷⁹ – della *firma* di contratto collettivo applicato nell'unità produttiva – che è stato investito, ora, dalla recente pronuncia di illegittimità costituzionale¹³⁸⁰.

Tuttavia soltanto la pronuncia di accoglimento della Corte costituzionale – anche a voler prescindere dal riconoscimento della natura di *fonte del diritto*¹³⁸¹ – risulta dotata di immediata *forza normativa erga omnes* (ai sensi dell'art. 136 cost.).

Il *protocollo* pare, infatti, soltanto il punto di approdo – sia pure rilevante – di un processo destinato ad evolvere lungo linee definite contestualmente (a cominciare dai *regolamenti* delle federazioni di categoria circa “*le modalità di definizione della piattaforma e della delegazione trattante e le relative attribuzioni*”: vedi *infra*).

1.2. La rappresentatività sindacale – lo riconosce, esplicitamente, la stessa Corte costituzionale¹³⁸² – è *tipicamente propria* dell'ordinamento intersindacale.

Non ne può essere trascurata, tuttavia, la *rilevanza* per l'ordinamento giuridico dello stato.

È ben vero, infatti, che l'ordinamento intersindacale¹³⁸³ – in quanto *originario* ed *autonomo* – prescinde da qualsiasi riconoscimento – né tollera interferenze – da parte dell'ordinamento giuridico dello stato¹³⁸⁴.

¹³⁷⁹ Ammessi dalla Corte costituzionale (con sentenza n. 1 del 1994, in Foro it., 1994, I, 306, con nota di richiami di R. ROMBOLI), il *quesito massimalista* – che rimuoveva qualsiasi criterio selettivo dei sindacati, nel cui ambito possono essere costituita rappresentanze in aziende – non raggiungeva il quorum, che veniva raggiunto, invece, dal *quesito minimalista*, risultandone il testo attuale dell'articolo 19 SL (investito dalla pronuncia di illegittimità costituzionale in esame).

¹³⁸⁰ Vedi Corte costituzionale n. 231 del 2013, cit., anche per i riferimenti alla giurisprudenza costituzionale pregressa di segno contrario.

¹³⁸¹ Per la soluzione della questione in senso positivo, vedi A. PIZZORUSSO, *Fonti del diritto*, Bologna-Roma, 2011, spec.536 ss.

¹³⁸² Vedi Corte cost.n. 231 de 2013, cit., laddove si legge che “*l'indice selettivo, di cui alla lettera b), del primo comma, dell'art. 19 dello Statuto dei lavoratori, «si giustifica, in linea storico-sociologica e quindi di razionalità pratica, per la corrispondenza di tale criterio allo strumento di misurazione della forza di un sindacato, e, di riflesso, della sua rappresentatività, tipicamente proprio dell'ordinamento sindacale»*”.

¹³⁸³ Vedi, per la teorizzazione dell'ordinamento intersindacale, G: GIUGNI, *Introduzione allo studio dell'autonomia collettiva*, Milano, 1960.

Vedi, altresì. S: Romano, *L'ordinamento giuridico*, Pisa, 1918, spec. 27, secondo cui “*il diritto, prima di essere norma, prima di concernere un semplice rapporto o una serie di rapporti sociali, è organizzazione, struttura, posizione della stessa società in cui si svolge e che esso costituisce come unità, come ente per se stante*”;

N: BOBBIO, *Teoria dell'ordinamento giuridico*, Torino, 1960.

¹³⁸⁴ A differenza dell'ordinamento corporativo, proprio dello stato fascista, che “*non ha nessun rapporto con la pluralità di ordinamenti*” – come rilevato dallo stesso S. ROMANO (nel convegno di studi corporativi, che si è svolto a Ferrara nel 1932, ricordato da G: BOTTAI, *Santi Romano*, in AA.VV., *Studi giuridici in onore di di Santi Romano*, Padova, CEDAM, 1940, volume I, XV ss., spec. XVIII) – in quanto – assumendo una serie di organizzazioni sociali entro l'ordinamento pubblico dello stato ed attribuendo valore giuridico a contratti, norme ed atti di imperio di tali associazioni – realizza la *unificazione della società*, con la conseguenza che – nello stato fascista – “*non v'è posto per associazioni, che non ripetano dallo stato stesso ogni loro diritto e potestà, che non siano parti della sua stessa organizzazione*”.

Senza interferire sull'ordinamento intersindacale, tuttavia, fonti dell'ordinamento dello stato possono stabilirne la *rilevanza* nel proprio ambito¹³⁸⁵.

La costituzione (articolo 39) – anche per la parte inattuata (seconda parte dello stesso articolo), che continua a vincolare il legislatore – si coniuga, in tale prospettiva, con principi e disposizioni della legge ordinaria, nonché con il nostro *sistema di diritto comune dei contratti*.

Resta, peraltro, la *funzione alternativa*, finora svolta – dall'*unità d'azione sindacale* – non solo rispetto all'attuazione della *seconda parte dell'articolo 39 della costituzione*, ma anche rispetto a *meccanismi legislativi*, ad essa alternativi, che parimenti estendono l'*efficacia soggettiva* dei contratti collettivi (vedi *infra*).

1.3. Per quel che qui interessa, la *rilevanza* dell'ordinamento intersindacale – per l'ordinamento giuridico dello stato – sembra riguardare, essenzialmente, la *efficacia ed esigibilità* del *protocollo* per le federazioni di categoria, deputate a stipulare i contratti nazionali, che ne risultano disciplinati.

Mentre – per quanto riguarda la recente pronuncia di illegittimità costituzionale (dell'articolo 19 dello statuto dei lavoratori) – la *rilevanza* sembra risolversi nella interpretazione degli *effetti* della stessa pronuncia.

In ogni caso, tuttavia, la *rilevanza* – per l'ordinamento giuridico dello stato – pare funzionale alla *effettività* dell'ordinamento intersindacale (vedi *infra*: § 4).

2. Protocollo d'intesa del 31 maggio 2013: rilevanza per l'ordinamento giuridico dello Stato.

2.1. Stipulato a livello interconfederale (fra Confindustria, appunto, e CGIL-CISL-UIL), il *protocollo* reca, tuttavia, la disciplina del contratto collettivo nazionale di categoria, stabilendone procedura di formazione, *efficacia ed esigibilità*.

Coerentemente, ammette alla contrattazione le *federazioni nazionali di categoria* delle *organizzazioni sindacali firmatarie* del *protocollo* – in quanto *competenti* a stipulare il contratto nazionale, appunto – e demanda alle stesse *federazioni* – per *ogni singolo* contratto – la decisione, con proprio regolamento, circa *“le modalità di definizione della piattaforma e della delegazione trattante e le relative attribuzioni”*.

Il protocollo sembra configurare, quindi, un *negozio conformativo*¹³⁸⁶, in quanto *“funzionalizzato alla determinazione del modo di conclusione di futuri contratti”*¹³⁸⁷.

Di sindacato *“parte costitutiva dell'ordinamento dello stato”* – parimenti nel regime corporativo – parla, per restare ai *classici*, F. SANTORO PASSARELLI, *Libertà e stato*, in *Saggi di diritto civile*, Jovene, 1961, spec. 115.

¹³⁸⁵ Sulla *rilevanza* di ordinamento autonomo (nella specie ordinamento sportivo) – per l'ordinamento giuridico dello stato – vedi Corte costituzionale 11 febbraio 2011, n. 49 (concernente il d.l. 19 agosto 2003 n.220, convertito in l. 17 ottobre 2003, n. 280, *Disposizioni urgenti in materia di giustizia sportiva, c.d. legge salvacalcio*), in *Foro it.* 2011, I, 2602, con nota di A. PALMIERI, *Tutela giurisdizionale dimidiata per le sanzioni disciplinari in ambito sportivo*.

¹³⁸⁶ Tale configurazione è proposta da A: MARESCA, *Il ccnl dopo il Protocollo d'intesa 31 maggio 2013*, cit., spec. 736-737.

¹³⁸⁷ Così, testualmente, Cass., sez. lavoro, 8 novembre 2007 n.23276, inedita.

Tuttavia é' stato stipulato – per quanto si è detto – fra organizzazioni confederali.

Mentre i contratti nazionali di categoria – che ne risultano *conformati* – intercorrono, come pure si è detto, fra parti affatto diverse, quali le federazioni di categoria.

Il *protocollo* potrebbe risultare, pertanto, *inutiliter datum* se non ne fossero vincolate – oltre alle confederazioni stipulanti – anche le federazioni di categoria, deputate a stipulare, appunto, i contratti nazionali¹³⁸⁸.

La costituzione (articolo 39) si coniuga, in tale prospettiva, con principi e disposizioni della legge ordinaria, nonché con il nostro *sistema di diritto comune dei contratti*.

2.2. Invero *“la seconda parte dell’art. 39 (della costituzione) non garantisce efficacia legale ai contratti sottoscritti dai sindacati rappresentativi, ma rende rappresentativi i sindacati registrati in quanto garantisce l’efficacia legale dei contratti che essi sono abilitati a sottoscrivere”*¹³⁸⁹.

In altri termini, la efficacia *erga omnes* dei contratti di categoria risulta affidata – nel modello disegnato dalla costituzione (nella seconda parte dell’articolo 39, appunto) – alla *rappresentanza legale* conferita, contestualmente, ai sindacati registrati e dotati di personalità giuridica, a prescindere dalla loro *rappresentatività effettiva*.

Coerentemente, non ne risulta precluso – al legislatore ordinario, anche mediante ricezione di determinazioni dell’autonomia collettiva – la previsione di *meccanismi alternativi* – fondati sulla *rappresentatività effettiva* dei sindacati stipulanti – per l’estensione dell’*efficacia soggettiva* degli stessi contratti di categoria (*erga omnes* o, comunque, *ultra partes*)¹³⁹⁰.

Tipicamente propria dell’ordinamento intersindacale – per quanto si è detto – la *rappresentatività sindacale* assume, quindi, *rilevanza* nell’ordinamento giuridico dello stato ed, ivi, si differenzia non solo dalla *rappresentanza legale generale* – conferita ai sindacati registrati e dotati di personalità giuridica (dalla tuttora inattuata seconda parte dell’articolo 39 della costituzione, cit.) – ma anche dalla *rappresentanza volontaria*, che affonda le proprie radici nel diritto comune dei contratti (vedi *infra*).

2.3. Dei meccanismi legislativi – di estensione dell’*efficacia soggettiva* dei contratti collettivi, fondata sulla *rappresentatività effettiva* dei sindacati stipulanti – meritano menzione, per quel che qui interessa, la disciplina, di fonte legale appunto, dei contratti collettivi per il pubblico impiego *privatizzato* (art. 40 ss. decreto legislativo n. 165 del 2001) e, sia pure con riferimento a

¹³⁸⁸ Alla luce delle proposte conclusioni, suscita, quantomeno, perplessità la configurazione – come mero riconoscimento, da parte delle confederazioni stipulanti, del proprio *obbligo d’influenza* oppure, a tutto concedere, come *promessa del fatto del terzo* (in tal senso pare A. MARESCA, *op. ult. cit.*, spec. 737 ss.) – la clausola del *protocollo*, che sancisce testualmente: *“Le parti firmatarie della presente intesa si impegnano a far rispettare i principi qui concordati e si impegnano, altresì, affinché le rispettive strutture ad esse aderenti e le rispettive articolazioni a livello territoriale e aziendale si attengano a quanto concordato nel presente accordo”*.

¹³⁸⁹ 19Cosi, testualmente, M. D’Antona, *“Il quarto comma dell’art. 39 della Costituzione, oggi”*, in *Il giornale di diritto del lavoro e relazioni industriali*, 1998, 665 e ss.

¹³⁹⁰ Vedi, per tutti, riferimenti – anche giurisprudenziali – in M. D’Antona, *op.cit.*

contratti collettivi di secondo livello, dei *contratti collettivi di prossimità* (art. 8 decreto legge n. 138 del 13/8/2011, come convertito dalla legge n. 148 del 14/9/2011).

Entrambi possono offrire, infatti, modelli alternativi per l'auspicata estensione dell'*efficacia soggettiva del protocollo*¹³⁹¹.

2.4. Sulla falsariga della disciplina, di fonte legale, dei contratti collettivi per il pubblico impiego *privatizzato* (art. 40 ss. decreto legislativo n. 165 del 2001)¹³⁹², il *protocollo* detta, infatti, le regole per la formazione dei contratti collettivi nazionali del lavoro privato e per la loro *efficacia soggettiva*, che si fonda – come per il lavoro pubblico *privatizzato* – sulla *rappresentatività* dei sindacati stipulanti, *misurata* in base a criteri stabiliti contestualmente.

Tanto basta per ritenere disegnato – dal *protocollo* – il presupposto contrattuale di un *meccanismo legislativo di estensione dell'efficacia soggettiva* dei contratti di categoria – fondato sulla *rappresentatività effettiva* dei sindacati stipulanti – alternativo rispetto al *modello* disegnato dalla costituzione (nella, tuttora inattuata, seconda parte dell'articolo 39).

2.5. Sia pure con riferimento a contratti collettivi di secondo livello – affatto estranei alle previsioni della seconda parte dell'articolo 39 della costituzione – gli stessi *“meccanismi legislativi di estensione dell'efficacia dei contratti collettivi stipulati da sindacati privi della personalità giuridica (...)”* – che la Corte costituzionale ha ritenuto compatibili con la costituzione (seconda parte dell'articolo 39, appunto) – sono stati dal legislatore sperimentati, di recente, per i *contratti di prossimità*¹³⁹³.

¹³⁹¹ Senza che possa rilevare, in contrario, la circostanza che sono affatto estranee – al *protocollo* – le *rationes decidendi* delle pronunce di rigetto della Corte costituzionale, concernenti la disciplina – di fonte legale – dei contratti collettivi per il pubblico impiego *privatizzato* (vedi Corte cost. n. 309 del 16 ottobre 1997, in Foro it., 1997, I, 3494, con nota di richiami) e dei *contratti collettivi di prossimità* (vedi Corte cost. n. 221 del 4 ottobre 2012, Foro it., Rep. 2012, voce Regione, n.272 e, per esteso, in Giust. Civ., 2012, I, 2251, con ote di: PALLADINI, in Mass.giur. lav., 2012, 910; MISCIONE, in Lavoro giur., 2012, 1166; PUTATURO, in Dir. mercato lav., 2012, 353).

Infatti l'efficacia *erga omnes* del contratto collettivo, per il lavoro pubblico *privatizzato*, deriva, *“per un verso, dal vincolo di conformarsi imposto alle amministrazioni e, per l'altro, dal legame che avvince il contratto individuale al contratto collettivo (e) rappresenta il conseguente e non irragionevole esito dell'intera procedura di contrattazione”*

Mentre riguarda il riparto di *competenza legislativa* – fra stato e regioni – la pronuncia concernente i *contratti collettivi di prossimità*.

¹³⁹² Sia pure con alcune differenze, puntualmente poste in evidenza da F. CARINCI, *Adelante Pedro, con juicio: dall'accordo interconfederale 28 giugno 2011 al Protocollo d'intesa 31 maggio 2013 (passando per la riformulazione “costituzionale” dell'art. 19, lett. b) St.)*, cit.

¹³⁹³ 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, *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 (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*, 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 “di prossimità”, le sue scaturigini e i suoi limiti costituzionali*, WP CSDLE “Massimo D'Antona n. 134/2011, al quale pure si rinvia per riferimenti aggiornati.

Stipulati a livello aziendale o territoriale¹³⁹⁴, i *contratti di prossimità* sono, bensì, tenuti – ovviamente – al *rispetto* della costituzione, nonché dei “vincoli derivanti dalle normative comunitarie e dalle convenzioni internazionali sul lavoro”, ma operano, tuttavia, “anche in deroga alle disposizioni di legge che disciplinano le materie richiamate dal comma 2 ed alle relative regolamentazioni contenute nei contratti collettivi nazionali di lavoro”. Pertanto i *contratti di prossimità* sono legittimati a *derogare* non solo i contratti nazionali, ma anche le disposizioni di legge – nelle stesse materie – e possono costituirne l’unica fonte di disciplina¹³⁹⁵. Resta da domandarsi, tuttavia, se lo stesso meccanismo possa essere, a maggior ragione, impiegato per i contratti nazionali di categoria. Si tratta, tuttavia, di domanda retorica.

2.6. Il *protocollo* potrebbe, quindi, integrare il presupposto contrattuale di uno di tali *meccanismi legislativi* – che conferiscono *efficacia erga omnes* ai contratti collettivi stipulati da sindacati *effettivamente rappresentativi* – alternativi rispetto al *modello* disegnato dalla *seconda parte dell’articolo 39 della costituzione*.

Come è stato anticipato, infatti, la *rappresentatività sindacale* – misurata in base ai criteri stabiliti contestualmente – costituisce, nel *protocollo*, titolo di legittimazione dei sindacati di categoria a partecipare alla contrattazione nazionale – in dipendenza del superamento della prevista *soglia minima di sbarramento* – e fondamento della *efficacia* ed *esigibilità* degli stessi contratti collettivi, che riposa sul *principio maggioritario*.

Sembra risulterne, quindi, la previsione dell’obbligo di parte datoriale, da un lato, a trattare con tutti i sindacati ammessi alla contrattazione – in dipendenza, appunto, del superamento della prevista *soglia minima di sbarramento* – e, dall’altro, a *favorire* – in assenza di piattaforma unitaria – “la negoziazione (.....) sulla base della piattaforma presentata da organizzazioni sindacali che abbiano complessivamente un livello di rappresentatività nel settore pari almeno al 50% +1”.

Resta il problema se – in dipendenza della prospettata previsione – il contratto sia *efficace ed esigibile* – anche nei confronti delle organizzazioni, che abbiano presentato una *piattaforma minoritaria* – sebbene risulti negoziato – e *firmato* – soltanto dalle “organizzazioni sindacali che abbiano complessivamente un livello di rappresentatività nel settore pari almeno al 50% +1”.

La soluzione positiva pare imposta, tuttavia, dalla contestuale previsione – per tali contratti – dell’applicazione “all’insieme dei lavoratori e delle lavoratrici” e della “piena esigibilità per tutte le organizzazioni aderenti alle parti firmatarie della intesa”.

2.7. In coerenza con i precedenti ricordati, il rinvio della legge al *protocollo*, sostanziale oppure formale – sulla falsariga della disciplina legale dei contratti collettivi per il pubblico impiego

¹³⁹⁴ E, peraltro, dagli agenti contrattuali, sulla base di “un criterio maggioritario relativo alle rappresentanze sindacali”, nelle materie, per le *finalità* stabiliti contestualmente.

¹³⁹⁵ Significativo, a tale proposito, pare V. PUPO, *Contrattazione di prossimità: introduzione del diritto del lavoro “ad aziendam”*, in Consulta on line.

privatizzato (art. 40 ss. decreto legislativo n. 165 del 2001, cit.) – non costituisce l'unico percorso possibile in tale direzione.

In alternativa, può, infatti, concorrere l'assunzione dei requisiti – che il *protocollo* prevede per i contratti nazionali¹³⁹⁶ – quali criteri selettivi dei contratti dello stesso livello – che si intendono dotare di *efficacia erga omnes* – sulla falsariga di quanto stabilito per i *contratti di prossimità* (dall'articolo 8 decreto legge n. 138 del 13/8/2011, come convertito dalla legge n. 148 del 14/9/2011).

Non può essere trascurato, tuttavia, il difficile percorso parlamentare – anche in questa legislatura – delle iniziative legislative in materia¹³⁹⁷.

2.8. Resta, comunque, l'autonoma garanzia – parimenti a livello costituzionale (art. 39, primo comma) – della *libertà di organizzazione sindacale*

Ne risulta coperta, infatti, *“ogni manifestazione della contrattazione collettiva, anche se diversa dalla variante regolata dalla seconda parte dell'art. 39, che è il contratto di categoria stipulato dai sindacati registrati”*¹³⁹⁸, come – ovviamente – dai *“meccanismi legislativi di estensione dell'efficacia dei contratti collettivi”*, ad essa alternativi.

Equiordinate e reciprocamente interferenti le due garanzie costituzionali (di cui al primo comma ed alla seconda parte dell'articolo 39) non sono – *a priori* – *gerarchizzabili né graduabili*.

Tuttavia gli sviluppi dell'una, *interferendo* sull'altra, possono – in concreto – *condizionarla senza, tuttavia, escluderla né assorbirla interamente*.

In altri termini, l'*equiordinazione interferente* – tra le due garanzie costituzionali – comporta che la *libertà di organizzazione sindacale* (di cui al primo comma dell'articolo 39) non può spingersi fino a confliggere con il modello di contrattazione di categoria con efficacia *erga omnes* (previsto dalla seconda parte dello stesso articolo 39) né – coerentemente – con *“meccanismi legislativi di estensione dell'efficacia dei contratti collettivi”*, ad esso alternativi.

Parimenti la *efficacia erga omnes* dei contratti collettivi – comunque realizzata – non può escludere che si sviluppi una libera contrattazione collettiva al di fuori del *modello costituzionale* e dei *meccanismi legislativi* ad esso alternativi¹³⁹⁹.

¹³⁹⁶ Quali: livello nazionale della contrattazione, federazioni di categoria come agenti contrattuali, *rappresentatività sindacale*, come titolo per l'ammissione alla contrattazione e come fondamento della efficacia del contratto, sulla base del *principio maggioritario*.

¹³⁹⁷ Vedi l'inizio dell'esame in sede referente – presso la Commissione lavoro della Camera dei deputati (nelle sedute del 30 luglio, 10 e 18 settembre, 10 ottobre 2013) – delle proposte di legge pendenti presso lo stesso ramo del Parlamento: A.C. 5 Iniziativa popolare, A.C. 519 Damiano, A.C. 709 Airaudò, A.C. 1376 Polverini.

Mentre non risulta ancora avviato l'esame dei disegni di legge in materia, pendenti presso il Senato della Repubblica (quali: AS 654 Barozzino; AS 993 Ichino).

¹³⁹⁸ Vedi M. D'Antona, *op. cit.*

¹³⁹⁹ 29Vedi M. D'Antona, *op. cit.*

2.9. Pertanto la *efficacia erga omnes* del *protocollo* – realizzata, in ipotesi, mediante ricorso ad uno di tali *meccanismi legislativi* – non sarebbe d'ostacolo all'esercizio della prospettata *libertà di organizzazione sindacale*.

Questa deve essere coordinata, tuttavia, con l'esaminata *equiordinazione interferente* – tra le due garanzie costituzionali (di cui al primo comma ed alla seconda parte dell'articolo 39) – che preclude alla *libertà di organizzazione sindacale*, appunto, di confliggere con la efficacia *erga omnes* della contrattazione, comunque realizzata (in ipotesi, anche mediante ricorso ad uno dei *meccanismi legislativi*, che sono stati prospettati).

La proposta conclusione pare esplicitamente condivisa dal *protocollo*, laddove prevede, bensì, *efficacia ed esigibilità erga omnes* – per i contratti nazionali, stipulati nel rispetto delle regole stabilite contestualmente – ma, nel contempo, riconosce, tuttavia, la “*libertà e autonomia di ogni organizzazione sindacale*”.

Parimenti in coerenza con la prospettata *equiordinazione interferente* – fra le due garanzie costituzionali – il *protocollo* prevede, altresì, la definizione – da parte degli stessi contratti collettivi nazionali – di *clausole e/o procedure di raffreddamento* finalizzate a garantire, per tutte le parti, l'*esigibilità* degli impegni assunti e le conseguenze di eventuali inadempimenti.

2.10. Non pone problemi di compatibilità con la costituzione e, peraltro, prescinde dall'attuazione della seconda parte dell'articolo 39 – come dalla previsione legislativa di *modelli alternativi* – la *rappresentanza volontaria* delle organizzazioni sindacali¹⁴⁰⁰.

Affonda, infatti, le sue radici nel diritto comune dei contratti.

In principio, è la configurazione dell'autonomia collettiva quale *species* dell'autonomia privata¹⁴⁰¹
1402.

Coerentemente, il contratto collettivo di diritto comune vincola – in forza della *rappresentanza volontaria*, appunto, fondata sul rapporto associativo – lavoratori e datori di lavoro iscritti alle organizzazioni sindacali stipulanti oppure che abbiano, comunque, *aderito* al contratto.

¹⁴⁰⁰ *Rappresentanza volontaria* che – sia detto per inciso – costituisce l'unico titolo di legittimazione per le organizzazioni datoriali stipulanti (di fonte legale, infatti, è la rappresentanza conferita all'ARAN per il lavoro pubblico privatizzato).

¹⁴⁰¹ Vedi F. SANTORO PASSARELLI, *Autonomia collettiva, giurisdizione, diritto di sciopero*, in *Saggi di diritto civile*. Jovene, 1961, 177 ss.; ID., *Autonomia Collettiva*, ibidem, 255 ss; G. SANTORO PASSARELLI, *Note per un discorso sulla giustizia del lavoro*, RIDL, 2013, I, 513 ss., spec. 514.

Vedi altresì, E. GHERA, *L'autonomia collettiva e le trasformazioni del diritto sindacale da Francesco Santoro Passarelli a al pluralismo ordinamentale*, in *Lavoro e diritto*, 2009, 351 ss.; AA.VV., *Francesco Santoro Passarelli e l'autonomia collettiva prima e dopo*, Atti del convegno tenuto a Roma il 26 maggio 2008, Jovene, 2009.

¹⁴⁰² Affida, tuttavia, la inderogabilità del contratto collettivo di diritto comune – da parte del contratto individuale di lavoro – all'applicazione (condivisa da dottrina e giurisprudenza) di disposizione (art. 2077 c.c.), che era stata dettata per regolare il diverso rapporto del contratto individuale, appunto, con il contratto corporativo; vedi G. SANTORO PASSARELLI, *Note per un discorso sulla giustizia del lavoro*, cit, spec. 514.

2.11. Resta da domandarsi, tuttavia, se il *protocollo* – stipulato a livello interconfederale – possa, analogamente, vincolare le federazioni di categoria.

Le federazioni sembrano, invero, vincolate dal *protocollo*, se *aderiscono* allo stesso, rispettandone la procedura – a cominciare dalla *misurazione* della propria *rappresentatività* – nella formazione di contratto collettivo nazionale¹⁴⁰³. Problematica risulta, invece, la efficacia vincolante del protocollo – in forza della *rappresentanza volontaria*, fondata sul rapporto associativo – per le federazioni aderenti alle confederazioni, che l'hanno stipulato, nonché per le articolazioni (a livello territoriale ed aziendale) e gli iscritti rispettivi¹⁴⁰⁴.

2.12. L'opzione per la soluzione positiva¹⁴⁰⁵ – che si propone in termini problematici – pare imposta o, quantomeno, suggerita dalla *lettura sistemica* dell'ordinamento intersindacale, nel quale rientrano, tra l'altro, contratti collettivi di diversi livelli e statuti delle associazioni sindacali.

Si tratta di *lettura* coerente con quella sorta di *istituzionalizzazione* del contratto collettivo nazionale di diritto comune¹⁴⁰⁶, che viene posta in relazione, da un lato, con l'inclusione della violazione delle norme di contratti nazionali – fra i vizi della sentenza, che possono essere denunciati in cassazione, al pari della violazione di *norme di diritto* (ai sensi dell'art. 360, n. 3, c.p.c., come *novellato* dal d. lgs. N.40 del 2006, art. 2 e 18) – e, dall'altro, con l'*accertamento pregiudiziale* sulla interpretazione degli stessi contratti (ai sensi dell'art. 420 bis c.p.c.).

2.13. La *nuova funzione nomofilattica* – in quanto estesa, appunto, all'interpretazione diretta della contrattazione collettiva nazionale di diritto comune – ha comportato, infatti, la cognizione del *quadro complessivo* dell'ordinamento intersindacale.

In coerenza con la *nuova funzione*, la giurisprudenza¹⁴⁰⁷ estende, quindi, al *testo integrale* del contratto collettivo nazionale – sebbene ne risultino investite soltanto alcune norme (ai sensi dell'art. 360, n. 3, appunto, oppure dell'art. 420 bis c.p.c., cit.) – l'onere di deposito, imposto a pena di *improcedibilità* (dall'articolo 369, comma 2, n.4, c.p.c.).

2.14. Tuttavia la cognizione del giudice deve essere estesa – in quanto parimenti funzionale alla *lettura sistemica* dell'ordinamento intersindacale (non dissimile, sia detto per inciso, da quella dell'ordinamento giuridico dello stato, nella ipotesi di denuncia della analoga violazione di *norme*

¹⁴⁰³ Vedi, per tutti, A: MARESCA, *Il ccnl dopo il Protocollo d'intesa 31 maggio 2013*, cit., 734 ss., spec.738.

¹⁴⁰⁴ Significativamente, tuttavia, il *protocollo* – come è stato ricordato – sancisce testualmente: “Le parti firmatarie della presente intesa si impegnano a far rispettare i principi qui concordati e si impegnano, altresì, affinché le rispettive strutture ad esse aderenti e le rispettive articolazioni a livello territoriale e aziendale si attengano a quanto concordato nel presente accordo”.

Né convince, come pure si è detto, la configurazione di tale clausola del *protocollo* come *promessa del fatto del terzo* (in tal senso, vedi A: MARESCA, *Il ccnl dopo il Protocollo d'intesa 31 maggio 2013*, cit., spec.737).

¹⁴⁰⁵ 35In senso contrario pare, tuttavia, A: MARESCA, *Il ccnl dopo il Protocollo d'intesa 31 maggio 2013*, cit., § 6, 734 ss., spec. 737 ss.

¹⁴⁰⁶ Vedi G: SANTORO PASSARELLI, *Verso l'istituzionalizzazione del contratto collettivo di diritto comune?*, in *Diritti lavori mercati*, 2009, 99, spec. § 3.

¹⁴⁰⁷ Vedi, per tutte, Cass., sez. un., n. 20075 del 23 settembre 2010 (in *Foro it.*, 2011, I, 2446, con nota di richiami) e consolidata giurisprudenza conforme successiva.

di diritto) – non solo ai contratti nazionali, precedenti e successivi, ed ai contratti interconfederali – come la stessa giurisprudenza ha precisato – ma anche a statuti delle organizzazioni sindacali e ad altri atti dell'ordinamento intersindacale, sebbene la giurisprudenza non abbia ancora avuto occasione di occuparsene.

Anche se la sanzione della *improcedibilità del ricorso* resta, all'evidenza, limitata all'omesso deposito – nel *testo integrale*, appunto – dei contratti o accordi collettivi nazionali, sui quali il ricorso si fonda (per il quale risulta, infatti, comminata dall'articolo 369, comma 2, n.4, c.p.c., cit.).

2.15. La conclusione raggiunta dalla giurisprudenza – con riferimento alla contrattazione collettiva nazionale per il lavoro privato – pare confortata, tuttavia, dalla soluzione radicalmente opposta – “*nel senso della non necessità della produzione del testo contrattuale*” – che la stessa giurisprudenza propone con riferimento alla contrattazione – dello stesso livello – per il lavoro pubblico *contrattualizzato o privatizzato*¹⁴⁰⁸.

Configurazione come *normativa subprimaria*, pubblicazione in Gazzetta ufficiale concorrono, infatti, ad includere tali contratti – nella *scienza ufficiale* del giudice (per essi, in altri termini, vale il principio *iura novit curia*) – ed a renderne possibile la *lettura sistemica* – da parte del giudice – a prescindere dalla produzione in giudizio del testo contrattuale.

2.16. Tanto basta per fondare sulla *lettura sistemica* dell'ordinamento intersindacale – nel quale rientrano, tra l'altro, contratti collettivi di diversi livelli e statuti dei sindacati – la soluzione positiva proposta – sia pure in termini problematici – per la questione se il *protocollo* possa vincolare – in forza di *rappresentanza volontaria*, fondata sul rapporto associativo – le federazioni di categoria ad esso aderenti, nonché le articolazioni (a livello territoriale ed aziendale) e gli iscritti rispettivi.

Ne risulta, all'evidenza, superato quell'orientamento giurisprudenziale costante¹⁴⁰⁹ – che, per la soluzione del conflitto tra contratti collettivi di diverso livello, prescinde dal *collegamento* tra gli stessi livelli (stabilito da fonti, parimenti contrattuali, oppure statutarie)¹⁴¹⁰ – e, con esso, la *frammentazione* dell'ordinamento intersindacale, che pare incompatibile – per quanto si è detto – con la prospettata *istituzionalizzazione*.

¹⁴⁰⁸ Oltre Cass., sez. un., n. 20075 del 23 settembre 2010 e consolidata giurisprudenza conforme successiva, cit., vedi Cass., sez. un., n. 21568 del 12 ottobre 2009, inedita, e n. 23329 del 4 novembre 2009, in Foro it., Rep. 2010, voce Impiegato dello stato e pubblico, n. 776 e, per esteso, in Giust. Civ., 2010, I, 2349.

¹⁴⁰⁹ Vedi, per tutte, Cass. n. 19351 del 18 settembre 007, in Mass. Giur. Lav. 2008, 3, 122, con nota di D. BLOTTA; n. 12098 del 18 maggio 2010, in Giur. It., 2011, 1337, con nota di M. NAPOLETANO.

¹⁴¹⁰ In senso contrario, vedi A. MARESCA, *Il ccnl dopo il Protocollo d'intesa 31 maggio 2013*, cit., spec. 737, laddove si legge: “*la vincolatività del protocollo d'intesa 2013 (.....) non deriva dalle clausole contenute negli statuti dei sindacati di categoria*”.

2.17. L'unità d'azione sindacale ha rappresentato, finora, una valida *alternativa funzionale*¹⁴¹¹ rispetto alla *efficacia erga omnes* dei contratti collettivi di categoria (ai sensi dell'inattuata seconda parte dell'articolo 39 della costituzione)¹⁴¹².

L'unico contratto di categoria trovava, infatti, *applicazione diretta* – per quanto si è detto – ai lavoratori iscritti ai sindacati stipulanti o, comunque, *aderenti* al contratto

Trovava, tuttavia, *applicazione indiretta* – a tutti gli altri lavoratori della stessa categoria (e, talora, persino di categorie contigue, non coperte da contrattazione propria) – quale parametro per dare attuazione a norme di fonte costituzionale o legale (prima fra tutte l'articolo 36 cost.).

In tale prospettiva, risulta – all'evidenza – essenziale il contratto nazionale unico per ciascuna categoria. Considerazioni analoghe possono essere svolte, tuttavia, anche con riferimento ai contratti collettivi aziendali¹⁴¹³.

2.18. È ben vero, infatti, che la efficacia *erga omnes* dei contratti collettivi aziendali risulta affermata – dalla giurisprudenza¹⁴¹⁴ – ed ancorata, talora, alla *tutela degli interessi collettivi* dei lavoratori occupati in azienda e, talaltra, alla *inscindibilità della disciplina recata*¹⁴¹⁵. Tuttavia va conciliata, da un lato, con il limite invalicabile della *libertà sindacale* (di cui al primo comma dello stesso dall'art. 39 Cost.) e, dall'altro, con il diritto comune dei contratti, che – al di fuori del *modello* disegnato dalla costituzione (nella seconda parte dell'articolo 39) e dei *meccanismi ad esso alternativi* – fonda la *efficacia soggettiva* del contratto collettivo, esclusivamente, sulla *rappresentanza volontaria* del sindacato stipulante – quale risulta dal rapporto associativo – o, comunque, sull'*adesione* al contratto (vedi *retro*)¹⁴¹⁶. Coerentemente, la efficacia soggettiva *erga omnes* dei contratti collettivi aziendali – quale regola di carattere generale, in funzione delle

¹⁴¹¹ 41Vedi M.DE LUCA, *Nuovo assetto del sistema di contrattazione collettiva: contesto, profili problematici, prospettive del contratto di prossimità*, cit. – ed, ivi, riferimenti ulteriori – che ricorda, in particolare, come Gian Primo Cella non si stanchi di ripetere: “l'unità d'azione è stata una vera e propria alternativa funzionale alla mancata applicazione del 4° comma dell'art. 39”. L'unità di azione sindacale non rende inutile, tuttavia, l'attuazione della seconda parte dell'articolo 39 della costituzione. Eppure – sostiene G. SANTORO PASSARELLI, *Note per un discorso sulla giustizia del lavoro*, cit, spec. 514. – “per cinquanta anni, esattamente dalla prolusione bolognese di Mancini su libertà sindacale e contratto collettivo erga omnes (F. MANCINI, *libertà sindacale e contratto collettivo erga omnes*, in RTDPC, 1963, 570 ss.), la dottrina maggioritaria aveva aderito alla sua impostazione che non riteneva necessaria l'attuazione dell'articolo 39, perché esisteva l'unità di azione sindacale che rendeva inutile la misurazione della rappresentatività di ciascun sindacato”.

¹⁴¹² La inattuazione del quarto comma dell'articolo 39 della costituzione è stata voluta – per ragioni diverse – dalle confederazioni sindacali (Vedi, per tutti, U. Romagnoli, *È ora di attuare la costituzione sul sindacato*, www.eguaglianzaelibertà.it).

¹⁴¹³ Vedi M. DE LUCA, *Nuovo assetto del sistema di contrattazione collettiva: contesto, profili problematici, prospettive del contratto di prossimità*, cit.

¹⁴¹⁴ Cass. 28/maggio/2004, n. 10353, in Riv. It. Dir. Lav., 2005, II, 312, con nota di A. BOLLANI, *Il contratto collettivo aziendale è efficace erga omnes?*; 25 marzo 2002, n. 4218, Foro it., Rep. 2002, voce Lavoro (rapporto), n. 795; 11 dicembre 2002, n. 17674, Foro it., 2003, I, 443; 15 giugno 1999, n. 5953, Gazzetta giur., 1999, fasc. 29, 65.

Vedi, altresì, Cass. 18 settembre 2007, n. 19351, Foro it., Rep. 2007, voce cit., n. 794; 25 marzo 2002, n. 4218, id., 2002, voce cit., 795; 5 luglio 2002, n. 9764, ibidem, 795; 11 dicembre 2002, n. 17674, Foro it. 2003, I, 443; 2 maggio 1990, n. 3607, Mass. Giur. Lav., 1990, 384, con nota di ENRICO LUCIFREDI.

¹⁴¹⁵ In senso contrario pare, tuttavia, la dottrina: vedi, per tutti F. LUNARDON, *Op. cit.*

¹⁴¹⁶ Vedi Cass. n. 10353 del 28/05/2004, cit. e giurisprudenza ivi richiamata, anche in nota, 24 febbraio 1990, n. 1403, Foro it. 1991, I, 877, con nota di ROMELI.

esigenze che ne risultano perseguite (tutela di interessi collettivi, appunto, e inscindibilità della disciplina) – non può essere, tuttavia, estesa – in ossequio al principio di libertà sindacale, appunto, ed in coerenza con il nostro diritto comune dei contratti – a quei lavoratori dell'azienda che – aderendo ad una organizzazione sindacale, diversa da quella che ha stipulato il contratto aziendale – ne condividano l'esplicito dissenso, dal contratto medesimo, e potrebbero, addirittura, risultare vincolati da un contratto aziendale separato, parimenti diverso¹⁴¹⁷. Palese ne risulta il rilievo che l'unità di azione sindacale svolge, anche con riferimento al contratto collettivo aziendale.

2.19. Non può essere, quindi, trascurata la circostanza che il *protocollo* – in quanto *firmato*, congiuntamente, da CGIL, CISL ed UIL – conferma l'unità di azione sindacale, che era stata ritrovata – dopo la stagione degli accordi separati (culminata nell'accordo quadro sul sistema delle fonti del gennaio 2009) – con la *sigla* dell'accordo interconfederale unitario del 28 giugno 2011¹⁴¹⁸, al quale il *protocollo* intende dare applicazione. Infatti l'*unità di azione sindacale* – che ne risulta, a prescindere dal contenuto del *protocollo* – rappresenta, per quanto si è detto, una valida *alternativa funzionale* rispetto alla *efficacia erga omnes* dei contratti collettivi.

3. Pronuncia di incostituzionalità (dell'articolo 19 dello Statuto dei lavoratori): rilevanza per l'ordinamento giuridico dello Stato.

La selezione dei sindacati – nel cui *ambito* possono essere costituite rappresentanze in azienda (ai sensi dell'articolo 19 SL) – pare affidata alla *discrezionalità* del legislatore ordinario.

Ne ha escluso, infatti, il *contenuto costituzionalmente obbligatorio* – sia pure implicitamente – la stessa Corte costituzionale, laddove¹⁴¹⁹ ha dichiarato ammissibile la richiesta *massimalista* di referendum abrogativo (dell'art. 19 dello statuto dei lavoratori), sebbene *“esprim(esse) chiaramente l'intendimento (...) dei promotori di ottenere l'abrogazione di tutti i criteri di «maggiore rappresentatività» adottati (...) per la selezione”*, appunto, dei sindacati, nel cui *ambito* possono essere costituite rappresentanze in azienda.

Infatti la richiesta di referendum non è ammissibile, se il *nucleo normativo* della disposizione – che ne sia investita – *“non possa venire alterato o privato di efficacia, senza che ne risultino lesi i corrispondenti specifici disposti della costituzione stessa (o di leggi costituzionali)”*¹⁴²⁰.

¹⁴¹⁷ Vedi Cass. n. 10353 del 28/05/2004, cit.

¹⁴¹⁸ Accordo interconfederale *unitario* – *siglato* il 28 giugno 2011, e *firmato* il 21 settembre successivo – da Confindustria e da CGIL-CISL-UIL.

¹⁴¹⁹ Vedi Corte costituzionale 12 gennaio 1994, n. 1, cit.

¹⁴²⁰ Così, testualmente Corte cost. n.16 del 7 febbraio 1978, in Foro it., 1978, I, 265.

Sul punto vedi G. ZAGREBELSKY, V. MARECENO', *Giustizia costituzionale*, Bologna, Il Mulino 2012, spec. 492, al quale si rinvia per riferimenti ulteriori.

Pertanto la Corte costituzionale – ammettendo il referendum sulla richiesta *massimalista* – ne ha escluso, sia pure implicitamente, la prospettata *causa di inammissibilità*¹⁴²¹.

Coerentemente, la stessa Corte costituzionale – nella sentenza recente, che dichiara la parziale incostituzionalità della medesima disposizione (art. 19 S.L.)¹⁴²² – include il “*riconoscimento del diritto di ciascun lavoratore ad eleggere rappresentanze sindacali nei luoghi di lavoro*” – con esclusione, quindi, di qualsiasi criterio selettivo – tra le *soluzioni alternative*, che affida – per l’attuazione – al legislatore ordinario.

Pertanto la *rilevanza* – per l’ordinamento giuridico dello stato – della stessa pronuncia di illegittimità costituzionale (dell’articolo 19 dello statuto dei lavoratori), sembra risolversi – per quanto si è detto – nella individuazione ed interpretazione della *normativa di risulta*, che l’ordinamento giuridico dello stato, appunto, è in grado di esprimere dopo l’espunzione della disposizione o norma dichiarata incostituzionale.

3.1. La Corte costituzionale¹⁴²³ dichiara, infatti, “*l’illegittimità costituzionale dell’articolo 19, primo comma, lettera b), della legge 20 maggio 1970, n. 300 (...), 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*”.

3.2. Si tratta di *pronuncia additiva*¹⁴²⁴ – come tale esplicitamente *autoqualificata* dalla stessa Corte – in quanto “*colpisce un’omissione del legislatore, e da tale dichiarazione di incostituzionalità, si trae, come conseguenza, che la norma mancante viene ad esistenza*”¹⁴²⁵.

Infatti la pronuncia in esame colpisce la *omissione del legislatore* – dichiarata incostituzionale – per non avere previsto 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*”.

E, di conseguenza, la *norma mancante* è venuta ad esistenza, assegnando – alla *partecipazione alla negoziazione*, appunto – la funzione selettiva, che le era stata negata.

¹⁴²¹ Mentre la stessa Corte costituzionale (sentenza n. 13/2012, FI 2012, I, 680) ha recentemente confermato il consolidato orientamento secondo cui, in sede di controllo di ammissibilità dei referendum, non possono “*venire in rilievo profili di illegittimità costituzionale della legge oggetto della richiesta referendaria o della normativa di risulta*”.

¹⁴²² Vedi Corte cost. n. 231 del 2013, cit.

¹⁴²³ Sentenza n.231 del 2013, cit.

¹⁴²⁴ In senso contrario, pare, tuttavia, F. CARINCI, *Il buio oltre siepe: Corte cost. 23 luglio 2013, n. 231*, cit.

¹⁴²⁵ Vedi G. ZAGREBELSKY, V. MARCENO’, *Giustizia costituzionale*, cit., spec. 392

3.3. È ben vero, peraltro, che l'effetto di *giudicato* delle sentenze di accoglimento della Corte costituzionale “*assiste, esclusivamente, il dispositivo della sentenza e non anche la sua motivazione*”.

Questa distinzione – fra dispositivo, appunto, e motivazione – deve essere intesa, tuttavia, “*nel senso che – (essendo) il decimum della sentenza l'incostituzionalità di una determinata disposizione o norma – rientrano in esso e, quindi, sono assistiti dall'efficacia del giudicato, (...), tutte le argomentazioni volte ad individuare e delimitare le disposizioni o le norme dichiarate incostituzionali, mentre fanno parte della motivazione tutte le argomentazioni volte ad illustrare perché la disposizione o la norma è incostituzionale*”¹⁴²⁶.

Pertanto sembrano coperte dal *giudicato* le argomentazioni volte ad *individuare e delimitare* il significato di *partecipazione alla negoziazione* – quale criterio selettivo dei sindacati, nel cui ambito possono essere costituite rappresentanze in azienda – che il legislatore ha ommesso di prevedere – in contrasto con la costituzione – e che la Corte costituzionale ha introdotto, creando la *norma mancante*.

Alla luce di tali principi deve essere, quindi, stabilito quale sia il significato di *partecipazione alla negoziazione*, appunto, a seguito della declaratoria di incostituzionalità della relativa *omissione* da parte del legislatore.

La evoluzione della giurisprudenza costituzionale, nella soggetta materia, si coniuga, in tale prospettiva, con la *ratio decidendi* – sostanzialmente identica – a sostegno delle decisioni – di segno diverso – che si sono succedute nel tempo.

3.4. Il fondamento della *rappresentatività sindacale* – sulla base del rapporto del sindacato con i lavoratori e non già con il datore di lavoro – sembra costituire, infatti, la *ratio decidendi* sostanzialmente comune – ancorché declinata in termini parzialmente diversi – sia alla pronuncia additiva di accoglimento, ora in esame, che alla precedente pronuncia interpretativa di rigetto.

La evoluzione della giurisprudenza costituzionale – secondo la stessa Corte e le ordinanze di rimessione¹⁴²⁷ – pare giustificata, poi, dai “*mutamenti interscorsi nelle relazioni sindacali*”¹⁴²⁸ e dal “*mutato (...) quadro normativo di riferimento*”¹⁴²⁹.

3.5. “*La rappresentatività del sindacato non deriva da un riconoscimento del datore di lavoro espresso in forma pattizia, bensì dalla capacità del sindacato di imporsi al datore di lavoro come*

¹⁴²⁶ Così, testualmente, A. PIZZORUSSO, *Fonti del diritto*, Bologna-Roma, 2011, spec.547.

¹⁴²⁷ Vedi, per tutte, Trib. Modena, ord. 4 giugno 2012, Foro it. 2012, I, 2519, con nota di G. RICCI, *La querelle tra Fiom e Fiat sul riconoscimento dei diritti sindacali: la parola passa alla Corte costituzionale*.

¹⁴²⁸ Dalla “*unitarietà di azione dei sindacati e dalla unitaria sottoscrizione dei contratti collettivi applicati in azienda*”, infatti, si è passati – negli ultimi anni – alla “*rottura della unità di azione (...), conclusione di contratti collettivi “separati” e, da ultimo, “nuovo sistema contrattuale, definito «autoconcluso ed autosufficiente», instaurato dalle società del Gruppo FIAT*”: così, testualmente, Corte cost. n. 231 del 2013, cit.

¹⁴²⁹ “*in ragione della copiosa legislazione che ha elevato la contrattazione collettiva a fonte integrativa, suppletiva o derogatoria, della propria disciplina, in correlazione, sempre, ad un parametro di effettiva, e comparativamente maggiore, rappresentatività dei sindacati stipulanti*”: così, testualmente, Corte cost. n. 231 del 2013, cit.

controparte contrattuale”.

Pare, questa, la *ratio decidendi* della sentenza interpretativa di rigetto, che – all’esito di *esegesi costituzionalmente orientata* (dello stesso articolo 19 SL, quale risulta all’esito del referendum abrogativo) – è pervenuta alla conclusione che – per integrare la *firma di contratto collettivo*, applicato nell’unità produttiva, quale criterio selettivo dei sindacati nel cui ambito possono essere costituite rappresentanza in azienda – *“non è sufficiente la mera adesione formale a un contratto negoziato da altri sindacati, ma occorre una partecipazione attiva al processo di formazione del contratto (e, peraltro,) deve trattarsi di un contratto normativo (...)”.*

Tuttavia *“l’indice selettivo di cui alla lettera b), del primo comma, dell’art. 19 dello Statuto dei lavoratori, si giustifica, in linea storico-sociologica e quindi di razionalità pratica, per la corrispondenza di tale criterio allo strumento di misurazione della forza di un sindacato, e, di riflesso, della sua rappresentatività, tipicamente proprio dell’ordinamento sindacale”¹⁴³⁰.*

3.6. Nel mutato scenario attuale delle relazioni sindacali – che è stato prospettato – la *firma di contratto collettivo*, applicato nell’unità produttiva, viene meno alla sua funzione selettiva – in ragione, appunto, della *rappresentatività* – dei sindacati, nel cui ambito possono essere costituite rappresentanze in azienda.

Anzi, *“per una sorta di eterogenesi dei fini, si trasforma (...) in meccanismo di esclusione di un soggetto maggiormente rappresentativo a livello aziendale o comunque significativamente rappresentativo, si da non potersene giustificare la stessa esclusione dalle trattative “.*

Alla *interpretazione adeguatrice* osta, tuttavia, il tenore letterale della disposizione denunciata (art. 19 SL, cit.), che fa esplicito riferimento, appunto, ai *sindacati firmatari*.

Coerente risulta, quindi, la conclusione che *“il criterio della sottoscrizione dell’accordo applicato in azienda viene inevitabilmente in collisione con i precetti di cui agli artt. 2, 3 e 39 Cost.”.*

3.7. Alla radice dei profili diversi di incostituzionalità – nella pronuncia di accoglimento, ora in esame – è la selezione dei sindacati, fondata – per quanto si è detto – *“sulla base non già del rapporto con i lavoratori (...), bensì del rapporto con l’azienda, per il rilievo condizionante attribuito al dato contingente di avere prestato il proprio consenso alla conclusione di un contratto con la stessa”.*

Ne risulta, infatti, violato l’articolo 3 della costituzione, *“sotto il duplice profilo della irragionevolezza intrinseca di quel criterio, e della disparità di trattamento che è suscettibile di ingenerare tra sindacati (...) sulla base non già del rapporto con i lavoratori (...), bensì del rapporto con l’azienda (...).*

Peraltro il *condizionamento* della selezione dei sindacati – *“ad un atteggiamento consonante con l’impresa, o quanto meno presupponente il suo assenso alla fruizione della partecipazione sindacale”* – confligge, altresì, con l’articolo 39 della costituzione, in dipendenza del *“contrasto*

¹⁴³⁰ Così, testualmente, Corte cost. n. 244 del 1996, in Foro it., 1996, I, 2968, con nota di P. BELLOCCHI.

che, sul piano negoziale, ne deriva ai valori del pluralismo e della libertà di azione della organizzazione sindacale”.

3.8. Coerente – con l’evoluzione e con la *ratio decidendi* della giurisprudenza costituzionale – pare la soluzione positiva – che si propone in termini problematici – della questione se la *partecipazione alla negoziazione* – che la Corte costituzionale ritiene sufficiente per la selezione dei sindacati, nel cui ambito possono essere costituite rappresentanze in azienda – possa esaurirsi nella presentazione della piattaforma contrattuale, a prescindere dalla ammissione del sindacato proponente alle trattative.

Infatti la elaborazione e presentazione di piattaforma contrattuale è, da sola, sufficiente per fondare – sul consenso dei lavoratori, appunto – la *rappresentatività* del sindacato.

L’ammissione del sindacato alle trattative è subordinata, invece, al consenso della controparte datoriale¹⁴³¹.

Diversamente opinando, il consenso datoriale – dichiarato incostituzionale, in relazione alla *firma* del contratto – ne risulterebbe conservato nel momento precedente – parimenti consensuale – dell’ammissione alle trattative.

Alternativa – alla riproposizione della questione di legittimità costituzionale – resta, quindi, soltanto la soluzione, che è stata proposta.

Pare imposta, quantomeno, dall’interpretazione – *adeguatrice* o, comunque, *conforme a costituzione*¹⁴³² – della *normativa di risulta*, che l’ordinamento giuridico dello stato è in grado di esprimere dopo l’espunzione della norma dichiarata incostituzionale con la pronuncia di accoglimento in esame della Corte costituzionale¹⁴³³.

3.9. Peraltro non può essere trascurata la circostanza che la mera ammissione alle trattative era stata già ritenuta priva di qualsiasi efficacia selettiva, ai fini che ci occupano, dalla stessa Corte costituzionale.

Come è stato ricordato, la Corte ha ritenuto, infatti, che – per integrare la *firma* del contratto collettivo, applicato nell’unità produttiva, quale criterio selettivo (ai sensi dello stesso articolo 19 SL, quale risultava, all’esito del referendum abrogativo, prima della recente pronuncia di

¹⁴³¹ In senso contrario, vedi, tuttavia, A. MARESCA, *Prime osservazioni sul nuovo articolo 19 Stat. lav.: connessioni e sconnessioni sistemiche*, in ID. (a cura di), *La sa dopo la sentenza della Corte costituzionale 23 luglio 2013, n. 231*, cit., 1 ss., spec. 27, secondo cui “*é evidente, invece, che se l’impresa decide (...) di non prendere parte alla trattativa che, per questo, non sarà avviata, la presentazione della proposta del sindacato e la sua illustrazione non potrà assumere alcun rilievo ai fini dell’applicazione del nuovo articolo 19*”.

¹⁴³² Sul punto, vedi M.DE LUCA, *L’interpretazione costituzionalmente orientata: note minime*, in *Foro it.*, 2009, V, 422, al quale si rinvia per riferimenti ulteriori. Adde: I. CIOLLI, *Brevi note in tema di interpretazione conforme a costituzione*, in *Rivista telematica giuridica dell’Associazione italiana dei costituzionalisti (AIC)*, n.1/2012, del 28 marzo 2012; E. LAMARQUE, *The italian Courts and interpretation in conformity with the constitution, EU law and the ECHR*, ID. n. 4/2012, del 13 novembre 2012, al quale si rinvia per riferimenti aggiornati.

¹⁴³³ Corte cost. n. 231 del 2013, cit., appunto.

accoglimento della Corte costituzionale) – “non è sufficiente la mera adesione formale a un contratto negoziato da altri sindacati, ma occorre una partecipazione attiva al processo di formazione del contratto (...)”¹⁴³⁴.

Non pare, quindi, fondatamente sostenibile che la mera ammissione alle trattative abbia riacquisito la efficacia selettiva, in precedenza perduta, nel momento in cui – a seguito della recente pronuncia di accoglimento – la *partecipazione alla negoziazione* è diventata, da sola, sufficiente quale criterio selettivo.

3.10. D’altro canto, la stessa *partecipazione alla negoziazione* pare dalla Corte configurata come un *anterius* rispetto all’*obbligo di trattare*.

L’azionabilità di tale obbligo (ai sensi dell’articolo 28 SL) da parte del sindacato – *in ragione di una sua acquisita rappresentatività*¹⁴³⁵ – si coniuga, infatti, con l’auspicata previsione – da parte del legislatore – dello stesso obbligo, limitatamente alle “*organizzazioni sindacali che superino una determinata soglia di sbarramento*” (come pare stabilito, ora, dal *protocollo*).

La *partecipazione alla negoziazione* sembra, quindi, prescindere dall’ammissione alle trattative, alla quale risulta funzionale, appunto, l’obbligo di trattare.

Ne risulta, quindi, confermata – vieppiù – la proposta soluzione positiva della questione se la *partecipazione alla negoziazione* – quale criterio selettivo dei sindacati, nel cui ambito possono essere costituite rappresentanze in azienda – possa esaurirsi nella presentazione della piattaforma contrattuale, a prescindere dalla ammissione del sindacato proponente alle trattative¹⁴³⁶.

4. Conclusioni: rilevanza per l’ordinamento giuridico dello Stato in funzione dell’effettività dell’ordinamento intersindacale.

La *rilevanza* dell’ordinamento intersindacale – per l’ordinamento giuridico dello stato – ha concentrato le superiori riflessioni sul tema d’indagine.

Non si tratta, beninteso, di *opzione valoriale*, ma di scelta imposta dalla necessità.

Infatti risulta diffusamente riconosciuta l’“*assenza (...) di meccanismi di salvaguardia e tutela*” – nello stesso ordinamento intersindacale – nonché di “*procedure e/o meccanismi (...) di composizione delle controversie*”¹⁴³⁷.

¹⁴³⁴ Così, testualmente, Corte cost.. 12 luglio 1996, n. 244, cit.

¹⁴³⁵ Senza che ne possa derivare – trattandosi di argomentazione non coperta dal giudicato – una qualsiasi conseguenza sulla consolidata giurisprudenza in senso contrario, che nega l’esistenza dell’*obbligo di trattare*, appunto, nel nostro ordinamento: vedi, per tutte, Cass. n. 14511 del 10 giugno 2013, inedita (a quanto consta); 16788 del 29 luglio 2011, in Giur. It. 2012, 856, con nota di SPILIMBERGO.

¹⁴³⁶ Sul *protocollo* e la pronuncia di incostituzionalità (dell’articolo 19 dello statuto dei lavoratori), vedi M. DE LUCA, *Rappresentatività sindacale nel protocollo d’intesa e nella giurisprudenza costituzionale più recenti*, e G. SANTORO PASSARELLI, *La partecipazione alle trattative nuovo criterio selettivo del sindacato per costituire le r.s.a. e l’applicazione dell’articolo 28 statuto dei lavoratori*, in Foro it. 2013, I.

¹⁴³⁷ Così, testualmente, la relazione finale della *Commissione per la verifica del protocollo del 23 luglio 1993* (c.d. Commissione Giugni).

Ciò ha comportato il ricorso non infrequente al giudice – ed, ancora prima, alla tutela sostanziale – dell'ordinamento dello stato per posizioni giuridiche radicate, appunto, nell'ordinamento intersindacale.

Anzi pare, proprio questa, *“la prima traccia indicativa del venire meno dell'ordinamento intersindacale”*¹⁴³⁸.

Mentre la palingenesi dello stesso ordinamento pare affidata ad una sorta di *mutazione genetica*¹⁴³⁹.

In attesa della palingenesi, tuttavia, il *deficit* di *effettività* dell'ordinamento intersindacale comporta la necessità di continuare a ricorrere alla supplenza – per così dire – dell'ordinamento giuridico dello stato e della sua giurisdizione.

¹⁴³⁸ Vedi E. GRAGNOLI, *Esiste, ancora un ordinamento intersindacale?*, destinato agli Studi in memoria di Giovanni Garofalo, spec. § 3 del dattiloscritto, laddove si legge: *“L’incapacità dei soggetti collettivi di trovare una sintesi dei loro conflitti senza il ricorso al giudice è la prima traccia indicativa del venire meno dell’ordinamento intersindacale, ma il ragionamento rimanda al declinare della capacità di produzione di criteri ispiratori della comunità, di fronte al prorompere della concorrenza fra imprese. (...)”*.

¹⁴³⁹ Vedi E. GRAGNOLI, *op. cit.*, spec. § 7 del dattiloscritto, laddove si legge: *“Non vi sono realistici segnali sul ritorno a breve dell’ordinamento intersindacale, quale spontanea costruzione di una esperienza comunitaria”*.

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*

Michele De Luca

1. <i>Reclamo</i> contro la sentenza di primo grado nel <i>procedimento specifico</i> in materia di licenziamenti (articolo 1, commi 58 ss, legge n. 92 del 2012): natura di appello.	410
2. Segue: <i>storia interna</i> della riforma in tema di <i>forma</i> e <i>filtro</i> dell'appello.	411
3. Segue: <i>forma</i> dell'appello.	413
4. Segue: <i>filtro</i> dell'appello.	415
5. Ricorso per cassazione contro la sentenza di primo grado: oggetto e motivi di ricorso, decisione.	415

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 194/2013

1. *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 di appello.

Il *reclamo* contro la sentenza di primo grado – nel *procedimento specifico* in materia di licenziamenti (articolo 1, commi 58 ss, legge n. 92 del 2012)¹⁴⁴⁰ – è niente altro che un appello.

Si tratta, invero, di mezzo d'impugnazione, che investe – come l'appello – una sentenza di primo grado, pronunciata – nella fase di opposizione – all'esito di giudizio a cognizione piena.

Né il *nome* assegnato dal legislatore – di *reclamo*, appunto – pare, da solo, idoneo a fondarne una diversa configurazione.

Infatti la scarna disciplina (di cui all'articolo 1, commi 58 ss, legge n. 92 del 2012, cit.) impone, da un lato, la prospettata configurazione del *reclamo* e la coerente soggezione, dall'altro, alla disciplina dell'appello nel processo del lavoro (art. 433 ss. c.p.c.), per quanto non diversamente stabilito (dall'articolo 1, commi 58 ss, legge n. 92 del 2012, cit., appunto).

Invero il *procedimento specifico* per i licenziamenti (di cui ai commi 47 e seguenti dell'articolo 1, cit.) ha per oggetto *controversie individuali di lavoro* (di cui all'art. 409 c.p.c.) – in materia di licenziamenti, appunto – e, come tale, resta soggetto – per quanto non risulti diversamente stabilito (dai commi 47 ss, dell'articolo 1 legge n. 92 del 2013, cit.) – alla disciplina relativa a tali controversie (art. 409 ss. c.p.c.), che pare, quindi, destinata a colmare le *lacune* della scarna disciplina del *procedimento specifico*.

Coerentemente, al *reclamo*, trovano applicazione – fra l'altro – la *forma* ed il *filtro* dell'appello (anche) nel processo del lavoro.¹⁴⁴¹

¹⁴⁴⁰ Sul *procedimento specifico*, vedi, per tutti: L. DE ANGELIS, *Il processo dei licenziamenti tra principi generali e nuovo diritto: l'obbligatorietà e l'errore del rito ed il cumulo delle domande*, in *Foro it.*, 2013, V, 101, al quale si rinvia per riferimenti ulteriori. Adde: C. MUSELLA, *Il rito speciale in materia di licenziamento*, in M. CINELLI, G. FERRARO, O. MAZZOTTA (a cura di), *IL NUOVO MERCATO DEL LAVORO dalla riforma Fornero alla legge di stabilità 2013*, Torino, Giappichelli, 2013, 348 ss.; M. DE LUCA, *Procedimento specifico in materia di licenziamenti: per una lettura coerente con la strumentalità del processo* (in WP CSDLE "Massimo D'Antona" - n. 173/2013, in *Argomenti di diritto del lavoro*, 2013, I, 815) e ID., *Procedimento specifico in materia di licenziamenti: per una lettura conferme a costituzione* (in *Foro it.*, fasc. 6/2013, V,), ai quali parimenti si rinvia per riferimenti ulteriori; I. PAGNI, *I correttivi alla durata del processo nella l. 28 giugno 2012, n. 92: note brevi sul nuovo rito in materia di licenziamenti*, in *Riv. It. dir. lav.*, 2013, I, 339; D. BUONCRISTIANI, *Rito licenziamenti: profili sistematici e problemi applicativi*, *ibidem*, 351, al quale si rinvia per riferimenti aggiornati ulteriori. In giurisprudenza, vedi: Trib. Taranto, ord. 30 novembre 2012; Trib. Milano, ord. 25 ottobre 2012; Trib. Bari, ord. 17 ottobre 2012; Trib. Bologna, ord. 25 settembre 2012 (in *Foro it.*, 2013, I, 673), e Trib. Genova ord. 9 gennaio 2013 (*ibidem*, 1360), con note di richiami ed osservazioni di S. CALVIGIONE, alle quali pure si rinvia.

Adde: M. CASOLA, *Prime applicazioni giurisprudenziali della legge di riforma del mercato del lavoro*, contributo al corso di formazione su *La disciplina del licenziamento fra tradizione e innovazione*, organizzato dalla Scuola superiore della magistratura (Villa di Castel Pucci, Scandicci, sede della Scuola, 27 marzo 2013), dattiloscritto.

Sul *reclamo*, vedi C. MUSELLA, *Il rito speciale in materia di licenziamento*, cit., spec. 376 ss., al quale si rinvia per riferimenti ulteriori. In giurisprudenza, vedi App. Bologna 16 maggio 2013.

¹⁴⁴¹Sulla *forma* del *reclamo*, vedi C. MUSELLA, *Il rito speciale in materia di licenziamento*, cit., spec. 376 ss., al quale si rinvia per riferimenti ulteriori.

In giurisprudenza, vedi App. Bologna 16 maggio 2013, cit.

Sulla forma dell'appello nel processo del lavoro, vedi App. Roma 29 gennaio 2013 (*Foro it.* 2013, I, 969; App. Salerno 1 febbraio 2013; App. Torino 12 marzo 2013).

Sulla riforma dell'appello civile, vedi riferimenti in G. COSTANTINO, nota di richiami ed osservazioni a App. Bari 18 febbraio 2013 ed altre, in *Foro it.* 2013, I, 969 ss., spec.980 ss.

Adde: G. SCARSELLI, *Sulla incostituzionalità del nuovo articolo 342 c.p.c.*, in *Foro it.* 2013, V, 160 ss.

2. Segue: storia interna della riforma in tema di forma e filtro dell'appello.

Le recenti riforme delle impugnazioni civili (di cui all'articolo 54 d.l. 22 giugno 2012, n. 83, convertito in l. 7 agosto 2012, n. 134, c.d. *decreto sviluppo*) – per la parte che qui interessa (*forma*, appunto, e *filtro* dell'appello) – sembrano riecheggiare, nella sostanza, l'esito – *compromissorio* – del dialogo che, sul punto, è intercorso fra giudici e legislatore.

Agevole ne risulta, infatti, la ricostruzione.

Le relazioni inaugurali degli anni giudiziari 2012 e 2013 ¹⁴⁴² recano, infatti, le posizioni dei giudici – sulle riforme contestualmente auspiccate – e, rispettivamente, il loro giudizio critico sulle riforme attuate.

Mentre lavori preparatori ed esiti normativi consentono di apprezzare – con le riforme attuate dal legislatore – le ragioni del loro scostamento dalle indicazioni dei giudici.¹⁴⁴³

Né può sfuggire il rilievo di tale *dialogo* – in uno con la collocazione della riforma (al pari, peraltro, di altre riforme processuali) in una legge in materia economica (c.d. *decreto sviluppo*) – al fine di cogliere la *ratio politica* della riforma medesima e la probabile influenza sulle opzioni ermeneutiche relative.

L'ultima riforma delle impugnazioni civili – voluta dai giudici e condivisa, almeno in parte, dal legislatore – pare volta, infatti, a realizzare – essenzialmente – l'obiettivo della *ragionevole durata del processo*, anche in funzione di finalità economiche (quale, ad esempio, l'asserita maggiore

¹⁴⁴² Vedi relazioni sull'amministrazione della giustizia negli anni 2011 e, rispettivamente, 2012, in www.cortedicassazione.it.

¹⁴⁴³La relazione sull'amministrazione della giustizia nell'anno 2011, infatti, propone la trasformazione dell'appello in un *giudizio di natura cassatoria* ed a *motivi limitati* – da *modellare* sulla falsariga di quelli previsti per il ricorso per cassazione (dall'articolo 360 cpc) – la riserva al giudice d'appello del *“controllo di logicità e di sufficienza sulla motivazione dell'accertamento di fatto compiuto dal giudice di primo grado”* e la conseguente limitazione del giudizio di cassazione alla sola *violazione di legge* (conformemente alla previsione dell'articolo 111 della Costituzione) – *“nella concreta fattispecie, come accertata dal giudice di merito”* – riconducendo, in tal modo, la Corte di cassazione al *“ruolo essenziale e tipico di giudice di legittimità, senza che possa essere trascinata, attraverso la denuncia di vizi di motivazione, in una funzione di terzo grado di merito”*.

La relazione al disegno di legge di conversione del *decreto sviluppo* (A.C. 5312 della XVI legislatura, , diventato legge n. 134 del 2012) respinge esplicitamente, tuttavia, l'idea dell' *appello cosiddetto cassatorio* – per *non limitare l'impugnazione di merito, mutandone radicalmente la natura in un primo giudizio di legittimità* – e propone in alternativa, dichiaratamente ispirandosi ai *modelli inglese e tedesco*, un *“filtro di inammissibilità incentrato su una prognosi di non ragionevole fondatezza del gravame, formulata dal medesimo giudice dell'appello in via preliminare alla trattazione dello stesso.”*, per selezionare le *“le impugnazioni meritevoli di essere trattate nel pieno merito”*.

La *motivazione* dell'appello – a pena di *inammissibilità* – risulta introdotta nel corso della conversione del *decreto sviluppo*, in funzione di *“griglia sulla quale il giudice del filtro si deve pronunciare”* (come risulta fin dalle anticipazioni del Sottosegretario Mazzamuto alla seduta, in sede consultiva, della Commissione giustizia della Camera dei deputati in data 18 luglio 2012).

La Relazione sull'amministrazione della giustizia nell'anno 2012, infine, critica il rifiuto della propria idea di *appello cassatorio* – da parte del legislatore – come la proposta alternativa del *filtro in appello*, ritenuto fonte di aggravio del carico di lavoro e di allungamento dei tempi di decisione sia delle Corti di appello – chiamate ad un duplice esame delle stesse impugnazioni, che superino il *filtro* – sia della Corte di cassazione, in dipendenza della introduzione del ricorso *per saltum* contro la sentenza di primo grado – che *sconvolge*, palesemente, le *caratteristiche del giudizio di legittimità* – a seguito dell'ordinanza di inammissibilità dell'appello, che non superi il *filtro*.

La stessa Relazione apprezza positivamente, invece, l'intervento contestuale del legislatore sul giudizio di legittimità, *“con il condivisibile intento di restringere l'ambito del controllo (esercitabile in questa sede) sui vizi di motivazione dell'accertamento dei fatti compiuti dal giudice del merito, restringendo in linea generale il tipo di vizio (secondo la formulazione del n. 5 dell'art. 360, che è tornata a quella originaria del codice di rito civile) ed eliminandolo nel caso di doppia pronuncia di merito conforme (salvo il caso in cui la motivazione sia così carente da configurare una ipotesi di nullità della sentenza di merito, inquadrabile nel n. 4 del citato art. 360).*

attitudine del nostro mercato ad attrarre investimenti esteri).

Tuttavia – essendo solo uno dei principi del *giusto processo* – la *ragionevole durata* – come le finalità economiche, che ne risultano perseguite – non può, all'evidenza, prevalere rispetto ad altre garanzie – parimenti costituzionali – ma ne impone il bilanciamento e coordinamento reciproco.

Peraltro il *modello processuale* (*forma*, appunto, e *filtro* dell'appello) – all'uopo attinto dal panorama comparatistico (quale, nella specie, la disposizione di cui al § 520, co. 3°, Z.P.O.) – non può prescindere dall'inserimento nel contesto normativo del nostro ordinamento, né dalla prassi interpretativa ad esso relativa.

La riferita *storia interna* delle recenti riforme delle impugnazioni civili (di cui all'articolo 54 d.l. 22 giugno 2012, n. 83, convertito in l.7 agosto 2012, n. 134, cit.), all'evidenza, risulta di ausilio non solo alla ricostruzione della *intenzione del legislatore* – come i *lavori preparatori* delle leggi – ma anche alla prognosi, circa le opzioni ermeneutiche relative.

Ne può essere esorcizzato – per tale via – il rischio che *rientri dalla finestra* – attraverso le prassi giurisprudenziali – quel che si è inteso *cacciare dalla porta*, mediante le riforme delle impugnazioni civili.¹⁴⁴⁴

L'esito virtuoso – dichiaratamente perseguito dal legislatore – si coniuga, infatti, con esiti – di segno palesemente contrario – che la nostra giurisprudenza ha saputo ricavare da *principi fondamentali* del *giusto processo*: la pratica dell'*overruling processuale* – radicata sul principio della *ragionevole durata del processo* – ne è soltanto l'esempio più vistoso.¹⁴⁴⁵

Coerentemente, le valutazioni critiche prospettate si appuntano – non tanto (e, comunque, non solo) sulla *legge malfatta* – ma anche (e soprattutto) sulle opzioni ermeneutiche, per tentarne la esorcizzazione.

La *strumentalità del processo* – entro i limiti, beninteso, dell'effetto devolutivo dell'appello – pare volta, anche in questo caso, ad orientare la preferenza per l'opzione *virtuosa* – fra quelle parimenti plausibili – che meglio garantisca decisioni sul merito.¹⁴⁴⁶

¹⁴⁴⁴In altri termini, si tratta di evitare quel che è avvenuto – in parte della giurisprudenza successiva – dopo l'introduzione della formulazione (ora riproposta) dell'articolo 360, n. 5 – nel codice di rito del 1942 – proprio per contrastare la elaborazione del *vizio logico* nella motivazione in fatto, proposta dalla giurisprudenza nel vigore – e nel silenzio – del codice di rito del 1865: Vedi, per tutti, M. BOVE, *Giudizio di fatto e sindacato della corte di cassazione: riflessioni sul nuovo articolo 360 n. 5 c.p.c.*, in *Judicium*.

¹⁴⁴⁵Vedi M- DE LUCA, *Diritti fondamentali dei lavoratori: strumentalità del processo versus declino della tutela giurisdizionale effettiva (a quaranta anni dalla fondazione del nuovo processo del lavoro*, in *Riv. It. dir. lav.*, 2013, I, 271 ss., spec. § 4, al quale si rinvia per riferimenti ulteriori.

¹⁴⁴⁶Oltre i riferimenti, di cui alla nota che precede, vedi M.DE LUCA, *Procedimento specifico in materia di licenziamenti: per una lettura coerente con la strumentalità del processo*, cit., al quale si rinvia per riferimenti ulteriori.

Vedi, comunque, A. Proto Pisani, *Introduzione sulla atipicità dell'azione e la strumentalità del processo*, in *Foro It.*, 2012, V, pag. 1 e segg.

Vedi, altresì, Corte cost. n.223 del 19 luglio 2013 (in *Foro it.* 2013, I, 2690, con note di: E. D'Alessandro, *Finalmente! La Corte costituzionale sancisce la salvezza degli effetti sostanziali processuali della domanda introduttiva nei rapporti tra arbitro e giudice*; M. ACONE, *Translatio iudicii tra giudice ed arbitro: una decisione necessariamente incompiuta e volutamente pilatesca?*; R. FRASCA, *Corte costituzionale n. 223 del 2013 e articolo 819 ter cp.c.: una dichiarazione di incostituzionalità veramente necessaria?*), che estende,

3. Segue: *forma dell'appello*.

La *forma* dell'appello è stabilita (dai *novellati* artt. 342 e, per il processo del lavoro, 434, co. 1°, c.p.c.) nei termini testuali seguenti:

“l'appello deve essere motivato. La motivazione dell'appello deve contenere, a pena di inammissibilità:

- 1) *l'indicazione delle parti del provvedimento che si intendono appellare e delle modifiche che vengono richieste alla ricostruzione del fatto compiuta dal giudice di primo grado;*
- 2) *l'indicazione delle circostanze da cui deriva la violazione della legge e della loro rilevanza ai fini della decisione impugnata”.*

La riferita previsione della *forma dell'appello* risulta introdotta – nel testo novellato – in sede di conversione del *decreto sviluppo* (n. 83, convertito in legge n. 134 del 2012).

Attinta dal panorama comparatistico (segnatamente, § 520, co. 3°, Z.P.O.), assolve – del pari dichiaratamente ¹⁴⁴⁷ – la funzione di *griglia sulla quale il giudice del filtro si deve pronunciare*.

Risulta, poi, esplicitamente negata – con la *natura cassatoria* – la trasformazione dell'appello in impugnazione *a motivi limitati*. ¹⁴⁴⁸

Resta da domandarsi, tuttavia, se ne risulti la mera *legificazione* della nostra giurisprudenza – sui *motivi specifici* dell'appello (di cui ai testi previgenti delle stesse disposizioni) – prescindendo dalla prassi interpretativa del modello – attinto, per quanto si è detto, dal panorama comparatistico – in quanto inserito in un contesto profondamente diverso da quello italiano.

La risposta non può che essere positiva.¹⁴⁴⁹

sostanzialmente, la *translatio iudicii* (art. 50 c.p.c.) – al rapporto fra arbitro e processo dinanzi al giudice – sulla base di *ratio decidendi*, che si articola nei passaggi essenziali seguenti:

- *“gli artt. 24 e 111 Cost. attribuiscono all'intero sistema giurisdizionale la funzione di assicurare la tutela, attraverso il giudizio, dei diritti soggettivi e degli interessi legittimi ed impongono che la disciplina dei rapporti tra giudici appartenenti ad ordini diversi si ispiri al principio secondo cui l'individuazione del giudice munito di giurisdizione non deve sacrificare il diritto delle parti ad ottenere una risposta, affermativa o negativa, in ordine al bene della vita oggetto della loro contesa”.*

- *“Da tale constatazione discende, tra l'altro, la conseguenza della necessità della conservazione degli effetti sostanziali e processuali della domanda nel caso in cui la parte erri nell'individuazione del giudice munito della giurisdizione”.*

- *Pertanto “l'errore compiuto dall'attore nell'individuare come competente il giudice piuttosto che l'arbitro non deve pregiudicare la sua possibilità di ottenere, dall'organo effettivamente competente, una decisione sul merito della lite”.*

- *“La norma censurata (articolo 819-ter, secondo comma, c.p.c.), non consentendo l'applicabilità dell'art. 50 cod. proc. civ., impedisce che la causa possa proseguire davanti all'arbitro o al giudice competenti e, conseguentemente, preclude la conservazione degli effetti processuali e sostanziali della domanda.”*

Invero il principio – secondo cui *“l'individuazione del giudice munito di giurisdizione non deve sacrificare il diritto delle parti ad ottenere una risposta, affermativa o negativa, in ordine al bene della vita oggetto della loro contesa”* – trova applicazione, vieppiù, con riferimento alla *individuazione del rito*.

Coerentemente, l'errore dell'attore nella *individuazione del rito* – al pari dell'errore nella *“individuazione del giudice munito di giurisdizione”* competente – *“non deve pregiudicare la sua possibilità di ottenere (...) una decisione sul merito della lite”.*

¹⁴⁴⁷ Vedi lavori preparatori, a cominciare dalla anticipazione del Sottosegretario Mazzamuto nella seduta della Commissione giustizia della Camera dei deputati, in sede consultiva, del 18 luglio 2013.

¹⁴⁴⁸ Vedi relazione al ddl di conversione del decreto sviluppo.

¹⁴⁴⁹ Vedi, per tutti, G. COSTANTINO, *op.ult. cit.*

3.1. “L’appello è dato alla parte contro l’ingiustizia della sentenza di primo grado ed è rimessa alla stessa parte, per il principio dispositivo, la determinazione dei fatti nei quali l’ingiustizia si concreta, con la conseguenza della esigenza assoluta della motivazione, quale elemento inseparabile dalla postulazione dell’ingiustizia e con l’ulteriore conseguenza che, in difetto di tale motivazione del vizio denunciato, il giudice del gravame non può procedere alla *revisio prioris instantiae*”: così, testualmente, la sentenza n. 16/2000 delle sezioni unite della Corte di cassazione (condivisa dalla consolidata giurisprudenza successiva).¹⁴⁵⁰

Coerente risulta, poi, la sanzione processuale comminata – dalla stessa giurisprudenza – per l’appello carente di motivazione.

Ne risulta stabilito, infatti, che la *nullità* dell’appello – perché difforme rispetto al previsto *modello* – non può non comportarne la inammissibilità – insanabile dalla costituzione dell’appellato – in quanto preclude l’effetto devolutivo e l’esame, nel merito, della *revisio prioris instantiae* richiesta, determinando il passaggio in giudicato della sentenza impugnata.

Oltre a comminare, esplicitamente, la sanzione processuale della inammissibilità – per la carenza – la riforma non sembra accogliere – per la *motivazione* dell’appello – un *modello* diverso, nella sostanza, rispetto a quello – dei *motivi specifici* – imposto dalla disciplina precedente, sia pure sinteticamente, ed interpretato dalla nostra giurisprudenza.

L’attitudine ad assolvere la *funzione devolutiva* sembra, quindi, costituire – anche dopo la riforma – il criterio per valutare la conformità – al *modello* – della *motivazione* dell’appello.

3.2. Infatti l’effetto devolutivo dell’appello – a prescindere dalla sua fondatezza – continua a postulare – con la identificazione della *parte* di sentenza, che ne risulta investita – la censura della *ratio decidendi*, che la sorregge.

Non pare invece necessario esplicitare una sorta di *progetto alternativo* di pronuncia del giudice d’appello, peraltro implicito nella prospettata *motivazione* dell’appello.¹⁴⁵¹

¹⁴⁵⁰vedi Cass., sez. un. civ., 29-01-2000, n. 16/SU, in Foro it. 2000, I, 1606, con note di A. PROTO PISANI, G. BALENA, C.M. BARONE.

¹⁴⁵¹ App. Bologna 16 maggio 2013 ravvisa la *ratio* – sottesa alla *motivazione* dell’appello – nella “*fondamentale esigenza di chiarezza e specificità richiesta dal nuovo testo dall’art. 434 1° comma c.p.c. (e che era già richiesta - sia pure con una espressione più sintetica - dall’originario testo di tale norma)*” pervenendo – nel caso concreto – alla conclusione che, *sulla base di una valutazione complessiva del (...) reclamo, emerge in maniera sufficientemente chiara e motivata (...) che la difesa del reclamante ha inteso censurare la sentenza di primo grado*” – in alcune parti – sebbene “*nulla (venga) detto in tale atto di appello in ordine*” ad altre parti della sentenza impugnata.

Lungi dall’imporre un atto d’appello “*formulato così come la sentenza che si pretende di ottenere dal giudice dell’impugnazione*” – in asserito ossequio alla *ragionevole durata del processo*, che peraltro costituisce solo uno dei principi del *giusto processo* – la prescritta *motivazione* impone – secondo App. Torino 12 marzo 2013 – soltanto “*l’obbligo (...) di puntualizzare prima gli errori commessi dal primo giudice, e di indicare la causalità dell’errore di diritto sulla decisione impugnata, e di chiarire poi le correzioni richieste: di mettere cioè il giudice di appello nella condizione di comprendere bene quale decisione si pretende di ottenere, ma di lasciare a questo – secondo la funzione da cui il Legislatore non ha certo inteso espropriarlo – di corredare la propria sentenza dei motivi che appaiono più adeguati a sorreggere quella data soluzione*”.

Ad opposta soluzione perviene – in dichiarato ossequio al principio della *ragionevole durata del processo* – App. Roma 29 gennaio 2013 (Foro it. 2013, I, 969), secondo cui “*l’appello, per superare il vaglio di ammissibilità di cui all’art. 434 c.p.c. – non solo – deve indicare espressamente le parti del provvedimento che vuole impugnare, per parti (intendendosi) (...) tutti i singoli segmenti (...) che la compongono quando assumano un rilievo autonomo (o di causalità) rispetto alla decisione – ma deve anche – suggerire le modifiche che dovrebbero essere apportate al provvedimento con riguardo alla ricostruzione del fatto (ed) il rapporto di causa ad effetto fra la violazione di legge che è denunciata e l’esito della lite*”.

4. Segue: *filtro* dell'appello.

L'appello deve essere dichiarato inammissibile – *quando non ha una ragionevole probabilità di essere accolto* – con ordinanza succintamente motivata – anche *per relationem* (mediante il rinvio agli elementi di fatto, riportati in uno o più atti di causa, ed a precedenti conformi, anche dello stesso giudice) – resa, nel rispetto del contraddittorio (*sentite le parti*), prima di procedere alla trattazione (ai sensi degli articoli 348 bis, 1° comma, e 348 ter, 1° comma, richiamati – per il processo del lavoro – dall'art. 436 bis c.p.c.).

4.1. Il prospettato *filtro*, tuttavia, non opera (ai sensi del citato articolo 348 bis, 2° comma, c.p.c.) nelle cause in cui è previsto, eccezionalmente, l'intervento obbligatorio del pubblico ministero (ai sensi dell'art. 70 c.p.c.) – che *denota la connotazione pubblicistica delle medesime*¹⁴⁵² – e nei casi in cui la parte abbia optato, in primo grado, per il procedimento sommario di cognizione: la *deformalizzazione istruttoria*, che ne consegue, viene così recuperata – dal giudizio d'appello, aperto a nuovi mezzi di prova, all'esito di una impugnazione senza filtri – e ne risulta incentivato, nel contempo, lo stesso *rito sommario*.¹⁴⁵³

Peraltro l'ordinanza di inammissibilità può essere pronunciata (ai sensi del citato articolo 348 ter, 2° comma, c.p.c.) solo quando sia l'appello principale che quello incidentale – proposti tempestivamente – non abbiano una *ragionevole probabilità* di essere accolti.

4.2. La *prognosi* – circa la mancanza di una *ragionevole probabilità* di accoglimento dell'appello – è affidata alla *discrezionalità del giudice*.

Risulta temperata, tuttavia, dalla *motivazione* – che delimita, per quanto si è detto, l'effetto devolutivo – dell'appello.¹⁴⁵⁴

5. Ricorso per cassazione contro la sentenza di primo grado: oggetto e motivi di ricorso, decisione.

A seguito dell'ordinanza di inammissibilità dell'appello – che *“non ha una ragionevole probabilità di essere accolto”* (ai sensi dell'articolo 348-bis, richiamato – per il processo del lavoro – dall'articolo 436-bis c.p.c.) – *“può essere proposto, a norma dell'articolo 360, ricorso per cassazione”* contro il provvedimento di primo grado (ai sensi dell'articolo 348-ter, terzo comma, parimenti richiamato – per il processo del lavoro – dall'articolo 436-bis c.p.c.), entro il *termine breve* stabilito contestualmente, mentre resta impregiudicato il *termine lungo*.

La riferita disciplina del ricorso, tuttavia, viene contestualmente derogata – quanto ai *motivi* – dalla previsione (di cui all'articolo 348-ter, quarto comma, richiamato – per il processo del lavoro – dell'articolo 436-bis c.p.c.), secondo cui il ricorso per cassazione – quando *“l'inammissibilità è fondata sulle stesse ragioni, inerenti alle questioni di fatto, poste a base della decisione*

Parimenti, App. Salerno 1° febbraio 2013 – valorizzando, con il principio della *ragionevole durata del processo*, suggestioni rivenienti dal panorama comparatistico – ribadisce *“l'obbligo di redazione dell'impugnazione secondo uno schema che ricalca il provvedimento decisorio”* del giudice d'appello.

¹⁴⁵² Così, testualmente, la relazione al disegno di legge di conversione del *decreto sviluppo*.

¹⁴⁵³ Vedi riferimenti, di cui alla nota che precede.

¹⁴⁵⁴ Resta, poi, la questione se – comminando la *inammissibilità* dell'appello, che non ha *ragionevole probabilità* di accoglimento – la *discrezionalità e insindacabilità* delle scelte operate dal legislatore, entro il *limite della loro non manifesta irragionevolezza* – nella disciplina degli istituti processuali (vedi, per tutti, Corte cost., sentenza n. 10 del 2013, ordinanze n. 174 del 2012, n. 141 del 2011, e n. 164 del 2010) – abbia superato limiti imposti dalla costituzione: in senso positivo, vedi G. COSTANTINO, *op. ult. cit.*; G. SCARSELLI, *op. cit.*

impugnata” (nel caso, cioè, di *doppia conforme* sulle stesse ragioni) – può essere proposto “*esclusivamente per i motivi di cui ai numeri 1, 2, 3 e 4 del primo comma dell’articolo 360*”.

Ne risulta, quindi, preclusa – nel caso di *doppia conforme*, che è stato prospettato – la possibilità di proporre ricorso per cassazione “*per omesso esame circa un fatto decisivo per il giudizio che è stato oggetto di discussione tra le parti*” (secondo la nuova formulazione dell’art. 360, n. 5, c.p.c.).

In sede di conversione, è stato *soppresso*, invece, l’inciso – recato dal decreto legge (art. 348 ter, 3° comma) – secondo cui il ricorso per cassazione – contro la sentenza di primo grado, appunto – può essere proposto “*nei limiti dei motivi specifici esposti con l’atto d’appello*” – contro la stessa sentenza – dichiarato inammissibile.

Quanto alla decisione sul ricorso, poi, la scarna disciplina prevede soltanto che – nel caso di accoglimento per motivi diversi dalla giurisdizione e dalla competenza (di cui all’art. 382, 1° e 2° comma) – la Corte di cassazione “*rinvia la causa al giudice che avrebbe dovuto pronunciare sull’appello e si applicano le disposizioni del libro secondo, titolo terzo, capo terzo, sezione terza*”, cioè le disposizioni sul giudizio di rinvio (di cui agli artt. 392, 393 e 394 c.p.c.).

Non ne risultano, quindi, contemplate – esplicitamente – altre tipologie di pronunce di accoglimento (quali la *cassazione senza rinvio*, di cui all’articolo 382, 3° comma, c.p.c. e la *decisione della causa nel merito*, di cui all’articolo 384, 2° comma, c.p.c.).

Le disposizioni esaminate non esauriscono, tuttavia, la disciplina delle impugnazioni, a seguito dell’ordinanza di inammissibilità dell’appello, che “*non ha una ragionevole probabilità di essere accolto*” (di cui all’articolo 348-bis, richiamato – per il processo del lavoro – dall’articolo 436-bis c.p.c., cit.).

5.1. Intanto “*rimane impregiudicato il potere della Suprema Corte di cassazione, alla quale sia denunciata la decisione di prime cure, di rilevare, quando ritenuto inerente alle garanzie assicurate dall’articolo 111 della Costituzione, nullità inerenti al procedimento di appello*” : così, testualmente, la Relazione al disegno di legge di conversione del *decreto legge sviluppo* (A.C. 5312 della XVI legislatura, diventato legge n. 134 del 2012).

Lungi dall’ignorare ¹⁴⁵⁵ i problemi – relativi alla impugnabilità dell’ordinanza di inammissibilità dell’appello, che “*non ha una ragionevole probabilità di essere accolto*” – il legislatore riconosce, quindi, che la Corte di cassazione possa rilevarne le nullità – inerenti alle *garanzie assicurate dall’articolo 111 della Costituzione* – una volta investita dal ricorso contro la *decisione di prime cure*.

Tali *garanzie* trovano, infatti, applicazione all’ordinanza di inammissibilità (ai sensi dell’articolo 111 della Costituzione), in dipendenza della sicura *natura decisoria*.

E consentono di rilevarne:

- *preclusione del giudicato*, nel caso di appello inammissibile (per intempestività od inosservanza della *forma*) o improcedibile;

¹⁴⁵⁵ Come denunciato da G. COSTANTINO, *op. ult. cit.*

- pronuncia in ipotesi nelle quali non sia prevista: contro sentenza in *causa*, con partecipazione obbligatoria del pubblico ministero, od in procedimento con il rito sommario; relativa ad una sola delle impugnazioni proposte;
- violazione del principio del contraddittorio;
- vizi dell'ordinanza: dalla formazione e sottoscrizione dell'organo giudicante alla motivazione inesistente o meramente apparente, all'evidenza, non investita dalla previsione relativa alla *doppia conforme*.

Il rilievo – o la denuncia – dei vizi prospettati può avvenire mediante il previsto ricorso per cassazione contro la sentenza di primo grado – come sembra ritenere la relazione ricordata, in coerenza con l'esplicita previsione soltanto di tale ricorso – oppure mediante impugnazione separata – contro l'ordinanza di inammissibilità – da riunire, comunque, al ricorso contro la sentenza di primo grado e da trattare in unico giudizio di cassazione.

Tuttavia la denuncia – comunque proposta – di vizi di rito nell'ordinanza di inammissibilità dell'appello pare ammissibile – perché non risulti carente l'interesse alla denuncia – soltanto nelle ipotesi di rimessione della causa al primo giudice (di cui agli articoli 353 e 354 c.p.c.) oppure di contestuale gravame contro l'ingiustizia della sentenza di primo grado (vedi, da ultima, Corte cost., ord. N. 166 del 2013, che richiama la consolidata giurisprudenza in tal senso della Corte di cassazione, a cominciare da sezioni unite, sentenza 14 dicembre 1998, n. 12541).

In ogni caso, precedono nella trattazione – in dipendenza della palese pregiudizialità – le questioni che investono l'ordinanza di inammissibilità.

Solo all'esito del loro rigetto, infatti, si può passare all'esame delle questioni concernenti la sentenza di primo grado.

5.2. Quanto ai motivi del ricorso per cassazione – contro l'ordinanza di inammissibilità dell'appello, che *“non ha una ragionevole probabilità di essere accolto”* – sono, in principio, tutti quelli previsti per tale ricorso (dall'articolo 360 c.p.c.).

Come è stato anticipato, tuttavia, è preclusa – nel caso di *doppia conforme*, circa *ragioni inerenti alle questioni di fatto* – la possibilità di proporre ricorso per cassazione *“per omesso esame circa un fatto decisivo per il giudizio che è stato oggetto di discussione tra le parti”* (secondo la nuova formulazione dell'art. 360, n. 5, c.p.c., cit.).

La deroga prospettata non pare configurabile e, comunque, non riguarda – per quanto si è detto – il caso di motivazione inesistente oppure meramente apparente, che integra un vizio di legittimità (ai sensi dell'art. 360, n. 4, c.p.c.).

Peraltro la negazione della *doppia conforme*, nel caso concreto, impone alla parte, che la deduce, l'onere di indicare – in ossequio al *principio di autosufficienza* – le *ragioni di fatto* poste a fondamento – della sentenza di primo grado, appunto, e dell'ordinanza di inammissibilità dell'appello (ai sensi dell'art. 348 bis c.p.c., cit.) – per dimostrarne la diversità.¹⁴⁵⁶

¹⁴⁵⁶All'uopo non pare sufficiente, tuttavia, riprodurre nel ricorso l'intera motivazione della sentenza di primo grado e dell'ordinanza di inammissibilità dell'appello, in quanto ciò *“equivale ad affidare alla Corte, (.....), la scelta di quanto effettivamente rileva in relazione ai motivi di ricorso”* (così, testualmente, Cass., sez.un., 11 aprile 2012, n. 5698).

5.3. È ben vero, poi, che – in sede di conversione è stato *soppresso* l'inciso – recato dal decreto legge (art. 348 ter, 3° comma) – secondo cui il ricorso per cassazione – contro la sentenza di primo grado – può essere proposto “*nei limiti dei motivi specifici esposti con l'atto d'appello*” – dichiarato inammissibile – contro la stessa sentenza.

Resta da domandarsi, tuttavia, se – in difetto di *motivi specifici esposti con l'atto d'appello* – sia consentita la proposizione degli stessi motivi con il ricorso per cassazione.

Invero l'ordinanza di inammissibilità dell'appello – che “*non ha ragionevole probabilità di essere accolto*” – ne suppone, all'evidenza, l'effetto devolutivo.

Sembra conseguirne, quindi, il passaggio in giudicato della sentenza di primo grado, per la parte non investita dall'appello.

5.4. È ben vero, altresì, che – in caso di accoglimento del ricorso, contro la sentenza di primo grado, per motivi diversi dalla giurisdizione e dalla competenza (di cui all'art. 382, 1° e 2° comma) – la scarna disciplina prevede soltanto che la Corte di cassazione “*rinvia la causa al giudice che avrebbe dovuto pronunciare sull'appello e si applicano le disposizioni del libro secondo, titolo terzo, capo terzo, sezione terza*”, cioè le disposizioni sul giudizio di rinvio (di cui agli artt. 392, 393 e 394 c.p.c.).

Sebbene non ne risultino contemplate esplicitamente, sembrano potersi adottare, tuttavia, anche altre tipologie di pronunce di accoglimento del ricorso per cassazione (quali la *cassazione senza rinvio*, di cui all'articolo 382, 3° comma, c.p.c. e la *decisione della causa nel merito*, di cui all'articolo 384, 2° comma, c.p.c.).

Infatti sembrano compatibili con il giudizio di cassazione, che può essere proposto – a seguito dell'ordinanza di inammissibilità dell'appello, in quanto *non ha una ragionevole probabilità di essere accolto* – mediante ricorso contro la sentenza di primo grado.

Ma risultano, altresì, parimenti coerenti – nello stesso giudizio – con il principio di *economia processuale*, che costituisce la *ratio* di dette tipologie di pronuncia.

**A tale of oversimplification and deregulation:
the mainstream approach to labour market segmentation
and the recent responses to the crisis in European countries***

Valerio De Stefano

1. Introduction	420
2. The mainstream approach to segmentation: a tale of oversimplification.	423
3. Individual dismissal regulation after the recent reforms in Italy, Spain and Portugal: a tale of deregulation	424
4. Reforms of non-standard contracts in Italy, Spain and Portugal: <i>Much Ado About (Almost) Nothing.</i>	427
5. Can legal regulation actually generate “dualism” of labour markets?	430
6. “Insiders-outsiders” models and continental European unionism: please handle with care!	432
7. Decentralisation of collective bargaining and the risk of marginalisation of non-standard workers	433
8. Much before “flexibility-at-the-margin”: is labour market segmentation just a feature of our times?	435
9. All permanent, all precarious: the “single permanent contract”, its mates and its flaws.	437
10. Protections against dismissal as a means of underpinning fundamental and constitutional rights.	440

* Previously published as WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".INT – 102/2013

1. Introduction

During the last 30 years there has been a distinct growth of labour market policies professedly aimed at promoting the creation of employment¹⁴⁵⁷ through the use of non-standard work contracts¹⁴⁵⁸, such as fixed-term and/or part-time employment or temporary agency work (TAW).

In most of the cases, these reforms neither significantly affect the standard, open-ended, full-time contract of employment nor the relevant dismissal regulations.

This “flexibility at the margin” approach has now been called into question even by those institutions that had previously advocated deregulation of non-standard and “flexible” forms of employment:¹⁴⁵⁹ the risk, it is now argued, is that workers, particularly young workers, women or workers belonging to disadvantaged groups, are “trapped” in an endless series of precarious, instable working contracts for a considerable amount of their working lives.

It is suggested, in particular, that facilitating the use of temporary work contracts, without reforming the open-ended employment relationship by loosening protection against dismissal, has been the cause of a negative segmentation of the labour market.

Additionally, strong dismissal protection is argued to incentivize employers to look for contractual arrangements granting the elimination or reduction of termination costs.

These costs would generate “dualism” of labour markets, namely a sharp division between the labour market of insiders, the “guaranteed” with permanent contracts and high protection from employers’ termination, and the market of the outsiders, the “not-guaranteed” forced into a prolonged and indefinite series of non-standard contracts characterized by high instability¹⁴⁶⁰.

Segmentation of the labour market, as a direct result of the regulations governing dismissal, is an issue currently under discussion at the economic, legal and political institutions in different European countries. According to the EU Commission, for instance, in order to tackle the issue of segmentation, “*employment protection legislation should be reformed to reduce over-protection*

¹⁴⁵⁷ There is no consensus on the potentialities of using temporary work contracts as a «stepping stone» towards stable jobs. See F. Berton, F. Deficienti, L. Pacelli, *Are temporary jobs a port of entry into permanent employment? Evidence from matched employer-employee data*, in *Department of Economics and Public Finance “G. Prato” Working Paper Series*, No.6 – June 2009; G. Barbieri, P. Sestito, *Temporary workers in Italy: Who Are They and Where They End Up*, in *Labour*, 22, 2008, 1, pages 127-166; A.L. Booth, M. Francesconi, J. Frank, *Temporary jobs: stepping stones or dead ends?*, in *The economic Journal*, 112(480), 2002, pages. 189-213.

¹⁴⁵⁸ For a comparative overview of fixed-term work regulation in France, Germany, Italy, Spain and the UK, see B. Caruso, S. Sciarra, *Flexibility and Security in Temporary Work: A Comparative and European Debate*, in *WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona” .INT – 56/2007*.

¹⁴⁵⁹ For instance, Directive 2008/104/EC and Directive 1999/70/EC indicate non-standard forms of employment as an effective way to, respectively “contribute to job creation” and to “respond, in certain circumstances, to the needs of both employers and workers”. See also, *The OECD Jobs study. Facts, Analysis, Strategies*, 1994.

¹⁴⁶⁰ See. Bouis R., Causa O., Demmou L., Duval R., Zdzienicka A., *The Short-Term Effects of Structural Reforms: An Empirical Analysis*, in *OECD Economic Department Working Papers*, No. 949, 2012, OECD Publishing; O. van Vliet, H. Nijebor, *Flexicurity in the European Union: Flexibility for Outsiders, Security for Insiders*, Leiden Law School, Department of Economics Research Memorandum 2012.2; S. Bentolila, J. F., Jimeno, J. J. Dolado, *Reforming an Insider-Outsider Labor Market: The Spanish Experience*, in *Working Papers*, 2012-01, FEDEAT. Boeri, P. Garibaldi, *Two Tier Reforms of Employment Protection: a Honeymoon Effect?*, in *Economic Journal*, Royal Economic Society, 117(521), 2007, pages 357-385; O. Blanchard, A. Landier, *The Perverse Effects of Partial Labor Market Reform: Fixed Duration Contracts in France*, in *Economic Journal* 112, 2002, pages 214-244.

of workers with permanent contracts, and provide protection to those left outside or at the margins of the job market”¹⁴⁶¹. Accordingly, several reforms have been proposed or enacted across EU Member States in recent years to address these issues.

In a recent paper, Simon Deakin provided an extensive overview of the economic and legal theories of labour market segmentation¹⁴⁶². Subsequently, he also identified three types of institutional responses to segmentation, followed by several European countries in recent years: (i) a first technique implies changes in the scope of labour law protections, including “*legal measures that widen the definition of wage-dependent labour and minimize or remove qualifying thresholds*” in order to have “*fewer workers [...] excluded from the ‘core’ protected category*”; (ii) the second type of responses concerns “*the content of labour law protections*”, for instance, by “*mandating equal (or pro rata) protections for workers in atypical work relationships to those in the ‘core’ (‘levelling up’)*” and/or “*reducing the protections which apply to the workers in the core, so as to bring them closer into line with those in the atypical categories (‘levelling down’)*”; (iii) techniques within the latter category make use of the law “*to stimulate alternative mechanisms of labour market regulation*” such as “*collective bargaining, training policy, and fiscal incentives*”.

Grouping legal responses into these three categories is helpful in assessing the scope of recent labour market regulation reforms across Europe. These categories, however, do not necessarily have rigid confines: it will be argued below that they may have rather “fluid” or “flexible” borders, with some legal responses falling simultaneously within, or sometimes at the border between, two categories.

Additionally, in the last decade the EU Commission constantly called for “*addressing segmented labour markets, through reforms in line with the “flexicurity” approach that shift the focus from protection on the job to employment security in the market*”¹⁴⁶³.

This paper deals with the mainstream approach to addressing segmentation of the labour market and with the reforms adopted or proposed in different countries, supposedly aimed at boosting employment rates cut down by the current economic crisis¹⁴⁶⁴ that are purportedly consistent with this approach.

¹⁴⁶¹ EU Commission, *Communication from the Commission to the European Parliament, the European economic and social committee and the Committee of Regions, Annual Growth Survey: advancing the EU's comprehensive response to the crisis, Annual Growth Survey: advancing the EU's comprehensive response to the crisis*, COM(2011) 11 final. A similar approach is followed by OECD, *Economic Policy Reforms: Going for Growth 2012*.

¹⁴⁶² S. Deakin, *Addressing labour market segmentation: The role of labour law*, Working Paper no. 52, Governance and Tripartism Department, International Labour Office, Geneva, October 2013.

¹⁴⁶³ EU Commission, *Commission Working Document, European Commission Background Paper to the EPSCO Council, The Employment crisis. Trends, policy responses and key actions*, 2009. See also, EU Commission, *Modernising labour law to meet the challenges of the 21st century*, 22.11.2006 COM(2006) 708 final GREEN PAPER.

¹⁴⁶⁴ A vast literature already exists on the ideas underpinning labour market policies undertaken by European countries and/or supported by European and international institutions: see N. Countouris, M. Freedland, *Labour regulation and the economic crisis in Europe: challenges, responses and prospects*, in J. Hayes, L. Rychly (eds.), *Labour administration in uncertain times. Policies, Practices and Institutions*, Cheltenham, 2013, pages 66-94; S. Deakin, A. Koukiadaki, *The sovereign debt crisis and the evolution of labour law in Europe*, in N. Countouris, M. Freedland (eds.), *Resocialising Europe in a time of crisis*, Cambridge, 2013, pages 163-188. S. Sciarra, *Common places, new places. The labour law rhetoric of the crisis*, in WP CSDLE “Massimo D’Antona” .INT 92/2012; C. Barnard, *The Financial Crisis and the Europlus Pact: a Labour Lawyer’s Perspective*, in *Industrial Law Journal*, 41, 2012, pages 98-114.

It will be argued that the mainstream narrative of segmentation presenting this issue as a matter of two-tier labour markets divided on the basis of the regulation of standard employment relationship and of its termination draws on a very limited set of theories concerning segmentation, namely “insiders-outsiders” theories, somehow merged with some legal theories about segmentation. Significant findings of alternative or successive economic and legal theories on this issue are disregarded by the mainstream approach: this results in an oversimplification, which hardly corresponds to the reality of the European labour markets.

As to the “flexicurity” approach, it has first of all been argued that, if one looks at the convergence in labour policies across Europe, “*there has not been a general tendency towards the adoption of labour market policies designed to deliver ‘flexicurity’: the dominant trend has instead been towards less security*”¹⁴⁶⁵. Beside the fact that EU Member States may have not satisfactorily rejoined the call for flexicurity, this paper will argue that urging a shift from job protection to “*employment security in the market*” may lead to the neglect of some important features of the employment relationship, the role of job protection and, in general, of employment regulation.

Section 2 will deal with the main ideas underpinning the mainstream approach to segmentation of the labour market and refers to an alternative theoretical explanation of this phenomenon. Section 3 outlines the reforms recently passed in Italy, Spain and Portugal to loosen the protection against unfair dismissal in these countries. Section 4 shows how, despite these reforms purportedly aiming at reducing the gap between the protection of standard and non-standard workers, no significant increase in the protection of the latter occurred: in some of these jurisdictions it was instead weakened. Section 5 questions the very idea of “dual” labour markets, pointing out that working conditions may vary heavily among supposed “insiders” on the basis of various elements unrelated to the scope of unfair dismissal regulations or other legal features. Section 6 outlines some findings of the “insiders-outsiders” economic theories, showing that they do not significantly deal with the legal regulation of unfair dismissal but chiefly focus instead on traditional aspects of the U.S. industrial relations system, one that can hardly be compared with continental European systems where general unionism is largely present. Section 7, however, argues that recent reforms endorsed by the EU Commission, and aimed at the decentralisation of collective bargaining systems in different countries may weaken the “inclusive” nature of industrial relations systems of continental Europe, potentially leading to the marginalisation of non-standard workers. Section 8 underlines that segmentation of the labour market is not a novel phenomenon originating in recent “flexibility-at-the-margin” reforms, but has been a permanent feature of capitalist labour market since the dawn of industrialization and might have been sharpened as a result of entrepreneurial trends towards business de-concentration in the last 40 years, augmenting the divide between core and marginal workforces. Section 9 then argues that proposed reforms aimed at introducing the “single permanent contract” and, in general, policies aimed at reducing dualism between standard and non-standard workers by flattening the relevant legal protection may prove unsatisfactory as they neglect the differences between marginal and core business activities and workforces. Section 10 concludes, remarking the role of job protection and

¹⁴⁶⁵ J. Heyes, *Flexicurity, employment protection and the jobs crisis*, in *Work Employment Society* 25, 2011, pages 642-657. See also S. Deakin, *supra*, note 6; L. Zappalà, *Flexicurity e valorizzazione delle capability: l'impulso alla ri-regolamentazione del lavoro a termine*, in *WP CSDLE “Massimo D’Antona”*.INT – 97/2012; M. Del Conte, *L’influenza del diritto comunitario sul diritto del lavoro italiano fra tutele e flessibilità*, in Mario Napoli, Mariella Magnani (eds.), *Studi Treu, Lavoro, Istituzioni, cambiamento sociale*, Neaples, 2011, pages 1435-1449; S. Sciarra, *Is Flexicurity a European Policy?*, URGE Working Paper 4/2008.

dismissal regulation not only in preserving the employee's income but also in supporting the effectiveness of fundamental and constitutional rights during the course of the employment: a complete shift from job protection to "*employment security in the market*" is then called into question.

2. The mainstream approach to segmentation: a tale of oversimplification.

As already mentioned, European institutions tend to follow implicitly or explicitly a particular explanation for segmentation of labour markets: segmentation is more often than not referred to as a matter of "dualism" concerning an allegedly "two-tier" labour market where "*insiders*" benefit "*from high levels of employment protection*" while "*outsiders*" are "*recruited under alternative forms of contracts with lower protections*"¹⁴⁶⁶.

In this respect, the Kok Report also argued that "*overly protective terms and conditions can deter employers from hiring in economic upturns or encourage them to resort to other forms of contract, which can have a negative impact on the ability of less advantaged workers – notably young people, women and the long-term unemployed – to access jobs*".

In order to address these issues, the report particularly advocated "*where necessary*", altering "*the level of flexibility provided in standard contracts in areas such as periods of notice, costs and procedures for individual and collective dismissal, or the definition of unfair dismissal*" and "*in parallel*" reviewing "*the role of other forms of contract [...] with a view to providing more options for employers and employees depending on their needs and adequate security for workers*".

At the time the report was drafted, then, it had not yet been argued that making available non-standard contracts could foster segmentation of the labour market: on the contrary the report encouraged Member States to "*provide more options*" in this regard; on the other hand, employers' recourse to these working arrangements was already ascribed to excessive protection of standard employees, particularly protection against dismissal.

Notoriously, the EU Commission's 2006 Green Paper endorsed the findings of the Kok Report, thereby validating the idea of segmentation as a result of overly protective regulation of the standard employment relationship and of its termination¹⁴⁶⁷; the Commission in the present days still supports the view that segmentation is a "*typical outcome of strict EPL for open-ended contracts*", although less emphasis is now put on making "*more options*" available to employers, with regard to non-standard work¹⁴⁶⁸.

The issue of segmentation was thus mainly reduced to a risk of "two-tier" labour markets predominantly imputed to the scope and strictness of dismissal laws: this approach, however, seems to oversimplify the several origins and aspects of segmentation.

In the abovementioned overview, for instance, Deakin shows how labour market segmentation

¹⁴⁶⁶ *Jobs, Jobs, Jobs. Creating more Employment in Europe*, Report of the Employment Taskforce chaired by Wim Kok, November 2003.

¹⁴⁶⁷ EU Commission, *Modernising labour law to meet the challenges of the 21st century*, *supra*, note 7. See S. Sciarra, *EU Commission Green Paper 'Modernising labour law to meet the challenges of the 21st century'*, in *Industrial Law Journal*, 36, 2007, pages 375-382.

¹⁴⁶⁸ EU Commission, *Labour Market Developments in Europe 2012*, in *European Economy*, 5|2012.

has been explained through, or related to, different causes, among which policies implemented by employers such as those establishing internal labour markets, often enhanced by the existence of “asset-specific” capabilities¹⁴⁶⁹, or the practices of those employers who set wages above the market-clearing point or offer job security in order to incentivise their workers, particularly when monitoring the workforce is too expensive or inaccurate (efficiency wage theory)¹⁴⁷⁰. In these cases, it has indeed been argued that it is possible for “laws that require just cause to increase efficiency” and reduce segmentation rather than foster it¹⁴⁷¹.

The European Commission and several other institutions and commentators disregarded most of the findings of these theories and focus instead on a particular explanation of segmentation, based on the so-called “insider-outsider” theory, namely a partial elaboration of efficiency-wage theory that – it will be explored further below – stresses the role of trade unions in causing segmentation¹⁴⁷²; in addition, particular concern is devoted to the role of the full-time, open-ended, standard employment relation (SER) as a cause of segmentation: this was also a main concern of legal theories regarding segmentation¹⁴⁷³.

The European Commission and several other institutions and commentators disregarded most of the findings of these theories and focus instead on a particular explanation of segmentation, based on the so-called “insider-outsider” theory, namely a partial elaboration of efficiency-wage theory that – it will be explored further below – stresses the role of trade unions in causing segmentation.

3. Individual dismissal regulation after the recent reforms in Italy, Spain and Portugal: a tale of de-regulation

In Italy, since the mid-90s, the issue of segmentation is more often than not referred as a matter of “dualism” between the labour market(s) of “guaranteed” and “not-guaranteed” workers depending on the scope of the so-called “*tutela reale*” against unfair dismissal, provided by Article 18 of Law n. 300/1970 (*Statuto dei Lavoratori*): insiders are deemed those who are protected by Art. 18, any other worker being an outsider, regardless of the nature of their working relationship (self-employed, temporary or permanent employment)¹⁴⁷⁴.

¹⁴⁶⁹ P. Doeringer, M. Piore, *Internal labor markets and manpower analysis*, Manpower Administration (DOL) Office of Manpower Research, Washington D.C., 1970; O. Williamson, O., M. Wachter, J. Harris, *Understanding the employment relation: The economics of idiosyncratic exchange*, in *Bell Journal of Economics and Management Science*, 6, 1975, pages 250-278.

¹⁴⁷⁰ See C. Shapiro, J. Stiglitz, *Equilibrium unemployment as a worker discipline device*, in *The American Economic Review*, 74, 1984, pages. 433-444; J. Yellen, *Efficiency wage models of unemployment*, in *American Economic Review*, 74, 1984 200-205.; S. Bowles, *Competitive wage determination and involuntary unemployment: a conflict model*, University of Massachusetts, Department of Economics, 1981; G. Calvo, *Quasi-Walrasian Theories of Unemployment*, in *The American Economic Review*, Vol. 69, 1979, pages 102-107;

¹⁴⁷¹ D. Levine, *Just-Cause Employment Policies in the Presence of Worker Adverse Selection*, in *Journal of Labor Economics*, 9, 1991, pages 294-305.

¹⁴⁷² A. Lindbeck, D. Snower, *Insiders versus Outsiders*, in *The Journal of Economic Perspectives*, 15, 2001, pages. 165-188; A. Lindbeck, D. Snower, *Cooperation, harassment and involuntary unemployment: An insider-outsider approach*, in *American Economic Review*, 78, 1988, pages 167-88.

¹⁴⁷³ See references in S. Deakin, *supra*, note 6.

¹⁴⁷⁴ See P. Ichino *Il lavoro e il mercato. Per un diritto del lavoro maggiorenne*, Milano, 1996; Id., *Inchiesta sul lavoro. Perché non dobbiamo avere paura di una grande riforma*, Milano, 2011. For a critical review of this approach see F. Carinci, “Provaci ancora, Sam”:

Protection against unfair dismissal vary significantly in Italy, depending on the size of the workforce employed within a single work unit or by the same employer.

In Italy, if an employer has 60 or fewer employees, or 15 or fewer employees in a single work unit, in case of unfair dismissal the employer can be ordered to either re-engage the employee under a new contract or pay an indemnity varying in general between two-and-a-half and six months' salary, the choice is the employer's.

This protection regime is usually referred as "*tutela obbligatoria*", implying that remedies under this protection only entail monetary sanctions while more effective sanctions, such as reinstatement, are not generally provided (unless the dismissal is deemed discriminatory or retaliatory).

Above these thresholds, before the 2012 labour market reform, in case of unfair dismissal, the employer could be ordered to both reinstate the employee under the original contract¹⁴⁷⁵ and to pay uncapped damages amounting to the employee's salary between the date of dismissal and the date of actual reinstatement (but with a minimum of five months' salary). This regime was provided by Article 18 of the *Statuto dei Lavoratori* and was normally referred as "*tutela reale*", where "*reale*" stood for both "effective" and "real", since reinstatement was seen as a much stronger protection relative to monetary sanctions, almost giving rise – in theory – to something alike "property rights" concerning one's job.

Since the 2012 labour market reform, this latter regime has been diluted. Article 18 of the *Statuto dei Lavoratori* now provides for reinstatement on top of uncapped damages only in case of discriminatory or retaliatory dismissal¹⁴⁷⁶.

Within the scope of the "*tutela reale*", these remedies were previously provided in case of unfair dismissal for either disciplinary matters or economic/redundancy reasons; the same would also apply to dismissals not meeting the statutory formal or procedural requirements.

Without going too deep into the analysis of the current legislation, it is worth noting that remedies are now different for disciplinary and economic dismissals. In both of these cases, however, the role of reinstatement and the amount of damages are significantly limited compared with the pre-2012 regime.

By way of example, reinstatement and damages of up to 12 months' salary only apply if the dismissal was for disciplinary reasons based on events that did not occur. They also apply if the collective bargaining agreement provides for a sanction for misconduct that is less severe than dismissal.

In any other case of unfair disciplinary dismissal, the employer has to pay an indemnity of 12 to 24 months' salary, but not reinstate the employee.

As to economic dismissal, since the 2012 reform, the court may only insist upon reinstatement

ripartendo dall'art. 18., in W.P.C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT, n. 138/2012; M.T. Carinci, *Il rapporto di lavoro al tempo della crisi: modelli europei e flexicurity "all'italiana" a confronto*, in *Giornale di Diritto del Lavoro e di Relazioni Industriali*, 136, 2012, pages 527-572; V. Speciale, *La riforma del licenziamento individuale tra diritto ed economia*, in *Rivista italiana di Diritto del lavoro*, 2012, pages 521-566.

¹⁴⁷⁵ However, the employee could elect instead to receive an indemnity in lieu of reinstatement, equal to 15 months' salary.

¹⁴⁷⁶ See M. Biasi, *The Effect of the World Crisis on Employment Law and Industrial Relations: report on Italy*, forthcoming in *Comparative Labor Law and Policy Journal*.

when the dismissal is for an economic or redundancy reason that is visibly non-existent.

Even in this case, reinstatement is only an option for the court if it could alternatively award an indemnity of 12 to 24 months' salary. The same will also be recognised to an employee in any other cases of unfair economic dismissal.

Courts have not yet developed a coherent set of criteria for reinstatement under the new law: some judgements have been keen to follow an approach of granting reinstatement according to principles similar to those governing the application of the pre-reform regime, whereas many other judgments have started to shape new sets of criteria, whereby reinstatement is significantly restricted.

Even in the absence of a coherent set of case law principles concerning reinstatement, it can be said that dismissal regulations in Italy were materially relaxed by the 2012 reform: damages in case of unfair dismissal are now strictly capped, let alone the possibility of reinstatement: nowadays, it is even debatable whether it still makes sense to label the protection under Article 18 as "*tutela reale*": if *reale* were to be deemed to imply something more than "effective", hinting at something like "real", one could argue that making reference to "*tutela reale*" is now somehow outmoded.

Dismissal regulation has also been significantly loosened in Spain and Portugal over the last years.

In Spain¹⁴⁷⁷, economic losses, whether current or merely expected, or declining revenues now amount to sufficient cause for fair dismissal for economic reasons. Other economic or objective reasons have been more clearly defined and notice of dismissal was reduced from 30 to 15 days.

Severance pay for standard employment contracts was cut to 33 days' wages per year of service (it was 45 days before the reform) with a 24-month cap – this removes the distinction between a standard employment contract and the employment-promotion permanent contract, introduced in 1997)¹⁴⁷⁸.

Employers with less than 50 employees can now hire workers under a permanent employment contract (*Contrato de Apoyo a Emprendedores*) subject to a one-year probation period during which the contract can be terminated without severance pay¹⁴⁷⁹.

After the probationary period, severance pay would apply which would be equal to 33 or 20 days' wages per year of service respectively if the dismissal is fair or unfair.

Remarkably, public bodies' authorization is no longer a requirement for collective dismissal.

¹⁴⁷⁷ See M.E. Casas Baamonde, M. Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, F. Valdés Dal Re, *La nueva reforma laboral, Relaciones Laborales*, 2012, pages 1-39; J. Cruz Villalón, *Los cambios en materia de extinciones individuales en la reforma laboral de 2012*, in *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, 2012, pages 121-147; J. Gorelli Hernández, *La reforma laboral de 2012 y su impacto en los despidos individuales*, in *Temas Laborales*, 115, 2012, pages 275-314; S. Bentolila, J. F., Jimeno, J. J. Dolado, *supra*, note 4.

¹⁴⁷⁸ Workers hired before February 2012 and unfairly dismissed will be entitled to a weighted average of the former 45-day and the new 33-day regimes, with a 720-day cap.

¹⁴⁷⁹ Employers using these contracts will enjoy substantial fiscal subsidies insofar as the workers remain employed for at least 3 years

In Portugal¹⁴⁸⁰, the definition of fair individual dismissal was relaxed: senior employees or employees performing complex tasks may now be dismissed for unsuitability (*inadaptação*) without their being a need for the introduction of new technology to which the employee is unable to adapt – this was a requirement before the reform. Other employees may be dismissed for unsuitability if they fail to achieve previously agreed work objectives. The last-in-first-out tenure rule, in case of economic dismissal, was also abolished.

Severance payment for employees hired after 1 November 2011 was reduced from 30 to 20 days' wages per year of service¹⁴⁸¹, with a cap of 12 months – the minimum amount of 3 months no longer applies – and the employer only pays 10 days' wages, the remaining 10 days being paid by a new employment fund, financed by employers.

Lawmakers in Italy, Spain and Portugal have therefore followed the European institution's call for reducing protection for standard employees; the next section shows, however, that the same cannot be said for the appeal to better protect non-standard work.

4. Reforms of non-standard contracts in Italy, Spain and Portugal: *Much Ado About (Almost) Nothing*.

As already mentioned, recent reforms of the Italian, Spanish and Portuguese labour regulations did not only concern protection against dismissal¹⁴⁸².

In Italy, the purported goal of lawmakers was a general reshaping of labour protection in order to address the issue of dualism in the labour market. This was also meant to be done by reviewing the existing regulation of non-standard forms of employment.

According to the very first article of the relevant act, the reform was aimed at “*redistributing workers' protection more equitably, on the one hand by countering the misuse of the legal schemes already introduced in order to provide flexibility [in the labour market], on the other hand by adapting dismissal regulations to the changed [business] environment*”.

It is noticeable the alleged attempt to even – or, at least, to reduce – the inequality between the situation of those who have relative job stability because they are granted effective protection against unfair dismissal, and workers who do not enjoy such stability. The reform is then professionally in line with the EU Commission's appeal to reduce the protection against unfair dismissal of standard employees whilst providing “*protection to those left outside or at the margins of the job market*”.

Article 1 of the reform act¹⁴⁸³, then, seems to sanction an “exchange” between greater flexibility in the standard employment relationship of insiders, gained by loosening protections against

¹⁴⁸⁰ A. Pestana Nascimento, *A reforma laboral em Portugal*, in *Actualidad Juridica*, Especial reformas estructurales / Extraordinario-2012, pages 47-61; A Turrini, *EPL reforms in Europe: A Portuguese way to single contract outcomes?*, 2011 at <http://www.voxeu.org/article/labour-market-reforms-lessons-portugal>.

¹⁴⁸¹ An interim regime was provided for workers hired before 1 November 2011: severance payments will be calculated taking into account tenures under the previous regime (until 31 October 2012) and the new one.

¹⁴⁸² See references, *supra*, notes 20, 21, 24.

¹⁴⁸³ Article 1, l. 28 Giugno 2012, n. 92

dismissal, and less flexibility at the margin, to better protect the outsiders, with the purpose of reducing the dualism of the labour market.

Similarly, the Spanish reform's preamble declared that its provisions aim to "*enhance the efficiency of the labour market as it is linked to the reduction of labour dualism, with measures affecting chiefly the termination of employment contracts*"¹⁴⁸⁴.

The legal measures put in place to counter dualism in the labour market can nonetheless be called into question.

The recent Italian reforms loosened unfair dismissal regulations but did not appreciably increase protections for non-standard employees.

The law, indeed, restricted the regulation of parasubordinate "project work": for instance, project workers' compensation must now comply with minimum compensation levels set out by national collective bargaining agreements for parasubordinate workers or aligned with minimum salaries provided by those agreements. Moreover, the law clarified that "project work" cannot be entered for the performance of very simple and repetitive tasks. The reform also clarified that, when a proper "project" is not provided, parasubordinate contracts are to be deemed subordinate under a non-rebuttable presumption.

A rebuttable presumption of parasubordination was instead introduced for non-parasubordinate self-employment when some conditions apply¹⁴⁸⁵. This presumption would operate in combination with the abovementioned non-rebuttable presumption if a proper project were not provided, possibly leading to reclassification under a subordinate contract.

According to the abovementioned categorization of legal techniques¹⁴⁸⁶ aimed at addressing segmentation, these measures may be classified under the first category, as they widen the scope of protective regulation and combat the use of bogus self-employment (including parasubordination), attempting to bring some "grey-area" cases within the scope of employment.

However, these protective elements should not be overestimated. On the one hand, the law merely restates some principles already applied by the majority of case law, for example, most courts were already considering the presumption of subordination in cases where a proper "project" did not exist as a non-rebuttable one. On the other hand, the really new protections, such as the minimum compensation provisions or the rebuttable presumption of para-subordination, could easily drive employers to resort to other non-standard contracts that were further liberalized.

In particular, the law abolished the need to link fixed-term contracts and temporary agency work to an objective reason for the first contract up to 12 months – according to the majority of case law, objective reasons were also to be "temporary" in nature for fixed-term employment. This is a material liberalization because most of these contracts are entered into for very short periods.

¹⁴⁸⁴ Article II, Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral

¹⁴⁸⁵ The rebuttable presumption will operate if two of the following requirements are met: (i) the activity exceeds eight months a year for two consecutive years; (ii) the income from such activity is below c. 19,000 Euro and it is equal to the 80 per cent of the overall revenues earned by the self-employed worker during the past two years; (iii) the self-employed worker has a workstation at the principal's premises.

¹⁴⁸⁶ See S. Deakin, *supra*, note 6.

The 2012 reform tried to balance this deregulation by establishing that no extensions of contracts stipulated without specifying the relevant objective reasons could be provided and by increasing the minimum interruption periods between the previous fixed-term employment contract expiring and a new one beginning with the same employee. Before the 2012 reform, these periods were 10 days and 20 days, respectively, for contracts under and over 6 months; they were increased to 60 and to 90 days respectively. In 2013, however, lawmakers made extensions of fixed-term contracts legitimate up to 12 months in total and decreased the mandatory interruption periods to their original duration.

As a consequence, the use of fixed-term and temporary agency work contracts has now been significantly liberalised in comparison with the pre-2012 regime: this is plainly inconsistent with the purported aim of the 2012 reform.

If one adds this liberalisation to the loosening of unfair dismissal regulations the result is a clear levelling down of employment protection that in no way can be deemed balanced by the renewed regulation of parasubordination.

If we come back to Deakin's categorization, it could then be said that the recent reforms of the Italian labour market lie somehow both under the first category (with more defined classifications of parasubordination and self-employment) and under the second category (with a reduction of protections for both standard employment and some crucial non-standard contracts).

Inconsistency between the alleged purpose of the reforms and their actual scope, however, is not limited to Italy. In Portugal, severance payments for fixed-term employees were reduced from 36 or 24 days' wages per year of service (respectively for contracts shorter or longer than 6 months) to 20 days: the reform therefore significantly affects workers with shorter contracts, with their severance cut by more than 1/3. In Spain, severance pay will be slightly increased from 8 to 12 days' wages per year of service for fixed-term employees.

It can, therefore, be said that the part of the reforms concerning non-standard workers was either contradictory with the alleged purpose of bettering their conditions (Italy and Portugal) or still feeble (Spain).

In Spain, however, an important reform had been passed in 2007 introducing significant protections for economically dependant self-employed workers¹⁴⁸⁷. This may also bring the set of Spanish reforms adopted in the last decade within both the first and the second of the above-mentioned categories, with legal techniques aimed at widening the scope of protective legislation coupled with a significant levelling-down of the protection for open-ended employment and a weak levelling-up concerning non-standard workers¹⁴⁸⁸.

It may however be incorrect to lump the 2007 and the 2010-2011 reforms together, as they were adopted in a very different economic and institutional situation; anyhow, the recent weakening

¹⁴⁸⁷ Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajo autónomo (LETA).

¹⁴⁸⁸ The last reforms in Italy, Spain and Portugal also affected the system of unemployment benefits and, in some cases, also involved monetary incentives /subsidies aimed at the "stabilization" of workers: it could thus be said that they also partially fit in the third set of legal techniques categorized by Simon Deakin.

of the regulation governing dismissal of standard employees seems to outweigh the benefits introduced by the Spanish lawmakers with regard to atypical contracts¹⁴⁸⁹.

One can then argue that the alleged reduction of dualism in the Spanish labour market was mainly carried out at the expense of open-ended employment was not balanced by a corresponding levelling-up of the protection for the remaining workforce. The same can be said about the latest reforms in Italy and Portugal¹⁴⁹⁰.

5. Can legal regulation actually generate “dualism” of labour markets?

After this brief overview of the legal measures adopted in different EU Member States currently facing serious economic downturn in order to combat dualism in the labour market, it is now time to discuss more deeply the very ideas looking at “dualism” chiefly as a direct result of the scope of the legal rules governing standard employment relationships and, in particular, the regulation of dismissal.

It has been argued above that the mainstream approach to segmentation – endorsed by the EU Commission – couples elements of “insiders-outsiders” economic theories with the findings of some legal theories that focus on the relevant role of the standard employment relationship; under this approach, workers employed under a standard employment relationship are often referred as “insiders”.

As argued at Section 2, this approach tends to ignore the results of both other economic theories concerning segmentation of the labour market and of legal theories that warn against over-estimating the role of law in influencing other social systems such as the economic one¹⁴⁹¹: legal rules and their revisions do not mechanistically influence the economic system or drive changes into it.

In light of this, considering the regulation of standard employment contracts and particularly the relevant regulation of dismissal as the main cause of segmentation in the labour market is unconvincing. One might indeed argue that the very idea of a clear-cut and simple “dualism” in the labour market of modern advanced economies is an over-simplification: deeming “insiders” all workers hired under a standard employment contract and subject to dismissal regulation, for instance, on the one hand overlooks substantial differences in working conditions among these workers, and, on the other, it disregards many extra-legal factors affecting these conditions.

By way of example, working conditions vary widely according to the geographical location of the firm (for example, urban or rural region, developed or depressed area within a country) or to its size (one can hardly compare, in this respect, a company with a workforce of 100 people and one with a workforce of 1,000, although they would be subject to the same dismissal regulations in most of the jurisdictions differentiating dismissal regimes on the basis of the workforce’s size, such as Italy, Spain and Germany).

¹⁴⁸⁹ M. Rodríguez-Piñero Royo, *La forza del mercato: le riforme del diritto del lavoro spagnolo durante la crisi finanziaria mondiale*, in *Giornale di Diritto del Lavoro e di Relazioni Industriali*, 137, 2013, pages 91-106.

¹⁴⁹⁰ See also S. Deakin, A. Koukiadaki, *supra*, note 8.

¹⁴⁹¹ See S. Deakin, *supra*, note 6; R. Rogowski, *Reflexive labour law in the world society*, 2013, Cheltenham; S. Deakin, R. Rogowski, *Reflexive labour law, capabilities, and the future of social Europe*, in R. Rogowski, R. Salais and N. Whiteside (eds.): *Transforming European employment policy: Labour market transitions and the promotion of capability*, Cheltenham, 2011.

In addition, working conditions often differ depending on the ownership and corporate structure of the employer and – to some extent – also according to its nationality: work organizations and human resources cultures can vary significantly between a family-run enterprise and companies belonging to a multinational group.

Assuming the labour market to be dual also seems to underestimate differences depending upon levels of professionalism, the nature of the tasks carried out and the relevant classification or job role within a company or, to stay with the personal characteristics of employees, their skills and their "employability" within the labour market, or their level of education.

Working conditions may significantly be affected by the degree of unionization within a company, the presence of trade unions and employees' representative bodies at the workplace, the existence and quality of labour relations at the shop or enterprise level. Even more, it is impossible to overlook the application of sector- and/or enterprise- or shop-based collective agreements and – *ceteris paribus* – the economic sector or industry: we could hardly explain, otherwise, outsourcing practices motivated by the desire to change the applicable collective bargaining agreements.

For all these reasons, it is simplistic to represent advanced economies' labour markets as dual as a function of the discipline of dismissal.

If one considers the Italian labour market, for instance, it is unsatisfactory to assume Article 18 of *Statuto dei Lavoratori* as a watershed between insiders and outsiders. There are, for example, some insiders who are outside the scope of Article 18 in Italy, such as executives (*dirigenti*)¹⁴⁹²: in the vast majority of cases, they enjoy contractual protection against unfair dismissal, either set out by collective agreements or by individual terms of employment. This protection is more often than not much higher than that afforded to comparable managers in other advanced countries¹⁴⁹³.

On the other hand, it is unrealistic to define as "insiders" those workers who, albeit falling within the scope of *tutela reale*, carry out an unskilled repetitive and/or manual job, possibly employed by firms with little or no unionization or those workers to whom no collective agreements or "minor" collective agreements apply.

In light of the above, it is not convincing to see legal protection against dismissal as a breakpoint for working conditions in labour markets, regardless of the type of remedy that may be awarded under the relevant legal system: working conditions vary widely irrespective of the scope of legal protections on the basis of circumstances that do not regard legal regulation and the extent to which the legal reforms currently addressed to segmentation may alter those conditions seems very limited in scope.

¹⁴⁹² Under Italian law this is the highest category of employees. *Dirigenti* may also be appointed by shareholders as members of the company's board of directors of a company (*amministratori*) but this is not always the case in Italy.

¹⁴⁹³ Collective bargaining agreements for executives often provide for a supplementary indemnity in case of unfair dismissal that may amount up to 20 months' salaries of total compensation (including averages of bonus and benefits in kind paid in the last 36 months of employment) and may increase if executives meet certain age requirements (usually when they are between their mid-fifties and mid-sixties). Supplementary indemnities are due on top of notice periods or payment-in-lieu.

6. “Insiders-outsiders” models and continental European unionism: please handle with care!

Segmentation, furthermore, undoubtedly also affects labour markets of countries where no strong or general rules restricting dismissals exist, such as the United States¹⁴⁹⁴.

It is noteworthy that the scientific debate around the conflicts of interest between outsiders and insiders and its effects originally developed in the United States and that the relevant literature does not focus on the scope of dismissal regulation; it traditionally emphasised the role of unions and now also stresses, more generally, the replacement costs that companies incur in replacing insiders with outsiders.

Replacement costs include “*the costs of hiring, firing and providing firm-specific training, but further costs can arise from the attempts of insiders to resist competition with outsiders by refusing to cooperate with or harassing outsiders who try to underbid the wages of incumbent workers*”¹⁴⁹⁵.

These models concentrate on the features of the United States’ labour market and mainly refer to the traditional United States model of industrial relations, a particularly “exclusive” model, historically centred on the male breadwinner and that, in the past, showed a potentially discriminatory character against women and minorities.

The “insider/outsider” literature often refers to what the insiders “do” or “try to do” to improve their position at the expense of outsiders and/or the employer, as if they constituted an entirely homogeneous social entity, capable of behaving “as one single man”.

It seems evident that these models were designed by making reference to “occupational” and mainly enterprise- or shop-based trade unionism, traditionally making use of union-shop clauses: under this trade union model, it is theoretically possible to coordinate actions of workers already employed against those seeking employment, especially if the latter were willing to accept worse working conditions than those employed.

With many reservations, it could then be argued that the “insiders/outsiders” models might provide an account of some features of the United States’ industrial relations system.

Those same theories, however, are hardly applicable to the reality of labour markets in continental Europe, where trade union movements historically follow very different union traditions and labour market strategies, based on “inclusive” policies and where trade unions are traditionally organized on a national, multi-employer or cross-sectoral basis. It has indeed been argued that general unions organizing workers across the occupational lines may counter segmentation in the labour market¹⁴⁹⁶.

It seems unrealistic to imagine the insiders acting in a co-ordinated fashion to the detriment of outsiders in continental European labour markets: where trade union action is predominantly carried out on a multi-employer basis, fulfilling systematic marginalisation against outsiders

¹⁴⁹⁴ Even if some restrictions on dismissal exist in almost all the States of the USA, see, AUTHOR, *Outsourcing at Will: The Contribution of Unjust Dismissal Doctrine to the Growth of Employment*, in *Journal of Labor Economics*, 2003, 21, 1.

¹⁴⁹⁵ A. Lindbeck, D. Snower, *Insiders versus Outsiders*, *supra*, note 16.

¹⁴⁹⁶ S. Deakin, *supra*, note 6; W. Sengenberger, *Labour market segmentation and the business cycle*, in F. Wilkinson (ed.), *The dynamics of labour market segmentation*, London, 1981.

would be much more complicated, also from a reputational stance.

Even more difficult is to imagine such marginalisation as carried out by insiders if they were defined as those who fall within the scope of protection against unfair dismissal, given the aforementioned heterogeneity of these subjects and of their conditions of work and the related occupational or sectoral interest, in advanced labour markets.

Moreover, it must again be noted that these theories do not focus on a single aspect as a dividing factor. Indeed, according to the relevant literature *“the insider-outsider distinction provides insight on a wide number of divides: employed versus unemployed workers, formal versus informal sector employees, employees with high versus low seniority, unionized versus nonunionized workers, workers on permanent versus temporary contracts, skilled versus unskilled workers, the short-term versus the long-term unemployed, and so on”*¹⁴⁹⁷.

Also for this reason, identifying insiders and outsiders within labour markets on the basis of the scope of the rules restricting dismissal is not convincing.

7. Decentralisation of collective bargaining and the risk of marginalisation of non-standard workers

In the previous section it has been argued that the current mainstream approach to labour market segmentation and the legal measures adopted in several countries seem unsatisfactory. On the other hand, other topical labour law reforms' paths, unrelated to the scope of standard employment contracts and the relevant dismissal regulations, could, in the future, spur marginalisation of outsiders.

In the past years, several measures aimed at decentralizing collective bargaining have been taken in different European countries¹⁴⁹⁸: an issue that seems to be disregarded, in this respect, is how decentralization could affect the conduct of trade union movements towards non-standard workers and “outsiders” in general.

As stated in the previous section, the organization of trade unions on a general and/or multi-employer basis in continental Europe drives unions towards a traditionally “inclusive” approach: the more the workers covered by collective bargaining and employment protection the better. A different, “exclusive” approach would be difficult to implement on a multi-employer basis and would not be easy to conceal, thus potentially damaging the unions from a reputational standpoint.

“Exclusive” approaches to workers' protection could instead stem from single-employer and/or “occupational” unionism and collective bargaining, possibly leading to marginalisation of outsiders.

It goes without saying that decentralization of collective bargaining does not necessarily convey these adverse effects and that they could also be prevented through a proper management of

¹⁴⁹⁷ A. Lindbeck, D. Snower, *Insiders versus Outsiders*, *supra*, note 16.

¹⁴⁹⁸ See essays published in R. Blanpain, *Decentralizing Industrial Relations and the Role of Labor Unions and Employee Representatives*, The Hague, 2007.

decentralization.

European institutions, however, apparently overlooked this when they endorsed a controversial 2011 reform regarding decentralization of the Italian collective bargaining system¹⁴⁹⁹.

Significant steps towards regulated decentralization had already taken in the first part of 2011 by the social partners; a cross-sector framework agreement (the 2011 agreement) had been stipulated between the most representative union confederations and the main employers' association: in particular, national industry-wide collective agreements were called to devolve big parts of employment regulation to firm-level agreements.

In August 2011, however, during the severe financial crisis of the Italian public debt, the government decided to intervene. By decree it approved a provision (Art. 8, Decree 138/2011-Law 148/2011) regulating the decentralization of collective-bargaining agreements in a very different way from the 2011 agreement. In particular, Art. 8 stated that firm-level agreements could derogate from, and would prevail over, the provisions of employment laws and of national collective bargaining agreements in striking contrast to the 2011 Agreement, according to which national agreements would decide methods of devolution to decentralized agreements.

Remarkably, Art. 8 allows enterprise- or shop-level agreements to regulate non-standard work such as fixed-term employment, part-time employment or temporary agency work, or parasubordinate work and self-employment¹⁵⁰⁰.

Moreover, decentralized collective agreements could derogate from the statutory joint-liability regime provided in favour of workers of a contractor or subcontractor in case of outsourcing and, most notably, they could also derogate from legal protections against unfair dismissal.

Nothing in Art. 8 prevents decentralized agreements from derogating from these protections only for firms' or shops' new employees, preserving instead the statutory protection for the incumbent workforce.

The 2012 reform followed a different approach on the issue of decentralization of collective bargaining and non-standard work: collective agreements were entrusted with the regulation of minimum compensation for parasubordinate "project workers" and were given the power to further flexibilize fixed-term employment and temporary agency work.

Enabling collective agreements to deregulate non-standard work is not a novelty for the Italian labour market: similar powers had already been conceded by the law since the mid-80s, and it can be said that Italian social partners did not abuse them in order to marginalise outsiders, particularly because of the above-mentioned "inclusive" rather than "exclusive" approach to labour regulation of Italian trade unions.

Yet these powers were traditionally chiefly granted only to national collective agreements and were much narrower in scope than those conceded to enterprise- or shop-level agreements under Art. 8.

¹⁴⁹⁹ EU Commission, Commission Staff Working Document, In-Depth Review for ITALY in accordance with Article 5 of Regulation (EU) No 1176/2011 on the prevention and correction of macroeconomic imbalances, SWD(2012) 156 final.

¹⁵⁰⁰ See, M. Biasi, *supra*, note 20.

According to the 2012 reform, the scope of possible derogations from the law was again limited in scope and entrusted to industry-wide collective bargaining.

However, in 2013 the lawmakers reversed their approach and granted the same powers to decentralized agreements; moreover, Art. 8 was neither repealed nor amended by the 2012 and 2013 reforms.

In light of the above, the risk of Art. 8 encouraging opportunistic conduct against outsiders at the workplace cannot be ruled out: it is worth noting that also in this case outsiders would not entirely match workers falling outside the scope of dismissal regulation, if one considers that firm-level collective agreements could also be in detriment of employees of contractors or subcontractors that may well be covered by dismissal protection under Art. 18 of *Statuto dei Lavoratori*.

It can therefore be argued that, despite their claimed goal to balance the situation of insiders and outsiders in the labour market, recent reforms in Italy also included provisions that may go absolutely in the opposite direction.

Again, it must be stressed that decentralization of collective bargaining cannot automatically be associated with opportunistic behaviour of standard employees: in northern Europe, for instance, flexibility measures are specifically provided *via* collective bargaining, in particular through a derogation from sector-level to firm-level agreements. This provides the system with an appreciable degree of flexibility within a general system of regulation and it has not led to a marginalisation of atypical workers, even if these systems may somehow begin to creak¹⁵⁰¹.

In other European countries, such as Italy, Spain and Portugal, however, the recent reforms significantly untied firm-level collective bargaining from industry-wide agreements and legal regulations¹⁵⁰²: the risk is the stipulation of firm-level collective agreements outside a general regulation framework, posing serious problems in terms of workers' protection. Moreover, this could induce a centrifugal development of industrial-relations systems possibly leading to a "de-generalization" of trade-union action with potential negative effects on the weaker part of the workforce, including non-standard workers.

8. Much before "flexibility-at-the-margin": is labour market segmentation just a feature of our times?

When advocating decentralisation of collective bargaining, therefore, European institutions tend

¹⁵⁰¹ See M. Rönmar, A. Numhauser-Henning, Flexicurity, Employability and Changing Employment Protection in a Global Economy. A study of labour law developments in Sweden in a European context, Lund University, 2012. In Denmark, J. Due, J. S. Madsen J. S., The Danish Model of Industrial Relations: Erosion or Renewal?, in *Journal of Industrial Relations*, 50, 2008, pages 513-529, speak of "Centralized decentralization", covering "both a controlled delegation of bargaining rights from sector level to enterprise level in the bargaining system, and, at the same time, implies that the norms and values of the central system are retained down through the delegation process". They however argue that "despite the relative strength of the Danish model [a] comprehensive analysis of developments in the Danish labour market over the past decade shows that here too it is possible to discern clear tendencies towards erosion of the collective regulation [...]. Centralized decentralization would appear to be evolving in the direction of a kind of 'multi-level regulation', in which the controlling role of the sector organizations is being challenged".

¹⁵⁰² The EU Commission welcomed decentralisation of collective bargaining systems also with regard to Spain and Portugal. See EU Commission, Commission Staff Working Document, *Assessment of the 2012 national reform programme and stability programme for SPAIN*, SWD(2012) 310 final and EU Commission, Commission Staff Working Document, *Assessment of the 2012 national reform programme and stability programme for PORTUGAL*, SWD(2012) 324 final. See also S. González Ortega, *La negociación colectiva en el Real Decreto-Ley de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral*, in *Temas Laborales*, 115, 2012, pages 85-134.

to manifestly overlook its potential detrimental effect on atypical workers.

This, however, does not come as a surprise: following a narrative whereby segmentation is a function of the scope of standard employment relations and all the workers covered by dismissal regulation are regarded as “insiders”, one may overlook other typical elements of differentiation across the labour market, such as the ones described in Section 5.

As already mentioned, this mainstream approach and the related “insiders-outsiders” narrative neglects consideration of other theories on segmentation of the labour market that seem to provide for a more comprehensive account on this issue.

It can be noted, for instance, that segmentation is not a recent occurrence that could be chiefly imputed to the “flexibility-at-the-margin” policies adopted in the last decades.

The existence of a “primary” and a “secondary” labour market is not a phenomenon of our times: from the dawn of industrialization certain categories of workers have enjoyed better economic and regulatory conditions in comparison with “weaker” workers; a difference in the condition of workers involved subcontracting or other forms of business dis-integration, such as home workers has always existed¹⁵⁰³.

It could be said, however, that, during the last forty years, a mainstream business trend towards de-concentration of big firms and outsourcing can be seen, which has given rise to business structures following a “core/periphery” pattern: firms have tended to progressively divest those parts of their production cycle which are not relevant to their core business¹⁵⁰⁴.

This has swollen the ranks of “contingent” or “marginal” workforce, hired under contractual arrangements that are typical of vertical disintegration, such as contracting or subcontracting or non-standard working contracts¹⁵⁰⁵. By contrast, workers employed within core business’ sectors tend still to be offered significant job stability through open-ended employment contracts.

Very often, the contingent workforce is employed at the margin of business production, executing activities that require a low level of professionalism or skills.

These activities normally display very low asset-specificity and require very limited training, significantly reducing the cost of replacing a worker assigned to them. Non-standard workers such as fixed-term employees and temporary agency workers (TAW) may be particularly affected in this respect, since – according to labour market statistics – they markedly tend to carry out unskilled work¹⁵⁰⁶. For this reason it does not seem possible to improve the working conditions of

¹⁵⁰³ See L. Mariucci, *Il lavoro decentrato. Discipline legislative e contrattuali*, Milan, 1979.

¹⁵⁰⁴ J. Atkinson, *Flexibility, uncertainty and Manpower strategy*, Report n. 89, Institute of Manpower Studies, Brighton, 1985; Id., *Manpower strategies for flexible organizations*, in *Personnel Management*, 1984, pages 28-31. See also, L. Hunter, A. McGregor, J. MacInnes, A. Sproull, *The ‘Flexible Firm’: Strategy and Segmentation*, in *British Journal of Industrial Relations*, 31 1993 383-407.

¹⁵⁰⁵ H. Collins, *Independent contractors and the challenge of vertical disintegration*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 10, 1990, pages 353–380.

¹⁵⁰⁶ This is a longstanding occurrence in the Italian labour market, see L. Cavallaro, D. Palma, *Come (non) uscire dal dualismo del mercato del lavoro: note critiche sulla proposta di contratto unico a tutele crescenti*, in *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, 2008, pages 507–528. See also G. Alteri, L. Birindelli, F. Dota, Giuliano Ferrucci *Un mercato del lavoro sempre più “atipico”: scenario della crisi*, Rapporto di Ricerca n. 08/2011, IRES CGIL, 64, reporting that 71% of Italian TAWs were carrying out unskilled working activities in

the contingent workforce by lowering the levels of protection of standard employees.

It is arguable that loosening, or eliminating, protection against dismissal would lower the incentive to resort to non-standard contracts and to subcontracting, albeit subcontracting did exist long before the introduction of dismissal regulations in several countries¹⁵⁰⁷. However, this would not necessarily increase the contingent workforce's job stability, since its low asset-specificity makes the replacement of marginal workers easy and cheap.

Core/periphery models may represent an explanation of labour market segmentation that is more accurate than describing the labour market as divided between insiders and outsiders on the basis of the scope of dismissal regulations: entrepreneurial strategies aimed at curbing production costs and making business organizations leaner can be seen as one of the fundamental causes of segmentation even if it is not taken into account by the mainstream narrative on this topic.

9. All permanent, all precarious: the “single permanent contract”, its mates and its flaws.

In the light of what has been observed in the previous part, flattening employment protections in order to reduce the gap between standard and non-standard workers would hardly result in better working conditions or higher job stability for marginal workers operating outside employers' core businesses.

It is, instead, the EU Commission's belief that a “*reduction of segmentation in the labour market [...] could be facilitated by altering employment protection legislation, by for instance extending the use of open-ended contractual arrangements with a gradual increase of protection rights to diminish the existing divisions between those holding atypical and permanent contracts*”.

According to the Commission, a set of policies to be encouraged in this respect “*includes the adoption of a «single permanent contract», replacing the existing legal asymmetry between permanent and fixed-term contracts*”¹⁵⁰⁸.

The “*single permanent contract*” has been promoted in different European countries by some economists and lawyers¹⁵⁰⁹: it would be an open-ended employment contract with a long (on average 2–3 years) probation/consolidation period during which employees would not be

2011. According to Rapporto Isfol 2012, *Le competenze per l'occupazione e la crescita*, Rome, 2012, temporary workers show higher rates of overqualification. Low-skill workers are overrepresented among fixed-term in Spain, according to S. Bentolila, J. F., Jimeno, J. J. Dolado, *supra*, note 4. Also in the U.S.A., non-standard workers tend to carry out unskilled jobs: see data in Kellberg, *Flexible Firms and Labor Market Segmentation: Effects of Workplace Restructuring on Jobs and Workers*, in *Work and Occupations*, 30, 2003, pages 154-175.

¹⁵⁰⁷ G. Giugni, *Organizzazione dell'impresa ed evoluzione dei rapporti giuridici. La retribuzione a cottimo*, in *Rivista di Diritto del Lavoro*, 1968, pages 1-85.

¹⁵⁰⁸ EU Commission, *Employment in Europe 2010*. See also, Id., *Labour Market Developments in Europe 2012*, *supra*, note 12.

¹⁵⁰⁹ S. Bentolila, J. F., Jimeno, J. J. Dolado, *supra*, note 4; P. Ichino, *Inchiesta sul lavoro*, *supra*, note 18; J. Andrés, *A Proposal to Restart the Spanish Labour Market*, 2009, available at <http://www.crisis09.es/PDF/restart-the-labor-market.pdf>; S. Bentolila, J. J. Dolado, J. F. Jimeno (2008), *Two-Tier Employment Protection Reforms: The Spanish Experience*, CESifo DICE Report 4/2008. P. Cahuc. F. Kramarz, *De la précarité à la mobilité, vers une sécurité sociale professionnelle*, Rapport pour le Ministre de l'Economie et des Finances, La documentation Française, 2004 available at ladocumentationfrancaise.fr/rapports-publics/054000092/index.shtml; O. J. Blanchard, J. Tirole, *Contours of Employment Protection Reform*, MIT Department of Economics Working Paper 03-35, 2003;

covered by the ordinary protection against unfair dismissal and their contract could be terminated, subject to the payment of an indemnity varying upon the relevant length of service.

A significant debate took place in last few years in Spain and Italy, concerning the “single permanent contract”¹⁵¹⁰.

Several bills were presented to the Italian parliament in this respect, but were not included within the last reforms. Nonetheless, some measures that may have an impact on the labour market akin to the potential effects of the introduction of a single permanent contract were recently approved in some jurisdictions. In Spain, for example, this is the case of the above-mentioned “employment contract to support entrepreneurs” (ECSE), a contract whereby a statutory probationary period is in force for one year, irrespective of the job position/role in firms whose workforce is under 50 employees. In the UK, the qualifying period before an employee accrues unfair dismissal rights was raised from 1 to 2 years in 2012¹⁵¹¹.

These measures may be comparable to the introduction of the SPC as they allow employers to dismiss workers for a long period of time before the latter acquire full unfair dismissal rights¹⁵¹². Several bills were presented to the Italian parliament in this respect, but were not included within the last reforms. Nonetheless, some measures that may have an impact on the labour market akin to the potential effects of the introduction of a single permanent contract were recently approved in some jurisdictions. In Spain, for example, this is the case of the above-mentioned “employment contract to support entrepreneurs” (ECSE), a contract whereby a statutory probationary period is in force for one year, irrespective of the job position/role in firms whose workforce is under 50 employees. In the UK, the qualifying period before an employee accrues unfair dismissal rights was raised from 1 to 2 years in 2012¹⁵¹³. Thus, keeping the possibility of dismissing workers outbalanced monetary incentives: this can also provide useful lessons with regard to the SPC, as employers may well opt for paying severance instead of employing workers until they become entitled to unfair dismissal protection.

It goes without saying that this will not always be the case under a SPC regime as employers may not want to disperse firm-specific skills and know-how accrued by their employees, or to avoid the cost of replacing them¹⁵¹⁴; but in case of unskilled labour and a lack of asset-specificity,

¹⁵¹⁰ See L. Zappalà, *supra*, note 9; P. Gete, P. Porchia, *A real options analysis of dual labor markets and the single labor contract*, in *MPRA (Munich Personal RePEc) ArchivePaper*, No. 34055, 2011.

¹⁵¹¹ K. D. Ewing, J. Hendy, *Unfair Dismissal Law Changes—Unfair?*, in *Industrial Law Journal*, 41, 2012, pages 115-121; E. McGaughey, *Unfair dismissal reform: political ping-pong with equality?*, available at http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2014699.

¹⁵¹² Another comparable measure is the abovementioned possibility of entering into fixed-term contracts and of extending them up to 12 months without specifying the relevant business reason in Italy. This allows firms to use fixed-term contract as a sort of “extended” probation period and it is therefore comparable to the long probation/qualifying period discussed in this part, with a major difference: under Italian law, serving dismissal before the expiry of a fixed-term contract is only possible when a just cause of termination exists.

¹⁵¹³ Data is available at http://www.elconfidencial.com/espana/2013-11-13/exito-del-contrato-de-emprendedores-el-85-es-para-trabajos-de-un-solo-ano_52576/

¹⁵¹⁴ It is also worth noting According to J. I. García Pérez, V. Osuna, *The Effects of Introducing a Single Open-ended Contract in the Spanish Labour Market*, mimeo, Universidad Pablo de Olavide, 2011, before the equalization of severance-payment amounts

replacement costs would be particularly low and thus the incentive to substitute workers before they accrue unfair dismissal rights will be paramount.

In such a situation, the risk that unskilled or marginal workers undergo an indefinite series of “probation/qualifying periods” with several employers and are dismissed before accruing full dismissal rights is very high: those workers would still be trapped in a vicious and permanent circle of precarious employment.

The SPC can thus prove blatantly ineffective in protecting “outsiders” such as non-standard workers as they, more often than not, carry out low-skilled activities; on the other hand, the SPC would significantly lower the protection of standard workers as they will not be protected against unfair dismissal before the expiry of a probation/qualifying period much longer than in the past (according to some Italian bills, from 3¹⁵¹⁵ to 20 years¹⁵¹⁶).

Moreover, it must be noted that the SPC is actually unlikely to be a “single” contract replacing all other forms of working contract in the labour market: if one looks at the Italian bills proposing the SPC, for instance, they all maintain the possibility of entering into fixed-term contracts for temporary reasons and into temporary agency work in order to comply with Directive 2008/104/EC.

Nor it will be possible to eliminate self-employment contracts: the Italian bills, for instance, aim at reregulating self-employment in order to have economically dependent self-employees covered by the SPC legislation on the basis of quantitative remunerative parameters: these legal techniques have however been sternly challenged¹⁵¹⁷ and would have the effect of merely relocating the borders of the “grey-area” between a newly deregulated employment and self-employment rather than provide for adequate protections for the latter.

Therefore, non-standard working contracts will continue to have material relevance in the labour markets even under a SPC regime.

In light of the above, the SPC proposals would then continue to contrast segmentation of the labour market at the expense of standard workers rather than through an increase of non-standard workers protection and job stability: in this respect, then, these proposals materially follow the path of the recent disappointing reforms aimed at reducing labour market segmentation in European Member States.

Notoriously, the SPC idea was significantly inspired by the French *Contrat Nouvelles Embauches*:

described at part 3 above, turnover rate for employees under an employment-promotion permanent contract markedly outdistanced that of standard employees’.

¹⁵¹⁵ See d.d.l. 2630/2009 (Camera. Prima firmataria on. Madia); d.d.l. 2000/2010 (Senato. Primo firmatario sen. Nerozzi). See also d.d.l. 4277/2011 (Camera. Primi firmatari onn. Raisi, Della Vedova).

¹⁵¹⁶ See d.d.l. 1481/2009 (Senato. Primo Firmatario sen. Ichino); 2630/2009; 1873/2009 (Senato. Primo firmatario sen. Ichino); d.d.l. 1006/2013 (Primo Firmatario sen. Ichino). This 20-year period would only apply to dismissal for economic reason, a different, more protective, regulation being provided for disciplinary dismissal. However, since according to these bills the court would not be able to review the authenticity of the relevant economic reason, it would be straightforward for employers to avoid the disciplinary dismissal regulation by terminating the contract on the basis of an economic reason.

¹⁵¹⁷ See O. Razzolini, *Defining Economic Dependency on the Basis of Quantitative Remunerative Parameters. Is this the Answer to the Increasing Demand for a Social Contract Law?*, in *European Journal of Social Law*, 2011, pages 187-206

an employment agreement whereby employees could not challenge a dismissal grounded by economic reasons during an initial period of two years. The *Contrat Nouvelles Embauches* was repealed in France in 2008, after case law had found it in breach of international obligations. In particular, the *Contrat* was held to be an infringement of International Labour Organization (ILO) Convention no. 158 “concerning Termination of Employment at the Initiative of the Employer”.

Pursuant to the convention, employees have the right not to be terminated “unless there is a valid reason” and, in case of termination, the right “to appeal against that termination to an impartial body”. Moreover, French case law held that the initial period of two years was not compliant with the convention’s provision that allows probation or qualifying periods “of reasonable duration”¹⁵¹⁸.

The European Commission and other European and international institutions seem to overlook the disappointing experience of *Contrat Nouvelles Embauches* when advocating the SPC. This is quite surprising, given that this measure was repealed a very short time after its enactment because of a blatant breach of an ILO convention; initiatives of Member States aimed at introducing the SPC – particularly if such introduction were encouraged by European institutions – could create a conflict between the labour reforms of those Member States and the ILO protection against dismissal, potentially leading to an awkward clash between international labour standards and measures taken following the recommendations of EU institutions on the one hand and to significant litigation in different Member States, concerning the legitimacy of the SPC regime, as it could breach the obligations of a country under international treaties, on the other.

10. Protections against dismissal as a means of underpinning fundamental and constitutional rights.

The repeal of the *Contrat Nouvelles Embauches* due to its contravention to France’s international obligations, offers the opportunity to outline some concluding remarks.

One could wonder why the above-mentioned ILO Convention, as well as many other international or European treaties or charters and national legislation, give so much importance to the right not to be dismissed without a valid reason.

The immediate answer may of course be that regulations against unfair dismissal allow employees’ to preserve their job and salary as their main source of income. Some justifications for regulating dismissal can also be drawn on the basis of economic theories¹⁵¹⁹.

However, from a legal standpoint, other justifications for effective dismissal protection cannot be overlooked: regulation against unfair dismissal can be pivotal in securing the exercise of other rights at the workplace, some of which can very well be fundamental or – in some jurisdictions – constitutional rights.

If no protection against dismissal were provided, employees might be reluctant to make use of rights such as the rights concerning working time, sick pay, parental protection or even the right to unionize or to participate to industrial actions since they might be afraid of losing their job were they to do so.

¹⁵¹⁸ See Cour d’Appel de Paris, Arrêt du 9 juillet 2007, RG n.06/06992; Cour de cassation, civile, Chambre sociale, 1 juillet 2008, 07-44.124.

¹⁵¹⁹ See P. Ichino, *Lezioni di diritto del lavoro. Un approccio di labour law and economics*, Milano, 2004, chapters II and X.

For instance one reason why employers resort to temporary work contracts in Italy, even if – from a legal standpoint – these contracts afford a lower degree of functional flexibility in comparison with a permanent employment relationship may also lie in the fact that, given the temporary nature of these relationship, temporary workers may feel forced to implicitly waive some of their statutory or contractual rights by not exercising them, in order not to displease the employer and try to obtain either an extension or a renewal of their contract¹⁵²⁰.

Regulations granting a certain level of job stability, such as an unfair dismissal regulation, can then prove essential to make other employment and labour rights effective.

A good example in this respect is provided by the case law of the Italian Constitutional Court on the statute of limitation for the payment of salaries. The Civil Code, enacted in 1942, provided for a reduced statute of limitation for claiming unpaid or outstanding salaries. According to the court, the statute of limitation must be held as not running during the course of employment, since *“the fear of being dismissed induces or may induce employees to waive part of their own rights; thus, when such waivers are made during the course of employment, employees cannot be deemed to have acted according to their own free will”*¹⁵²¹. This principle finds a significant exception when the employees enjoy effective protection of their job stability because the court can order the reinstatement of an employee¹⁵²²: in this case the fear of losing one’s job is presumed to be restrained by strong unfair dismissal protections.

This case law, then, shows a very close link between actual protection of job stability and the effectiveness of other rights during the employment: it could be argued that a significant shortcoming of the SPC proposal is overlooking this strong link. This seems to be true even for those SPC bills providing very strong protection against discriminatory, retaliatory or arbitrary dismissals, the latter being defined under some of the bills as *“those terminations based upon mere whimsical grounds, meaning trivial reasons totally unrelated to the economic, technical, organizational or productive needs of the business”*¹⁵²³.

One of the main aims of the SPC approach is to “secure” a decision to dismiss employees, by exempting employers from providing a valid reason for dismissal and preventing courts from reviewing the authenticity of such reason: in this case providing evidence that discrimination occurred might be extremely burdensome for employees as it would be easy for employers to disguise discriminatory or retaliatory dismissal under any business reason not meeting the very stringent definition of “whimsical grounds”.

¹⁵²⁰ V. De Stefano, *Smuggling-in flexibility: temporary work contracts and the “implicit threat” mechanism. Reflections on a new European path*, in *Labour Administration and Inspection Programme LAB/ADMIN Working Document, 4/2009*, International Labour Organization– Geneva. See N. Kountouris, *The legal determinants of precariousness in personal work relations: a European perspective*, in *Comparative Labor Law and Policy Journal*, 34, 2012, pages 21-46.

¹⁵²¹ Corte Costituzionale, 10 giugno 1963, n. 63.

¹⁵²² Corte Costituzionale 20 novembre 1969, n. 143; Corte Costituzionale. 29 aprile 1971, n. 86; Corte Costituzionale, 1° giugno 1979, nn. 40-44; Corte Costituzionale, 10 febbraio 1981, n. 13. This was the case of the protection under art. 18 of the *Statuto dei Lavoratori* before the 2012-reform but the exception was firstly introduced with regard to other employment regimes under which reinstatement could be ordered, such as in the case of civil servants. It is debatable whether the exception will continue to apply to employees protected by art 18, since reinstatement is no longer automatically adopted in case of unfair dismissal.

¹⁵²³ d.d.l. 1481/2009;1873/2009; d.d.l 1006/2013, *supra*, note 60.

SPC regimes may thus fall short of providing effective protection against discriminatory conduct at the workplace: this could lead to a breach of fundamental and human rights concerning discrimination, enshrined in countless international and European treaties and conventions as well as in many national constitutions.

It is also worth noting that when the qualifying period was first raised to 2 years in the UK in 1985 – a measure that, as argued in the previous paragraph, may have effects comparable to the introduction of the SPC – the House of Lords found that this regulation had had a disparate adverse impact on women¹⁵²⁴: in questioning the 2012-raise it has recently been argued that a risk of disparate impact may now also arise with regard to race and other characteristics such as “income and education”¹⁵²⁵.

The same concerns can be expressed also with regard to the SPC proposals: employment regulations making a significant number of dismissals exempt from the need of a valid reason may thus have both direct and indirect discriminatory outcomes.

These concerns may be extended to different approaches to labour market regulation – frequently lumped together under the umbrella-label of “flexicurity” – aimed at substituting “protection on the job” for “protection on the market”, as they often seem to artificially “sever” job stability protection from other fundamental employment protection, disregarding the profound links between them, some of which were described above¹⁵²⁶.

It is therefore reductive to see job stability as a mere protection of one’s income that can be easily put aside if efficient unemployment benefits and active labour market policy systems were adopted¹⁵²⁷, replacing salaries and job protection with unemployment benefits and permanent job training.

These approaches seem to overlook that, during the employment relationship, people are subject to extensive managerial prerogatives and hierarchical powers of employers, which are enshrined in, and protected by, the law. From a legal point of view, one cannot disregard the fact that employment protection is not only granted with the aim of securing the employee’s income but also in order to provide for some countervailing powers to these business prerogatives¹⁵²⁸. As argued above, dismissal regulation can play a very important role in underpinning the effectiveness of other fundamental and human rights: this role should not be neglected when discussing amendments and reforms of labour market regulations.

¹⁵²⁴ *R (Seymour-Smith) v Secretary of State for Employment*, [2000] UKHL 12, [2000] 1 WLR 435 and (1999) C-167/97.

¹⁵²⁵ See, E. McGaughey, *supra*, note 55.

¹⁵²⁶ See H. Collins, *Theories of Right as Justifications for Labour Law*, in G. Davidov, B. Langille, *The Idea of Labour Law*, Oxford, 2011, pages 137-155, who argues that the idea of social security systems as a substitute for job protection “seems to view a job as a merely a means to the end of securing an income. Whilst that may be true for some workers, most people attach more significance to their jobs. The job helps to achieve other primary goods such as self-respect, and can be a way of developing other capacities through dialogue and social interaction”.

¹⁵²⁷ And this does not seem to be the case of many European countries, where unemployment benefit systems were materially shrunk in recent years: see.

¹⁵²⁸ See O. Kahn-Freund, *Labour and the law*, London, 1972, who chiefly referred to collective labour law. For an analysis of the impact of collective protection at the individual employment contract level see S. Liebman, *Individuale e collettivo nel contratto di lavoro*, Milano, 1993.

Brevi annotazioni sull'incostituzionalità del criterio di legittimazione attiva di cui all'art. 28 dello statuto dei lavoratori*

Luigi de Angelis

1. Assenza dal recente dibattito in tema di rappresentatività sindacale e di statuto dei lavoratori di riflessioni sull'art. 28 l. n. 300/1970, e l'uso anomalo di tale strumento rispetto alla funzione originaria.	444
2. La sentenza n. 231/2013 della corte costituzionale e il cenno all'art. 28.	445
3. Il criterio di legittimazione della nazionalità del sindacato nella logica di C. Cost. n. 89/1995 e nelle pronunce precedenti.	446
4. L'esito del referendum del 1995 sull'art. 19 l. n. 300/1970 e la sentenza n. 244/1996 del giudice delle leggi.	447
5. L'impatto di tale esito sull'art. 28: la frattura del collegamento tra logica sottesa all'art. 19 e logica del criterio di legittimazione della nazionalità e incostituzionalità del medesimo.	448
6. L'incostituzionalità <i>a fortiori</i> del criterio dopo C. Cost. n. 231/2013.	449
7. Riferimenti bibliografici	450

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 195/2013

1. Assenza dal recente dibattito in tema di rappresentatività sindacale e di statuto dei lavoratori di riflessioni sull'art. 28 l. n. 300/1970, e l'uso anomalo di tale strumento rispetto alla funzione originaria.

Il dibattito sulla rappresentatività sindacale, particolarmente infittitosi negli ultimi anni soprattutto a seguito di alcuni accordi collettivi e di casi giudiziari in buona parte ad essi correlati, ha trovato nuova linfa nella recente C. Cost. 23.7.2013 n. 231.¹⁵²⁹ Da tale dibattito appare stranamente assente qualche riflessione sull'art. 28 l. n. 300/1970, che pure, passato inosservato nei primissimi tempi di entrata in vigore dello statuto dei lavoratori il cui fulcro fu individuato nell'art. 19,¹⁵³⁰ molto presto si rivelò cruciale al raggiungimento della sua effettività,¹⁵³¹ andando oltre le stesse *promesse* circolanti nella l. n. 300¹⁵³² e costituendo la chiave di volta per assicurare nella sua attuazione pratica credibilità ai principi e a gran parte delle statuizioni in essa contenute.¹⁵³³ Per questo, del resto, l'art. 28 è stato utilizzato per promuovere i casi ai quali si è accennato, e, anzi, è assai probabile che senza l'art. 28 – e quindi con i lunghi tempi del procedimento ordinario – i casi non si sarebbero verificati.

La riflessione sull'art. 28 è mancata, più in generale, perfino nelle varie sedi in cui si sono ricordati i quarant'anni di vita dello statuto, con l'attualità dei suoi principi e valori e le rughe provocate dal tempo trascorso.¹⁵³⁴

È da dire che sin da verso la metà degli anni '80 del secolo scorso di frequente tale strumento processuale è stato adoperato per una funzione diversa da quella originaria di contropotere sindacale, e cioè quale mezzo di affermazione di rappresentatività e di risoluzione di conflitti intersindacali,¹⁵³⁵ cioè mettendo a disagio la stessa struttura del procedimento tutta calibrata sulla funzione di contropotere. In particolare, sono entrate in crisi la completezza e l'adeguatezza del nesso organizzazione sindacale-datore di lavoro ad esprimere sul piano del processo la realtà del conflitto sostanziale.¹⁵³⁶ Ma non solo; il diverso modo di utilizzo dello strumento processuale, ripetersi improprio rispetto a come era stato concepito, ha acuito ed acuisce ulteriori, seri problemi in punto legittimazione ad agire. Vi erano pertanto ragioni teoriche e pratiche di peso per

¹⁵²⁹ In FI, 2013, I, 3041, con nt. di RICCI G.C., e, s.m., FI, 2013, I, 3368, con nt. di DE LUCA, *Rappresentatività sindacale nel protocollo d'intesa e nella giurisprudenza costituzionale più recenti: dall'ordinamento intersindacale alla rilevanza per l'ordinamento giuridico dello stato (note minime)*, e SANTORO PASSARELLI G., *La partecipazione alle trattative nuovo criterio selettivo del sindacato per costituire le r.s.a. e l'applicazione dell'art. 28 st. lav.*; in DRI, 2013, 1143, s.m., con nt. di SANTORO PASSARELLI G., *La partecipazione alle trattative come criterio di misurazione della rappresentatività sindacale e l'applicazione dell'articolo 28 dello Statuto dei lavoratori*; MGL, 2013, 646, con nt. di VALLEBONA, *L'art. 19 stat. lav.: una sentenza che fa sorridere*; LG, 2013, 899, con nt. di BAVASSO, *Overruling della consulta: basta che il sindacato partecipi alla negoziazione collettiva per potere costituire r.s.a.* Per approfonditi commenti alla sentenza cfr., oltre a DE LUCA e SANTORO PASSARELLI G., cit., MAGNANI, CARINCI F., ZOPPOLI L., DE MARINIS, PESSI e VALLEBONA (tutti 2013, MAGNANI 2013a, CARINCI F. 2013, 934 ss.), ai quali commenti si rinvia per richiami al più recente dibattito sulla rappresentatività sindacale.

¹⁵³⁰ Cfr. VACCARELLA, 1977, 11, nt. 11.

¹⁵³¹ V. già TREU, 1971, 565, 581.

¹⁵³² D'ANTONA, 1992, 360-361.

¹⁵³³ GHEZZI, 1971, 418.

¹⁵³⁴ Si vedano, ad esempio, i numeri 1 e 4/2010 di LD, 3/2010 di DLM, 1/2011 di RIDL.

¹⁵³⁵ Cfr., ad es., GIUGNI, 1992, 442 ss.

¹⁵³⁶ Su tali profili di ANGELIS, 1996a, 478 ss.; ID., 1996b, 30; 1993, 269 ss.

sollecitare l'attenzione, dei giuristi e degli operatori giudiziari che invece, lo si accennava, si è orientata altrove.

2. La sentenza n. 231/2013 della corte costituzionale e il cenno all'art. 28.

È proprio ai problemi inerenti la legittimazione ad agire *ex art. 28*, e in specie a quelli legati alla nazionalità dell'associazione sindacale,¹⁵³⁷ che saranno dedicate le considerazioni in questo scritto che assieme ad altri vuole rendere onore alla memoria di chi allo studio dell'art. 28 ha arrecato un contributo molto significativo.¹⁵³⁸

Lo stimolo a riprendere il tema viene ora dal cenno, fatto nella motivazione della recente C. Cost. n. 231 cit., proprio alla tutela offerta dall'art. 28. Nel dichiarare l'incostituzionalità dell'art. 19, c. 1, lettera b), l. cit., 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, il giudice delle leggi gli ha contrapposto appunto l'art. 28, che «assicura a monte tutela alla libertà di azione dell'organizzazione sindacale in caso di eventuale, ingiustificato accesso al tavolo delle trattative», ma «si scontra, poi, a valle, con l'effetto legale di estromissione dalle prerogative sindacali che la disposizione denunciata automaticamente collega alla sua decisione di non sottoscrivere il contratto». Il che, secondo la corte costituzionale, «si traduce, per un verso, in una forma impropria di sanzione del dissenso, che innegabilmente incide, condizionandola, sulla libertà del sindacato in ordine alla scelta delle forme di tutela ritenute più appropriate per i suoi rappresentati; mentre, per l'altro verso, sconta il rischio di raggiungere un punto di equilibrio attraverso un illegittimo accordo ad *excludendum*».

Ma, a parere di scrive, è lo stesso art. 28 cit. a non essere indenne da profili d'incostituzionalità, che, già indicati da qualche autore a seguito dell'esito referendario del 1995,¹⁵³⁹ si manifestano ora in maniera ancor più evidente.

Ci si riferisce al profilo della legittimazione attiva, conferita dall'art. 28 ai soli organismi locali delle associazioni sindacali nazionali che vi abbiano interesse. Sono state sopite abbastanza rapidamente, a seguito di C. Cost. 6.3.1974 n. 54,¹⁵⁴⁰ le tensioni circa il mancato riconoscimento della legittimazione ai singoli,¹⁵⁴¹ e, più faticosamente (*v. infra*) circa l'esclusione dal privilegio

¹⁵³⁷ Per altri profili inerenti la legittimazione attiva cfr., da ult., BORGHESI, 2013, p. 467 ss.; di recente LUNARDON, 2011, 726; altresì VILLANI, 1998, 419 ss.

¹⁵³⁸ GAROFALO M.G., 1979a, 1979b.

¹⁵³⁹ Cfr. de ANGELIS, 1996a, 478 ss.; Id., 1996b, 30 ss.; conf. ICHINO, 1996, 133; altresì DE LUCA TAMAJO, 1996, 95; SANTORO PASSARELLI G, 1996, 14. Secondo MARESCA, 1996, 42 ss., a seguito dell'esito referendario si pongono, circa il criterio di legittimazione in questione, non solo problemi *de jure condendo*, ma anche «problemi di non lieve spessore» sul piano della costituzionalità del criterio medesimo, da risolvere interrogandosi sulla equipollenza tra procedimento *ex art. 28* e procedimenti cautelari (su cui *v. infra*, al §. 5).

¹⁵⁴⁰ FI, 1974, I, 963.

¹⁵⁴¹ Ad es., cfr., per la tesi dell'incostituzionalità del mancato riconoscimento della legittimazione *ex art. 28* l. n. 300/1970 ai singoli, ROMAGNOLI, 1971, 1313 ss.; TREU, 1971, 578 ss.; Id., 1974, 29 ss.; *contra*, tra gli altri, GAROFALO, 1979a, 197 ss.; Id., 1979b, 492 ss.; per ulteriori riferimenti bibliografici al riguardo, di vario segno, cfr. VACCARELLA, 1977, 9, nt. 2. Sul caso *Korting*, in cui Pret. Pavia 2.7.1972, FI, 1972, I, 1493, riconobbe la legittimazione anche ai singoli, cfr. ROMAGNOLI, 1972, 437.

processuale delle aggregazioni sindacali diverse dai sindacati nazionali o comunque di minore sviluppo organizzativo, la cui incostituzionalità, pure, secondo alcuni sarebbe stata agevole.¹⁵⁴² È stata altresì negata la legittimazione delle r.s.a. e delle r.s.u.¹⁵⁴³

Il contenzioso giudiziario si è in punto sviluppato essenzialmente sull'individuazione del carattere nazionale delle associazioni. A tale individuazione si è proceduto attraverso un percorso abbastanza accidentato,¹⁵⁴⁴ il cui approdo nella giurisprudenza di cassazione è nel considerare privo di valore allo scopo l'impiego di dati meramente formali e di una dimensione nazionale statica, e cioè meramente strutturale (la stabile diffusione nazionale secondo lo statuto delle varie associazioni: c.d. orientamento soggettivo), sul rilievo che le dichiarazioni contenute nello statuto si risolvono in qualificazioni autoreferenziali. Si è invece dato credito al c.d. orientamento oggettivo, per il quale è necessaria un'azione diffusa a livello nazionale, con la puntualizzazione, però, che tale azione non coincide necessariamente con la stipulazione di contratti collettivi di livello nazionale. Sempre secondo le decisioni di legittimità più recenti, tale stipulazione, diversamente da quanto ritenuto in alcune pronunce di merito (ma non solo)¹⁵⁴⁵ per le quali il carattere nazionale dell'organizzazione è nella capacità di contrarre con la controparte accordi collettivi applicati in tutto il territorio nazionale – tesi, anch' essa oggettiva e forse la più sintonica con l'evoluzione dell'ordinamento alla luce della giurisprudenza costituzionale che sarà successivamente analizzata nei § da 4 a 6¹⁵⁴⁶ è piuttosto solo un indice importante del carattere nazionale stesso dell'attività sindacale.¹⁵⁴⁷

3. Il criterio di legittimazione della nazionalità del sindacato nella logica di C. Cost. n. 89/1995 e nelle pronunce precedenti.

Il predetto criterio di legittimazione, denunciato d' incostituzionalità in riferimento agli artt. 2, 3, 18, 21, 24, 35 e 39, c. 1 cost., fu ritenuto legittimo dal giudice delle leggi in più occasioni, da ultimo poco prima della tenuta del referendum suddetto, in quanto coerente con la razionalità delle scelte¹⁵⁴⁸ poste a base di criteri per individuare la pur differente nozione di *maggiore rappresentatività* di cui all'art. 19 l. n. 300/1970. In particolare, la corte, richiamando sue precedenti

¹⁵⁴² Cfr. ROMAGNOLI, 1971, 1313; altresì TREU, 1971, 582; Id., 1974, 29 ss.; PROTO PISANI, 1973, 63, anche in Id., 1976, 24 ss.

¹⁵⁴³ Cfr., per limitarsi a richiamare la giurisprudenza di cassazione, Cass. 24.1.2006 n. 1307, MGL, 2006, 441, con nt. di GRAMICCIA, *Legittimazione attiva all'azione per la repressione della condotta antisindacale, rsa e rsu*; ulteriori riferimenti in ESPOSITO, 2008, 95, nt. 10. Sostengono l'esistenza della legittimazione attiva delle rsu SCARPONI, 2000, 1389 ss.; DI STASI, 2000, 230 ss.; *contra*, da ult., SANTINI, 2012, 185 ss. Pone dubbio di costituzionalità con riguardo al lavoro pubblico ESPOSITO, 2008, 97.

¹⁵⁴⁴ Per il quale cfr., di recente, LUNARDON, 2011, 723 ss.; nella manualistica, CARINCI F., DE LUCA TAMAJO, TOSI, TREU, 2013, 191. Per richiami giurisprudenziali in vario senso cfr., oltre a LUNARDON ult. cit., MAGNANI, 2013b, 85 ss.; LUNARDON, MAGNANI, TOSI, 2009, parte I; LUNARDON, 2005, 459 ss.; VILLANI, 1998, 417 ss.; NOVELLA, 1996, 83 ss.; LUNARDON, DI NUNZIO, 1989, 341 ss.

¹⁵⁴⁵ Riferimenti in LUNARDON, 2011, 724, nt. 724.

¹⁵⁴⁶ Spunto circa la venuta a mancare dell'equilibrio originario del filtro della nazionalità a seguito della modifica referendaria, e dei suoi riflessi sull'individuazione del carattere della nazionalità dell'organizzazione sindacale, in LUNARDON, 2011, 725.

¹⁵⁴⁷ Cfr. Cass. 6.12.2012 n. 21941, FI, 2013, I, 896; 7.3.2012 n. 3545, Rep. FI, 2012, voce *Sindacati*, n. 75; 20.4.2012, n. 6206, n.m. e ined. a quel che consta; 29.7.2011 n. 16787, GI, 2012, 1359, con nt. di GIULIANI A., *Ancora sulla legittimazione attiva alla proposizione del ricorso ex art. 28 stat. lav.: il carattere nazionale dell'associazione sindacale non coincide necessariamente con la sottoscrizione di contratti collettivi nazionali di lavoro*; altresì 9.6.2009 n. 13240, Rep. FI, 2009, voce *Sindacati*, n. 54

¹⁵⁴⁸ C. Cost. 17.3.1995 n. 89, FI, 1995, I, 1735, con nt. di CERRI, *Una risposta disattenta della corte sul requisito del carattere nazionale del sindacato per la legittimazione al ricorso ai sensi dell'art. 28 del c.d. «statuto dei lavoratori»?*

pronunce,¹⁵⁴⁹ sottolineò che la dimensione organizzativa nazionale fosse un indice di *adeguato livello di rappresentatività*, come tale idoneo a <<consentire la selezione, tra i tanti possibili, dell'interesse collettivo rilevante da porre a base del conflitto con la parte imprenditoriale>>, e che il carattere nazionale del livello rappresentativo delle organizzazioni sindacali corrispondesse al ruolo tradizionalmente svolto dal movimento sindacale italiano e si uniformasse al principio solidaristico nel quale andava inserito anche l' art. 39. Ed il nesso tra nazionalità dell'interesse e maggiore rappresentatività fu colto, ferma la diversità delle due nozioni quale poi sempre affermata dalla giurisprudenza anche costituzionale, già dall'Autore che qui ricordiamo con affetto ed onoriamo, e che pervenne per questo a valutare il criterio di legittimazione attiva conforme a Costituzione.¹⁵⁵⁰

C. Cost. n. 89/1995 cit. concludeva aggiungendo, però, non senza richiamare la sollecitazione al legislatore fatta in precedente sua decisione, che non si escludeva che questi <<potesse in futuro dettare nuove regole idonee a realizzare diversamente "i principi di libertà e pluralismo sindacale additati dal primo comma dell'art. 39 della Costituzione", anche prevedendo strumenti di verifica dell'effettiva rappresentatività delle associazioni (sentenza n. 30 del 1990). Ma il controllo di compatibilità tra l'indice della dimensione organizzativa nazionale e la realtà sociale esistente non può concludersi, allo stato, che con la conferma della non contrarietà del modello statutario al disegno del Costituente>>. La pronuncia, infatti, veniva emessa, lo si è accennato, a ridosso della tenuta del referendum abrogativo art. 19, della quale il giudice delle leggi era ovviamente consapevole.

È quindi esplicitato nella *ratio decidendi* della dichiarazione d'infondatezza della questione il nesso tra opzione statutaria circa la norma centrale della legislazione di sostegno, l'art. 19, nel suo far leva sul criterio della maggiore rappresentatività sul piano nazionale delle associazioni, e opzione relativa al carattere nazionale dei soggetti legittimati ad utilizzare la peculiare tutela processuale prevista dall'art. 28; per questo la corte ha voluto anche rimarcare la valenza *allo stato* della pronuncia emessa.

4. L'esito del referendum del 1995 sull'art. 19 l. n. 300/1970 e la sentenza n. 244/1996 del giudice delle leggi.

Ebbene, già poco tempo dopo, l'esito referendario, implicando l'abrogazione, attraverso il d.p.r. 28.7.1995, n. 312, dell'art. 19, lett. a), l. n. 300 cit., ha, come è noto, profondamente ridisegnato le regole atte a realizzare la libertà e il pluralismo sindacale in azienda, togliendo valore al criterio della maggiore rappresentatività, un criterio fondato su una valutazione presuntiva, astratta e *a priori*, in favore di un'effettiva rappresentatività, quale affidata dalla lettera b) dell'art. 19 alle associazioni firmatarie di contratti collettivi nazionali o provinciali applicati nell'unità produttiva. C. Cost. 12.7.1996, n. 244¹⁵⁵¹ dichiarò poi infondata, subito dopo tale esito, la questione di legittimità costituzionale dell'art. 19 così rimaneggiato, in riferimento agli artt. 3 e 39 cost. In quell'occasione il giudice delle leggi interpretò rigorosamente il criterio dell'essere firmatari di contratto collettivo facendolo coincidere, come detto nella sentenza scritta da uno dei più autorevoli

¹⁵⁴⁹ C. Cost. 26.1.1990 n. 30, FI, 1992, I, 30; 24.3.1988 n. 334, FI, 1988, I, 1774, con nt. di GRECO R., *Sindacato confederale e sindacato di mestiere: verso una diversificazione dei modelli di rappresentanza*; 6.3.1974 n. 54, cit.

¹⁵⁵⁰ Cfr. GAROFALO M.G., 1979a, 200 ss.; Id., 1979b, 493.

¹⁵⁵¹ Tra le altre riviste in FI, 1996, I, 2968, con nt. di BELLOCCHI, e in RIDL, 1996, II, 447, con nt. di PERA, *Va tutto bene nella norma relativa alla costituzione delle rappresentanze sindacali aziendali deliberata dal popolo sovrano?*

componenti della corte, con la capacità del sindacato di imporsi al datore di lavoro, direttamente o attraverso la sua associazione, come controparte contrattuale, e per questo non ritenendo sufficiente la mera adesione formale a un contratto negoziato da altri sindacati, ma necessaria una partecipazione attiva al processo di formazione del contratto; anzi, non di un contratto qualsiasi, ma, <<di un contratto normativo che regoli in modo organico i rapporti di lavoro, almeno per un settore o un istituto importante della loro disciplina, anche in via integrativa, a livello aziendale, di un contratto nazionale o provinciale già applicato nella stessa unità produttiva>>, quest' ultima affermazione in contrasto con quella parte della dottrina che invece sostenne l'utilità, ai fini dell'art. 19, della stipulazione anche di contratti di gestione o di ristrutturazione aziendale.¹⁵⁵²

5. L'impatto di tale esito sull'art. 28: la frattura del collegamento tra logica sottesa all'art. 19 e logica del criterio di legittimazione della nazionalità e incostituzionalità del medesimo.

Il nesso di cui si diceva tra opzione statutaria di far leva sul criterio della maggiore rappresentatività sul piano nazionale delle associazioni, e opzione relativa al carattere nazionale dei soggetti legittimati ex art. 28 si è allora spezzato sin dal 1995, per cui l'adozione di un criterio altrettanto presuntivo ed astratto come quello della nazionalità, peraltro di individuazione non semplice si da far aprire il significativo contenzioso giudiziario di cui si è detto, appare distante dalla logica precedente e quindi non più idonea a soddisfare quella coerenza con la razionalità delle scelte posta a base di criteri per individuare la maggiore rappresentatività evocata dalla corte costituzionale nella sentenza del 1989. L'organizzazione sindacale che in forza dell'esito referendario aveva diritto a costituire la propria rappresentanza in azienda ed era abilitata ad usufruire del sostegno offerto dal titolo III dello statuto per essere firmataria di un contratto collettivo anche provinciale - pertanto munita di rappresentatività - non poteva poi avvalersi, a differenza delle organizzazioni provviste del carattere della nazionalità e magari non firmatarie di contratti collettivi applicati nell'unità produttiva e quindi, nella logica della corte costituzionale, non rappresentative, dello strumento di tutela processuale principe per dare effettività a tale diritto, tale da far dire che costituiva <<un principio di realizzazione completa d' un ordinamento processuale ideale in cui l' avente diritto, subito dopo aver presentato la domanda, possa ottenere giustizia: il grande sogno cioè del cittadino medio e per il quale si sono invano prodigati uomini come Piero Calamandrei>>.¹⁵⁵³ Strumento, anzi, non principe ma sostanzialmente unico in alcune situazioni richiedenti l'intervento immediato del giudice, capace di prevenire certe lesioni d' interessi, e così ridurre al minimo l'incidenza del tempo sull'aggravarsi della situazione reale delle parti.¹⁵⁵⁴ Infatti, se é ormai da ritenersi superato, alla luce già di C. Cost. n. 54/1974¹⁵⁵⁵ e di giurisprudenza di legittimità consolidata,¹⁵⁵⁶ l'ostacolo alla proposizione di azioni ordinarie a tutela degli interessi

¹⁵⁵² Ad es., GHEZZI, 1996, 39.

¹⁵⁵³ ROMAGNOLI, 1971, 1310.

¹⁵⁵⁴ Cfr. TARUFFO, 1980, 348.

¹⁵⁵⁵ Cit.

¹⁵⁵⁶ Tra le recenti Cass. 29.7.2011 n. 16787, cit. Sembra allora superato il dubbio riproposto, pure di recente, da CARINCI F., DE LUCA TAMAJO, TOSI, TREU, 2013, 193.

collettivi,¹⁵⁵⁷ resta che l'utilizzabilità della procedura *ex art.* 700 c.p.c. – l'unica che potrebbe assicurare in dette situazioni effettività di tutela – richiede comunque per avere natura cautelare, a differenza della procedura *ex art.* 28 che tale natura non ha, il requisito del *periculum in mora*. In proposito è utile rilevare come, con riguardo al nuovo procedimento in materia di licenziamenti, l'orientamento dominante è nel senso dell'utilizzabilità in materia, oltre che di tale procedimento la cui fase sommaria è stata modellata sull'art. 28 e che unanimemente non ha natura cautelare,¹⁵⁵⁸ anche della procedura *ex art.* 700, ma appunto solo laddove sussista il requisito del pericolo nel ritardo.¹⁵⁵⁹ Il che fa risaltare, se ce ne fosse bisogno, la diversità dei presupposti dei due procedimenti, e pertanto, per quanto qui interessa, il ruolo cruciale di quello previsto dall'art. 28 al fine di assicurare l'effettività di tutela di cui prima si è detto in mancanza di tale requisito.

Di qui il contrasto con gli artt. 3, 24, 39 cost.; contrasto che invece, a quel che consta, nel contenzioso in materia di cui si è detto si è limitato a porsi pur dopo l'esito referendario, e vivacemente, sul ricorrere o meno del requisito della nazionalità delle organizzazioni sindacali agenti alla luce delle letture soggettive o oggettive del requisito stesso.

6. L'incostituzionalità *a fortiori* del criterio dopo C. Cost. n. 231/2013.

Tale contrasto è ancora più evidente e davvero giuridicamente insopportabile a seguito della sentenza n. 231 del 2013 del giudice delle leggi.¹⁵⁶⁰ Come si è accennato all'inizio, a seguito di tale pronuncia la rappresentatività che consente la costituzione della rappresentanze sindacali aziendali e quindi l'accesso alla legislazione di sostegno prescinde attualmente anche dall'essere, le associazioni sindacali, firmatarie di contratti collettivi nazionali o provinciali applicati nell'unità produttiva. È infatti ora richiesta, al fine di evitare, nell'evolversi del quadro sindacale, una forma impropria di sanzione del dissenso con il correlato, inevitabile condizionamento della libertà del sindacato ed il rischio di raggiungere un punto di equilibrio mettendo fuori gioco un'organizzazione attraverso un illegittimo accordo *ad excludendum*, la partecipazione di un sindacato alla negoziazione relativa agli stessi contratti quali rappresentanti dei lavoratori dell'azienda.

Anche ora non mancheranno tensioni sul significato di tale partecipazione e si renderà inevitabile l'affinamento del concetto,¹⁵⁶¹ essendosi già chiesto da alcuni cosa voglia dire "partecipazione alla contrattazione" in mancanza di una disciplina legale del procedimento di contrattazione collettiva,¹⁵⁶² sottolineandosi un'ambiguità del criterio tale da non presentare il carattere dell'idoneità selettiva se non per le peculiari fattispecie su cui si è pronunciato il giudice delle leggi.¹⁵⁶³ Vi è comunque che è sufficiente la partecipazione a rendere rappresentativa l'organizzazione sindacale e a farle godere della legislazione di sostegno; organizzazione la quale però non è considerata tale, e cioè rappresentativa, sul piano dell'utilizzazione dello strumento processuale idoneo a rendere effettivi i diritti a tale legislazione correlati.

¹⁵⁵⁷ Su tale ostacolo fondò il dubbio di costituzionalità, in riferimento agli artt. 24 e 39 cost., TREU, 1971, 581 ss. Cfr. inoltre, lo spunto dubitativo di MARESCA, 1996, 42 ss. già segnalato *antea*.

¹⁵⁵⁸ Cfr. de ANGELIS, 2013, 213 ss., ed *ivi* richiami.

¹⁵⁵⁹ Riferimenti, bibliografici e giurisprudenziali, anche a posizioni e pronunce minoritarie, in de ANGELIS, 2013, 214 ss.

¹⁵⁶⁰ MAGNANI, 2013b, 87, scrive: <<la sfasatura già esisteva precedentemente: ora il nuovo art. 19 St. lav. la disvela con maggiore immediatezza, inducendo a ripensare con più attenzione al significato (e alla coerenza) dell'art. 28 nel sistema>>.

¹⁵⁶¹ In proposito cfr. per tutti SANTORO PASSARELLI G., 2013b, 1146, ed *ivi* riferimenti.

¹⁵⁶² MAGNANI, 2013a; altresì MAGNANI, 2013b, 59.

¹⁵⁶³ Cfr. PESSI, 2013, 955; ICHINO, 2013; LAI, 2013.

La razionalità (e la ragionevolezza) della scelta normativa, sulla quale pure si è fatto leva per ritenere conforme a Costituzione i limiti posti alla fruizione dei diritti sindacali nell'unità produttiva, viene così a mancare, a seguito dell'avvenuta, diversa loro tracciatura, con riguardo alla tutela processuale dei diritti stessi, e da ultimo perfino quando i limiti si sono considerevolmente allargati. Un ulteriore *vulnus* alla razionalità e alla ragionevolezza della scelta viene altresì dalla considerazione del riconoscimento della legittimazione ad un sindacato nazionale escluso ingiustificatamente dalle trattative – in tal senso è espressamente C. Cost. n. 231 cit. – solo per il carattere (astratto) della nazionalità ritenuto rappresentativo (nell'unità produttiva), e viceversa della negazione della legittimazione ad un'organizzazione non nazionale, che, partecipando alla trattativa, è per legge rappresentativa e per questo gode di diritti che senza la possibilità di utilizzo dell'art. 28 rischiano seriamente di essere pregiudicati, e in alcuni casi lo sono sicuramente.

7. Riferimenti bibliografici

BORGHESI D. (2013), *La tutela contro i comportamenti antisindacali*, in Borghesi D., de Angelis L., *Il processo del lavoro e della previdenza*, Utet, Torino, p. 464 ss.

CARINCI F., DE LUCA TAMAJO R., TOSI P., TREU T. (2013), *Diritto del lavoro 1 Diritto sindacale*, 6° ed., Utet, Torino

CARINCI F. (2013), *Il buio oltre la siepe: Corte cost. 23 luglio 2013, n. 231, DRI*, 899

D'ANTONA M. (1992), *Lo statuto dei lavoratori: le tecniche di tutela*, in *Lo statuto dei lavoratori (1970-1990)*, a cura di Garilli A. e Mazzamuto S., Jovene, Napoli

DE LUCA TAMAJO R. (1996), *Le "ricadute" del referendum modificativo dell'art. 19 l. n. 300/70*, *DRI*, p. 91 ss.

de ANGELIS L. (1993), *Problemi attuali della giustizia del lavoro*, *FI*, V, c. 262 ss.

de ANGELIS L. (1996a), *L'art. 28 dello statuto dei lavoratori dopo l'esito referendario*, *FI*, 1996, I, c. 477 ss.

de ANGELIS (1996b), *Flashes sulla rappresentanza sindacale in azienda dopo il referendum*, *DRI*, p. 29 ss.

de ANGELIS (2013), in AA. VV., *Commentario al codice di procedura civile*, diretto da Carpi F., Taruffo M., Appendice di aggiornamento 2013, 205

DE LUCA M. (2013), *Rappresentatività sindacale nel protocollo d'intesa e nella giurisprudenza costituzionale più recenti: dall'ordinamento intersindacale alla rilevanza per l'ordinamento giuridico dello stato (note minime)*, nota a C. Cost. 23 luglio 2013, n. 231, *FI*, I, 3368

DE MARINIS N. (2013), *La Corte costituzionale rilegge "inutilmente" l'art. 19 Stat. lav., relazione al convegno Aidlass <<Le rappresentanze sindacali in azienda>> (Roma, 16 settembre 2013)*, testo disponibile al sito: <http://www.aidlass.it>

DI STASI A. (2000), *Le rappresentanze sindacali unitarie nel pubblico impiego*, Giappichelli, Torino

ESPOSITO M. (2008), *La condotta antisindacale nelle pubbliche amministrazioni*, Jovene, Napoli

GAROFALO M.G. (1979a), *Interessi collettivi e comportamento antisindacale dell'imprenditore*, Jovene, Napoli

- GAROFALO M.G. (1979b), in AA.VV., *Lo statuto dei lavoratori Commentario*, diretto da Giugni G., Giuffré, Milano
- GHEZZI G. (1971), *Statuto dei diritti dei lavoratori*, in *Nss. D.I.*, XVIII, Utet, Torino, p. 410 ss.
- GHEZZI G. (1996), *Forme di rappresentanza degli interessi organizzati e relazioni industriali in azienda: le ragioni per un intervento legislativo*, *DRI*, p. 37 ss.
- GIUGNI G. (1992), *Intervista*, a cura di Ichino P., *RIDL*, I, p. 411 ss., anche in AA. VV., *Il diritto del lavoro nell'Italia repubblicana* (2008), a cura di Ichino P., p. 431 ss.
- ICHINO P. (1996), *Le rappresentanze sindacali in azienda dopo il referendum*, *RIDL*, p. 113 ss.
- ICHINO P. (2013), *Rappresentanze sindacali aziendali: la Consulta non risolve il problema*, disponibile in [hhttp://www.pietroichino.it](http://www.pietroichino.it)
- LAI M. (2013), *L'accordo sulla rappresentanza del 31 maggio 2013 e la giurisprudenza costituzionale sull'art. 19, Stat. Lav.*, in *bollettino adapt*, 8
- LUNARDON F., DI NUNZIO F. (1989), *La condotta antisindacale*, *QDLRI*, p. 315 ss.
- LUNARDON F. (2005), *Il procedimento di repressione della condotta antisindacale nel lavoro pubblico e privato*, in AA. VV., *Il processo del lavoro*, a cura di Borghesi D., in *Diritto del lavoro Commentario*, diretto da Carinci F., VI, Utet, Torino, p. 458 ss.
- LUNARDON F. (2011), *La condotta antisindacale nell'impiego privato*, in AA. VV., *Conflitto, concertazione e partecipazione*, a cura di Lunardon F., in *Trattato di diritto del lavoro*, diretto da Persiani M. e Carinci F., III, Cedam, Padova, p. 647
- MAGNANI M. (2013a), *Le rappresentanze sindacali in azienda tra contrattazione collettiva e giustizia costituzionale. Prime riflessioni a partire da Corte costituzionale n. 231 del 2013*, relazione al convegno Aidlass <<Le rappresentanze sindacali in azienda>> (Roma, 16 settembre 2013), testo disponibile al sito: <http://www.aidlass.it>
- MAGNANI M. (2013b), *Diritto sindacale*, II ed., Giappichelli, Torino
- MARESCA A. (1996), *Le rappresentanze sindacali aziendali dopo il referendum (problemi interpretativi e prime osservazioni)*, *QUADL*, n. 2, p. 19 ss.
- NOVELLA M. (1996), *Condotta antisindacale e legittimazione ad agire. Il requisito della <<nazionalità>> nella giurisprudenza dell'ultimo decennio*, *LD*, p. 81 ss.
- PESSI R. (2013), *Rappresentanza e rappresentatività sindacale tra contrattazione collettiva e giurisprudenza costituzionale*, relazione al convegno Aidlass <<Le rappresentanze sindacali in azienda>> (Roma, 16 settembre 2013), testo disponibile al sito: <http://www.aidlass.it>, anche *DRI*, 950
- PROTO PISANI A. (1973), *Il procedimento di repressione dell'attività antisindacale*, *FI*, c. 57 ss., anche in Id. (1976), *Studi di diritto processuale del lavoro*, Angeli, Milano, p. 13 ss.
- ROMAGNOLI U. (1971), *Aspetti processuali dell'art. 28 dello statuto dei lavoratori*, *RTDPC*, p. 1308 ss.
- ROMAGNOLI U. (1972), in ROMAGNOLI U., MONTUSCHI L., GHEZZI G., MANCINI G.F., *Statuto dei diritti dei lavoratori*, Zanichelli-Società editrice del Foro italiano, Bologna-Roma

- SANTINI F. (2012), *Le rappresentanze sindacali unitarie Struttura e funzioni*, Giappichelli, Torino
- SANTORO PASSARELLI G. (1996), *Nuova disciplina delle rappresentanze aziendali dopo i referendum*, QUADL, n. 2, p. 1 ss.
- SANTORO PASSARELLI G. (2013a), *La partecipazione alle trattative nuovo criterio selettivo del sindacato per costituire le r.s.a. e l'applicazione dell'art. 28 st. lav.*, in FI, 2013, 3372
- SANTORO PASSARELLI G. (2013b), *La partecipazione alle trattative nuovo criterio selettivo del sindacato per costituire le r.s.a. e l'applicazione dell'art. 28 st. lav.*, di prossima pubblicazione in DRI, 1143
- SCARPONI S. (2000), *Rappresentanze nei luoghi di lavoro*, in AA. VV., *Il lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni Commentario*, a cura di Carinci F. e D'Antona M., II, Giuffrè, Milano, p. 1351 ss.
- TOSI P. (2013), *I diritti sindacali tra rappresentatività e rappresentanza*, relazione al convegno Aidlass <<Le rappresentanze sindacali in azienda>> (Roma, 16 settembre 2013), testo disponibile al sito: <http://www.aidlass.it>
- TREU T. (1971), *Attività antisindacale e interessi collettivi*, PD, p. 565 ss.
- TREU T. (1974), *Condotta antisindacale e atti discriminatori*, Angeli, Milano
- VACCARELLA R. (1977), *Il procedimento di repressione della condotta antisindacale*, Angeli, Milano
- VALLEBONA A. (2013), *L'art. 19 stat. Lav.: una sentenza che fa sorridere*, relazione al convegno Aidlass <<Le rappresentanze sindacali in azienda>> (Roma, 16 settembre 2013), testo disponibile al sito: <http://www.aidlass.it>; anche nota a Corte cost. 23 luglio 2013, n. 231, MGL, 646 ss.
- VILLANI G. (1998), *La condotta antisindacale Aspetti processuali*, in AA. VV., *Diritto del lavoro Commentario*, diretto da Carinci F., I, Utet, Torino, p. 415 ss.
- ZOPPOLI L. (2013), *Impresa e relazioni industriali dopo la guerra dei tre anni: verso una nuova legge sindacale? Considerazioni a valle di Corte Cost. 231/2013*, relazione al convegno Aidlass <<Le rappresentanze sindacali in azienda>> (Roma, 16 settembre 2013), testo disponibile al sito: <http://www.aidlass.it>